

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE  
CÉSAR BARROS LEAL

Coordinatori

# IL PRINCIPIO DI UMANITÀ E LA SALVAGUARDIA DELLA PERSONA UMANA

V

Corso Brasiliano  
Interdisciplinare in  
Diritti Umani





**Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal**  
Coordinatori

**IL PRINCIPIO DI UMANITÀ  
E LA SALVAGUARDIA DELLA  
PERSONA UMANA**

Fortaleza  
2016

*Catálogo na Publicação*  
*Bibliotecária: Perpétua Socorro Tavares Guimarães C.R.B. 3 801/98*

---

Il Principio di umanità e la salvaguardia della persona umana. Coordenação de Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal.- Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016.

160 p.

ISBN: 978-85-420-0883-8

1. Direitos Humanos 2. Princípios humanos I. Trindade, Antônio Augusto Cançado II. Leal, César Barros. III. Título

CDD: 341

---

## Sommario

---

<b>PREFAZIONE</b> .....	5
<b>DIRITTI UMANI E CITTADINANZA IN HANNAH ARENDT</b> Adriana Lotto .....	7
<b>GLI ALBORI DELLA CAMPAGNA ABOLIZIONISTA IL “GIORNALE PER L’ABOLIZIONE DELLA PENA DI MORTE” ED IL DIBATTITO SULLA RIFORMA PENALE DI FINE OTTOCENTO</b> Alberto Torini.....	21
<b>IL PRINCIPIO DI UMANITÀ E LA SALVAGUARDIA DELLE VITTIME: CONSIDERAZIONI SULL’ESPERIENZA DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI IN MATERIA DI ADEMPIMENTO DI SENTENZE E DECISIONI</b> Antônio Augusto Cançado Trindade.....	61
<b>LA GIUSTIZIA RIPARATIVA IN PRIGIONE E IL PRINCIPIO DI UMANITÀ</b> César Barros Leal .....	75
<b>IL PRINCIPIO DI UMANITÀ IN DUNANT E OLTRE LA SUA OPERA</b> Francesco Catapano .....	89
<b>ATTUALITÀ DEL DISCORSO PENALE ILLUMINISTICO: IL PRINCIPIO DI UMANITÀ</b> José Luis de la Cuesta .....	97
<b>L’HUMANITAS NEL PENSIERO DELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA</b> Luigi Garofalo .....	113
<b>È TEMPO DI UMANIZZARE IL CARCERE: VERSO LA RESTITUZIONE DELLA DIGNITÀ AI DETENUTI</b> Pietro Buffa .....	131

**LA LEGALITÀ DELLA MINACCIA O USO DI ARMI  
NUCLEARI**

Tommaso di Ruzza ..... 149

## PREFAZIONE

---

Dal 2012, l'Istituto Brasiliano dei Diritti Umani e l'Istituto Interamericano dei Diritti Umani (attraverso il suo Ufficio Regionale in Montevideo) realizzano in Fortaleza, Ceará, Brasile, la piú importante attività accademica, nell'ambito dei diritti umani nell'America del Sud, ossia: i corsi brasiliani interdisciplinari in diritti umani, di due settimane di durata, con docenti brasiliani e stranieri e circa di cento allievi, oltre cinquanta osservatori, di diversi stati del Brasile e dell'estero.

Annualmente, si elegge una temática centrale che orienta le conferenze magne, le palestre, i pannelli, le officine tematiche e lo studio dei casi che integrano l'agenda di ciascuno degli eventi. Se, nel 2015, si ha optato per il Rispetto alla Dignità della Persona Umana, nel 2016 il V Corso tratterá del Principio di Umanità e della Salvaguardia della Persona Umana. Siccome nell'anno scorso, stiamo consignando al lettore una raccolta sul tema proposto, in cinque lingue (portoghese, spagnolo, francese, inglese e italiano), riunendo articoli di specialisti di varie nazionalità, invitati a partecipare di questo che è uno dei piú arditi progetti culturali svolti da entrambi gl'istituti.

I testi che compongono i cinque libri pongono in evidenza la portata del principio di umanità, acclamato dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, e il suo impiego in sede di diritto Internazionale umanitario, diritto Internazionale dei rifugiati, diritto Internazionale dei diritti umani, diritto penale, esecuzione di pene, vittimologia, politica criminale, giustizia ristoratrice, mediazione, traffico di persone con fine di esplorazione sessuale, conflitti interculturali, armi chimici, Stato Democratico di Diritto, fra altri, che mostrano la pertinenza, il significato ed il carattere universale di questo principio cosí antico quanto l'Umanità stessa, e che non soltanto costituiscono un pilastro di numerosi rami della conoscenza, giuridica o no, rinvigorando il senso dell'umanesimo e della giustizia, come anche si associa ad altri valori e principi, come quello della dignità, della tolleranza, dell'etica e della cooperazione mutua, per rialzare che, sopra ogni altro, si inseguirá il rispetto alla persona umana, alfa ed omega della mostra ricerca continua per uno mondo piú giusto ed equanime.

In molteplici sentenze e voti, la Corte Interamericana di Diritti Umani (oggetto di esame nei corsi accennati, inclusa la simulazione di casi indirizzati alla sua considerazione) ha staccato il rilievo e l'ampiezza

del principio di umanità, al quale compete presiedere le nostre azioni e la cui invocazione è fondamentale sia nell'interpretazione delle norme, nella risoluzione dei litigi, sia nell'esercizio della riflessione sulla vita, la salute, la libertà, l'uguaglianza, la non-discriminazione, nel contesto del vasto territorio delle relazioni umane, delle divergenze interpersonali e intergruppi, sempre in attenzione ai limiti ed alle condizioni dell'applicazione del diritto, imposti dall'osservanza prioritaria dell'uomo, visto nella sua essenzialità, indipendentemente di colore, razza, origine, religione o orientazione sessuale.

La scelta del principio d'umanità come tematica centrale del V Corso si è data per la constatazione di quanto scarse siano state le analisi sul suo concetto ed inclusioni, specialmente nel continente latino-americano, innostante sia avuto da molti come un metaprinzipio di riferimento opportuna nella difesa della solidarietà umana e della collaborazione tra gli Stati ed i suoi popoli e nell'affronto di tutta specie di tortura o trattamento crudele, disumano o degradante.

I lettori, davanti al mosaico di testi che trattano il principio di umanità sotto le più diverse prospettive, certamente si sentirà stimolato a rivisitarlo nei testi legali, nella dottrina e nella giurisprudenza, allargando l'interesse per la sua inchiesta e la sua utilizzazione nei domini del diritto e in altri campi del sapere umano, il che sarà rinforzato nelle esposizioni del V Corso Brasiliano Interdisciplinare in Diritti Umani.

In un mondo profondamente marcato dall'esclusione, dall'ingiustizia e dal disprezzo ai diritti umani, il principio di umanità si erige in tutta la potenzialità del suo simbolismo a sfidare le generazioni del presente e del futuro alle quali tocca il compromesso e la responsabilità di applicarlo dovunque sia, in tutte le circostanze, perché, alla fine, secondo la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, "la sconoscenza e il disprezzo dei diritti umani condussero ad atti di barbarie che rivoltano la coscienza dell'umanità e l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani siano liberi di parlare e di credere, liberi dal terrore e dalla miseria, fu proclamato come la più alta ispirazione dell'essere umano" (il disconoscimento e il disprezzo dei diritti umani hanno portato ad atti di barbarie che offendono la coscienza dell'umanità, e l'avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dal terrore e dal bisogno è stato proclamato come la più alta aspirazione dell'uomo.)"

Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros Leal  
L'Aia/Fortaleza, 14 luglio 2016

## DIRITTI UMANI E CITTADINANZA IN HANNAH ARENDT

---

**Adriana Lotto**

Docente di liceo e ricercatrice, vive e lavora a Belluno; da anni collabora con l'Istituto Storico Bellunese della Resistenza e dell'Età Contemporanea e presiede l'Associazione culturale Tina Merlin; è autrice di libri, saggi e articoli su riviste e giornali, in particolare su guerra e resistenza, emigrazione e deportazione.

“Privati dei diritti umani garantiti dalla cittadinanza, si trovarono ad essere senza alcun diritto, schiuma della terra.”

È questa la tesi, posta in *Le origini del totalitarismo* a premessa del capitolo sul *Tramonto degli Stati nazionali e la fine dei diritti umani*, che Hannah Arendt sviluppa con straordinaria lucidità ed incredibile lungimiranza<sup>1</sup>.

Cogliendo un fenomeno che compare massiccio nel periodo tra le due guerre, ovvero quello delle migrazioni di interi gruppi di popolazione, ella ne sottolineava i caratteri di novità, oltre che la consistenza in termini quantitativi, nel raffronto continuo col passato e in prospettiva, ma ne evidenziava, ancor prima, lo stretto legame con la crisi dello Stato nazionale.

Le migliaia di profughi, al pari delle cosiddette “minoranze nazionali”, le une espulse dal paese d'origine a causa delle rivoluzioni, le altre create dai trattati di pace e tollerate dentro uno spazio geopolitico definito, per le quali vennero a cadere o non si estesero appieno le garanzie di legge, rappresentarono nell'immediato un'eccezione. Di fatto, in attesa che le prime si assimilassero alla nazione, con cui furono costrette dai trattati di pace a condividere un territorio, ma non una lingua, una cultura, una rappresentanza quanto meno adeguata, si pensò bene di riconoscerle e proteggerle con speciali trattati sulle minoranze, intendendosi per minoranze quei popoli “troppo piccoli e troppo sparsi per avere diritto alla dignità nazionale”. Insomma, nel vuoto di potere apertosi con il dissolvimento dell'impero asburgico e con la sottrazione della Polonia e dei paesi baltici al dominio zarista, si concesse a 100 milioni di europee la possibilità

---

<sup>1</sup> H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, trad. it. di A. Guadagnin, Edizioni di Comunità, Milano 1996, p. 372.



dell'autodeterminazione e dell'indipendenza, già riconosciuta, del resto, ai popoli coloniali. Se nonché gli Stati nazionali che sorsero anche nell'Est dell'Europa, territorio storicamente disomogeneo, furono l'espressione di alcuni popoli, quelli titolari di sovranità, a detrimento di altri consapevoli fin da subito che "senza un loro governo erano defraudati dei diritti umani". Anche perché, avendo la Rivoluzione francese coniugato Stato nazionale con diritti umani, la tutela dei diritti dei popoli esclusi, riconosciuti e non, venne affidata non ai singoli governi, ma alla Lega delle Nazioni. Del resto, non tanto la presenza di minoranze nazionali, sui cui "doveri" nei confronti del rispettivo Stato si finì ovviamente per insistere, quanto la loro esistenza giuridica era inconcepibile, in quanto minaccia della identità Stato-nazione, ovvero limitazione della sovranità nazionale. A questo si aggiunga che il carattere interregionale di questi gruppi finiva col mettere gli interessi delle "nazioni" al di sopra di quelli degli Stati, rompendo anche in questo modo l'identità Stato-nazione.

Fu infatti il principio territoriale, sancito dalla Lega delle Nazioni, a essere subito eluso dalle minoranze nazionali riunite nel "Congresso dei gruppi nazionali organizzati negli stato europei", col risultato che non solo prevalse l'interesse della singola "nazione" su quello comune a tutte le "nazioni", ma si verificò il paradosso che nel 1933 la delegazione ebraica chiese una mozione di condanna del trattamento riservato agli ebrei nel Terzo Reich, mentre quella tedesca espresse solidarietà alla Germania.

Ad ogni modo, proprio perché a dare luogo al diritto di cittadinanza e alla protezione giuridica era l'appartenenza alla nazione sovrana, per i gruppi minoritari non c'era altra soluzione che essere assimilati o liquidati, avendo le leggi che li garantiva carattere esclusivo di eccezionalità. Si operava così più che il passaggio da Stato di diritto a Stato nazionale, come sostiene Arendt, la loro coincidenza proprio nel momento della crisi del loro equilibrio, e questo, osserva la stessa, molto prima che Hitler proclamasse: "Diritto è quel che giova al popolo tedesco"<sup>2</sup>.

Dalla fine della prima guerra mondiale, alle minoranze che si pensarono tali solo negli Stati di nuova creazione, essendo quelle dei vecchi Stati europei appartenenti almeno *de jure* ad essi, si aggiunsero gli apolidi, il cui afflusso massiccio, in assenza di una disciplina internazionale riconosciuta, mise in crisi l'idea di eccezione senza

---

2 *Ivi*, p. 383.

però prospettare soluzioni che non fossero quella del rimpatrio forzato, destinato anch'esso, come vedremo, a diventare impossibile.

Mentre, infatti, la presenza di minoranze "senza Stato solo a metà" era tollerata come si tollera, "compassionevolmente", il popolo dei miserabili, degli esclusi, la presenza massiccia dei rifugiati fece emergere, in maniera scandalosa, la divisione tra esso e il Popolo, come "corpo politico integrale". L'ossessione di una tale frattura, che in Germania riguardò Tedeschi ed ebrei, e quella di creare un popolo uno e indiviso, condussero là, in ultimo, alla soluzione finale. Ma se gli ebrei erano "i rappresentanti per eccellenza e quasi il simbolo vivente del popolo, di quella nuda vita che la modernità crea necessariamente al suo interno, ma la cui presenza non riesce più in alcun modo a tollerare", i profughi, già nel corso della prima guerra mondiale, ruppero il progetto biopolitico, evidenziando la scissione tra Popolo e popolo<sup>3</sup>.

La soluzione che si prospettò a questo punto fu che, data la temporaneità della condizione di profugo, esso venisse rimpatriato o naturalizzato. In entrambi i casi si andò incontro al fallimento. Nel primo, e perchè il profugo stesso rifiutava di tornare laddove era stato o sarebbe stato perseguitato e perché lo Stato che lo aveva espulso a seguito di una rivoluzione, dopo averlo privato della cittadinanza, non avrebbe certo accolto nuovamente i dissenzienti oramai snazionalizzati. La apolidicità, fu perciò condizione in parte voluta dai singoli o dai gruppi, come nel caso degli ebrei polacchi e romeni fuggiti in Francia e Germania, in parte indotta dagli Stati stessi di provenienza. Ma alla pari del rimpatrio, anche la naturalizzazione finì col non essere praticata. Al contrario, negli anni tra le due guerre si procedette in molti paesi europei alla snaturalizzazione, ossia alla privazione della cittadinanza, di individui naturalizzati in precedenza, così da sbarazzarsi al momento giusto dei cittadini "sgraditi". Fu questo, nel 1915, il caso della Francia nei confronti dei nativi di paesi nemici che ne avessero conservato la cittadinanza. Nel 1916, il Portogallo snaturalizzava tutti coloro che avevano il padre tedesco, mentre nel 1922, il Belgio annullò la naturalizzazione di quanti, nel corso della guerra, avevano commesso atti antinazionali. Anche l'Italia di Mussolini emanò nel 1926 un provvedimento che dichiarava indegni della cittadinanza italiana i fuoriusciti politici e

3 Cfr. G. Agamben, *Che cos'è un popolo?*, in Idem, *Mezzi senza fini. Note sulla politica*, Bollati Boringhieri, Torino 1996, pp. 33-34.

quanti rappresentavano una minaccia all'ordine pubblico. In modo simile si comportarono nello stesso anno la Turchia e nel 1928 l'Egitto. Nel 1933, fu la volta dell'Austria privare della cittadinanza chi all'estero avesse commesso atti ad essa ostili. Infine le leggi di Norimberga. Ma, osservava per inciso Arendt,

Prima dell'ultima guerra, soltanto le dittature totalitarie o semitotalitarie ricorrevano all'arma della snaturalizzazione contro i cittadini di nascita; ora si è giunti al punto in cui persino dei paesi democratici come gli Stati Uniti hanno a un certo momento esaminato la possibilità di privare della cittadinanza gli americani comunisti<sup>4</sup>.

E comunque, aggiungiamo noi per inciso, sono giunti a farlo oggi con i terroristi.

Ne conseguì che a dispetto della inalienabilità dei diritti umani, il campo di internamento divenne la soluzione pratica del problema dei senza patria per i quali si coniò l'espressione, non compromettente sul piano giuridico, *displaced persons*, "con l'esplicito intento – scrive Hannah Arendt – di liquidare una volta per sempre l'apolide ignorandone l'esistenza"<sup>5</sup>. Venne perciò meno il diritto d'asilo, l'unico diritto riconosciuto sul piano internazionale e l'ultimo retaggio del principio medievale per il quale "*quiquid est in territorio est de territorio*". Il diritto d'asilo, infatti, che impedendo che un fuggiasco diventasse un fuori legge aveva tutelato lo stesso e il paese ospitante, ora, non solo alterava, sul piano politico, i rapporti tra gli Stati, ma, su quello giuridico, entrava in contraddizione con i diritti internazionali dello Stato, *in primis* quello di mantenere i propri cittadini soggetti alle proprie leggi anche fuori dei confini. Ma se lo Stato li privava della cittadinanza, come poteva il paese ospitante obbligarli alla propria o rimpatriarli? Caduto quindi in disuso il diritto d'asilo, rifiutatisi altresì i paesi ospitanti di riconoscere l'apolidicità dei profughi, ignorarli non bastava. Il numero sempre più consistente e la precarietà del loro status destinata a protrarsi senza soluzione diventarono un problema di cui sbarazzarsi al più presto. A questo si aggiungeva un elemento prepolitico che però, in determinate circostanze, acquistava importanza politica. Ed è che i nuovi apolidi, gli apolidi cosiddetti *de facto* per distinguerli da quelli *de jure* prodotti dai trattati di pace del 1919, mantenevano stretto il

4 H. Arendt, *op. cit.*, p. 389.

5 *Ivi*, p. 388.

legame con la loro nazionalità pur avendo perduto la cittadinanza, così che all'interno del paese ospitante "rappresentavano minoranze straniere separate", pronte a combattere contro i governi dei propri paesi, come avvenne per gli antifascisti italiani e spagnoli in Francia.

Fallite le misure di rimpatrio, per l'indeportabilità degli apolidi, che per Arendt è al tempo stesso effetto e causa, si creò la situazione per la quale il diritto all'espulsione di uno Stato poteva essere esercitato, dato l'essere fuori legge dell'apolide, solo in maniera illegale, salvo restando che i deportati clandestini nei paesi limitrofi venivano da questi restituiti attraverso la medesima via. Gli apolidi divennero dunque un problema di polizia e di giustizia, visto che ogni qualvolta passavano "illegalmente", se pur accompagnati, il confine, accumulavano pene detentive. Dal punto di vista giuridico, la domanda fu: Come si poteva "rendere nuovamente esiliabile un profugo"? Come legarlo nuovamente a un territorio dopo averlo deterritorializzato?

Scrive Arendt:

Ogni tentativo, da parte di conferenze internazionali, di istituire uno status giuridico per gli apolidi è fallito perché nessuno status internazionalmente garantito poteva sostituire il territorio dove cacciare uno straniero indesiderato. Tutte le discussioni sul problema si sono impennate da oltre trent'anni a questa parte su un solo interrogativo: come si può rendere nuovamente esiliabile un profugo? L'unico surrogato pratico del territorio nazionale di cui è privo sono sempre stati i campi d'internamento. Già negli anni trenta questa era l'unica patria che il mondo aveva da offrire all'apolide<sup>6</sup>.

La soluzione, fin dagli anni Trenta, fu dunque individuata nei campi. In verità la loro comparsa, come bene spiega Federico Rahola<sup>7</sup>, risale al periodo coloniale. La matrice è lì, in quello stato d'eccezione prodotto dalle guerre coloniali che investì un'intera popolazione civile. Con l'avvento del nazismo, tuttavia, il campo non è più legato allo stato d'eccezione come sospensione temporale di un ordinamento, vige in una situazione normale mentre realizza, esso, stabilmente l'eccezione, la sospensione integrale della legge, afferma

---

<sup>6</sup> Ivi, p. 394.

<sup>7</sup> F. Rahola, *Zone definitivamente temporanee. I luoghi dell'umanità in eccesso*, Ombre Corte, Verona 2003.

Giorgio Agamben<sup>8</sup>, il quale, riprendendo l'osservazione di Arendt secondo cui nei campi "tutto è possibile", la giustifica concludendo che "Solo perché i campi costituiscono, nel senso che si è visto, uno spazio di eccezione, in cui la legge è integralmente sospesa, in essi tutto è veramente possibile". In esso la vita è la nuda vita, contro la quale qualsiasi atto è consentito senza che appaia un delitto. La separazione tra Popolo e popolo, tra Stato-nazione e nascita si è qui colmata, l'ossessione cui dava luogo non ha ragione di essere, perché lo scollamento non intacca l'ordinamento, si verifica fuori di esso, nel "campo" per l'appunto. Pertanto, continua Agamben, "a un ordinamento senza localizzazione (lo stato d'eccezione, in cui la legge è sospesa) corrisponde ora una localizzazione senza ordinamento (il campo, come spazio permanente di eccezione)".

Circa la questione del campo come spazio in cui lo stato d'eccezione si realizza stabilmente, Hannah Arendt non si pronuncia, a meno che non si voglia orientare in questa direzione l'espressione "I rifugiati cacciati di paese un paese rappresentano l'avanguardia del loro popolo".

Anche la naturalizzazione si rivelò provvedimento inattuabile. Ad essa si era ricorsi nel caso di cittadini di nascita e solo eccezionalmente per singoli individui cacciati dal loro paese.

Il carattere di massa del fenomeno dei profughi spinse i governi a non estendere il provvedimento, anzi a ritirarlo anche laddove era già stato applicato, così che la minaccia della apolidicità gravò anche sui cittadini naturalizzati e sugli stranieri ordinari.

Dal canto suo, l'apolide privo del diritto di residenza e del diritto al lavoro, venne a trovarsi nella condizione di violare la legge, ammesso che si potesse parlare di violazione di legge per uno che è fuori della legge. Oppure, paradossalmente, violando la legge standone fuori, si metteva al riparo della legge stessa, quasi che il delitto fosse la condizione della sua esistenza. Ad ogni modo, anche così, lo Stato nazionale mostrava le sue contraddizioni: non poteva infrangere il principio dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e nello stesso tempo non trattava gli apolidi come soggetti giuridici. La qual cosa – concludeva la Arendt – conteneva una premessa pericolosa:

Quando questo [lo Stato nazionale] non è in grado di trattare gli apolidi come soggetti giuridici e lascia ampio campo

8 G. Agamben, *Che cos'è un campo?*, in *op. cit.*, pp. 35-41.

d'azione all'arbitrio delle misure poliziesche, difficilmente resiste alla tentazione di privare tutti i cittadini del loro status e di governarli con una polizia onnipotente<sup>9</sup>.

Le vicende dei profughi furono deliberatamente lette dall'opinione pubblica come un tragico destino che colpiva degli innocenti, come una ineluttabile sottrazione ad una esistenza giuridicamente affermata e garantita. In tal modo lo Stato nazionale si preservava da qualsiasi messa in discussione, creando, tuttavia, nel contempo, una forza disgregatrice. Infatti, nessuno meglio dei "senza patria", degli "indesiderabili d'Europa", mostrava i limiti dello Stato di diritto, potente a tal punto da decretare che un individuo non era più suo cittadino, e al tempo stesso incapace di attribuirgli un diverso statuto che riaffermasse comunque l'inalienabilità dei "diritti umani". Di più. Questo termine, conclude Arendt, "divenne per tutti, nei paesi totalitari e democratici, per le vittime, i persecutori, gli spettatori indifferentemente, sinonimo di idealismo ipocrita o ingenuo". Ma, anziché sostanziarlo, si deliberò per una soluzione che colpiva il soggetto giocando sulla sua ambiguità. Quella stessa che nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 si presenta, osserva Giorgio Agamben, come endiadi, "in cui il primo termine è, in verità, già contenuto nel secondo"<sup>10</sup>.

In altre parole se vero era che l'uomo è cittadino fintantoché vive dentro lo Stato al riparo della legge per la quale egli è tale, l'espulsione dallo Stato e la conseguente sospensione della legge lo riducevano a mero essere umano che nessuno rinvenne come "sacro" ossia, come ricorda ancora Agamben "votato alla morte".

Se pertanto vivere fuori della legge significava *superfluunt*, fluttuare, essere privi di quel radicamento che è presupposto di cittadinanza, ovvero l'appartenenza allo Stato-nazione, la sorte dei profughi era segnata. Nell'impossibilità di un ritorno alla normalità, non potendo né rientrare nel Paese di provenienza, né assimilarsi al Paese ospite, non restava loro che confidare in quella tolleranza che di fatto riempì il vuoto della legge fino alla istituzione dei campi e alla soluzione finale.

Ne risultavano, in questo modo, minate le basi e i principi stessi dello Stato moderno che aveva posto al centro l'uomo e i diritti

<sup>9</sup> H. Arendt, *op. cit.*, p. 402.

<sup>10</sup> G. Agamben, *Al di là dei diritti dell'uomo*, cit., p. 14.

dell'uomo desumendoli ora dalla "natura" piuttosto che dalla storia che aveva accordato soltanto privilegi a pochi.

Nel paragrafo *Le incertezze dei diritti umani*, Hannah Arendt riconosce che la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* "segnò una svolta nella storia": l'uomo diventava la fonte del diritto e ciò stante si tutelava contro la sovranità dello Stato e i privilegi che la storia aveva accordato ad una parte della società proprio nel momento in cui l'idea dell'uguaglianza per nascita o di fronte a Dio come cristiano si eclissava in favore dell'ordinamento politico e delle costituzioni.

Inalienabili e irriducibili, assoluti nel senso di non derivanti da altri diritti o leggi, presupposti perché non necessitanti di alcuna autorità che li istituisse, i diritti umani risiedevano dunque nell'uomo, fonte e fine ultimo. Se nonché l'astrattezza del termine uomo fece sì che esso si identificasse con popolo, così che diritti umani e diritti dei popoli vennero a coincidere con le conseguenze di cui si è detto, ovvero chi non appartiene al popolo-nazione non ha diritti e chi va contro il popolo li perde. Ma l'ambiguità dell'espressione dell'uomo e del cittadino rimandava a un'altra questione: se i diritti umani non sono quelli del cittadino, perduta la cittadinanza, ovvero i diritti del cittadino, quali diritti rimanevano? In altri termini quali sono i diritti umani di cui si dovrebbe godere anche con la cessazione di quelli del cittadino? La vita, la libertà, la felicità, il diritto di proprietà, di opinione? No, visto che "la loro perdita non comporta l'assoluta mancanza di diritti". La patria, invece, che una volta persa, segna l'esclusione da qualsiasi altra comunità, "l'impossibilità di trovarne una nuova" e la protezione del governo che significa perdita dello status giuridico in ogni paese. Questo per Hannah Arendt è la disgrazia dei senza patria, il fatto che non esiste più per loro la legge, che sono ignorati a tal punto che "nessuno desidera più nemmeno opprimerli". A meno che non diventino talmente "superflui" che, non reclamati, divengono anche eliminabili.

Anche i nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei *Lager* constatando con soddisfazione che nessuno li voleva. In altre parole, è stata

creata una condizione di completa assenza di diritti prima di calpestare il diritto alla vita<sup>11</sup>.

La disgrazia massima dei senza patria è dunque quella di non esistere più politicamente, di essere così innocenti, cioè puri, da non essere più responsabili, cioè capaci di linguaggio, che è ciò che fonda le relazioni umane, e di azione. Rinchiusi in spazi intra/extra territoriali, laddove la legge è sospesa, votati alla morte, essi possono sperare di sopravvivere fisicamente solo grazie alla carità, magari di quelle associazioni che “mostravano una curiosa affinità di linguaggio e di composizione con le società per la protezione degli animali”.

La condizione degli apolidi assomiglia a quella degli schiavi, non nel senso di perdita della libertà, ma nel senso “dell’esclusione dalla possibilità di combattere per la libertà, una possibilità che permane sotto la tirannide e persino nelle disperate condizioni del terrore moderno, ma non nel campo di concentramento”. Tuttavia, osserva Arendt, gli schiavi, almeno per lo sfruttamento del loro lavoro, erano tenuti “entro i confini dell’umanità”, avevano nella comunità un posto. Pertanto un individuo può perdere tutti i diritti umani, ma restare uomo. “Soltanto la perdita di una comunità politica lo esclude dall’umanità.” Conseguenza più radicale, questa, rispetto a quella derivante in epoca antica e medievale dalla proscrizione, la quale se poneva la vita dell’individuo colpito dal provvedimento alla mercé di chiunque lo incontrasse, tuttavia si pose come “surrogato della forza poliziesca, inteso a costringere i rei ad arrendersi” e come tale fu presto abbandonata. In verità, non nella proscrizione è da ritrovare un antecedente storico, ma, come leggiamo in Cicerone (*Catilinariae* I, 4; IV, 10 e 36, 2), nella possibilità del senato (*senatus consultum ultimum*) di destituire dalla cittadinanza romana chi si fosse macchiato di delitto contro lo Stato. La trasformazione da *civis* a *hostis iudicatus* era stata prevista fin dal 509 a.C. da Publio Valerio Publicola e sancita successivamente da numerosi provvedimenti (la *lex Valeria Horatia* del 449, la *lex Valeria* del 300, le tre *leges Porciae* degli anni 198-195 e la *lex Sempronia* del 123 a. C.) e comportava, con la privazione dello statuto di cittadino romano, la spoliazione dei propri beni e la messa a morte in qualsiasi momento.

Viene così a cadere, come nel secolo XVIII la storia, la “natura” come presupposto dei diritti umani, come categoria entro cui comprendere l’essenza umana. D’altro canto, l’umanità da kantiana

11 H. Arendt, *op. cit.*, p. 409.



idea regolativa è diventata “un fatto inevitabile”. E’ perciò dall’uomo in quanto uomo che bisogna partire per pensare alla sua sopravvivenza politica. L’umanità deve sostituirsi alla storia e alla natura. Per questo non basta un “governo mondiale” se il diritto continua a identificarsi con l’utile, per l’individuo, la famiglia, la nazione, non per l’umanità intera.

Dopo i campi di sterminio, la nuda vita, “l’astratta nudità dell’essere nient’altro-che-uomo” deve diventare ciò da cui partire per ritrovare “un posto nel mondo che dia alle opinioni un peso e alle azioni un effetto”. Perché è solo la cittadinanza, ovvero la partecipazione all’attività edificatrice degli uomini, che livella le differenze, paradossalmente esaltate nell’esclusione fino a rendere l’individuo individuo generico. Manifestarsi ebrei, anziché uomini, è unicizzare in termini assoluti la propria diversità, “spogliandola di ogni significato perché privata dell’espressione e dell’azione in un mondo comune”. Che era quanto perseguivano i nazisti, obbligando ad esibire la stella di David. Su questa questione, Arendt tornerà qualche anno dopo al fine di chiarire un malinteso<sup>12</sup>. Il suo insistito dichiararsi ebrea, il ritrovare come unica risposta alla domanda “Chi sei?” “Sono un’ebrea” significava non mettere in campo un’identità personale, bensì l’anonimato mediante la definizione, decisa, di sé non come individuo, ma come appartenente a un gruppo. E questo, ovvero, attaccato da ebreo, difendersi da ebreo, nella realtà della persecuzione, l’unica concessa a un paria, voleva dire porsi come elemento di contrasto, di resistenza all’essere reso “superfluo”. Non la fuga, dunque, non il ritiro nell’oscurità nell’illusione di non essere visto, ma l’esibizione della propria nazionalità come “problema politico” diventava la sola risposta possibile a che non si facesse il gioco dei nazisti, a che non si cadesse nella trappola di Hitler.

Sfortunatamente, il principio maledetto semplice che è qui in questione rientra in quelli che è particolarmente difficile comprendere in tempi di diffamazione e persecuzione: non ci si può difendere se non nei termini dell’identità che viene attaccata. Coloro che rifiutano le identificazioni che vengono loro imposte da un mondo ostile, possono sentirsi mirabilmente superiori, ma la loro superiorità non è più di

12 H. Arendt, *L’umanità in tempi bui*, trad. it. e cura di L. Boella, Raffaello Cortina Editore, Milano 2006, pp. 70-72.

questo mondo; è la superiorità di un “paese dei sogni” più o meno ben attrezzato<sup>13</sup>.

Già nel 1943, del resto, in un articolo intitolato *We refugees* scritto per la rivista ebraica in lingua inglese “The Memorial Journal”, Hannah Arendt aveva proposto la figura del rifugiato senza patria, che contempla lucidamente la propria condizione e non si assimila a una nuova identità nazionale, come avanguardia del suo popolo, ovvero, per dirla con Agamben, come “il paradigma di una nuova coscienza storica” e, “nel declino ormai inarrestabile dello Stato-nazione e nella generale corrosione delle categorie giuridico-politiche tradizionali” come “la sola categoria nella quale ci sia oggi consentito intravedere le forme e i limiti di una comunità politica a venire”<sup>14</sup>.

Arendt concludeva il capitolo sulla fine dei diritti umani, facendo cenno all’amicizia e all’amore che per lei è tutt’uno, ripetendo con Agostino “*Volo ut sis*”.

Nel 1959, dieci anni dopo aver terminato il manoscritto de *Le Origini del totalitarismo*, in occasione del conferimento del premio Lessing, ella, continuando la sua riflessione sullo spazio della politica, si chiede come sia possibile l’idea di umanità “in tempi bui”. Torna, così, per cenno, alla controfigura della politica, e cioè al profugo, al rifugiato, all’apolide, all’esposto, al “votato alla morte”, individuando nell’amicizia il possibile ancoraggio, la forma possibile della sopravvivenza politica degli uomini, non solo dei perseguitati, che già aveva definito avanguardie del loro popolo. Amicizia, s’intende, non come intimità di chi si è ritirato o è stato espulso dal mondo, ma come relazione libera e orizzontale che attraverso il dialogo non perde di vista il mondo, non sostituisce al mondo lo spazio angusto del privato, dell’anonimato, dell’autoreferenzialità, singola o del gruppo. Amicizia, nel significato latino di *ambitio*, *ambulare*, *ambitus*, termini che individuano il campo semantico della politica, strettamente connessa con l’idea tutta romana di *humanitas* e in parte con quella precedente greca di *philanthropia*. Se, come narra Senofonte, lo spartano Agesilao raccomandava ai soldati di non trattare i prigionieri di guerra come delinquenti, ma di proteggerli come uomini, così che Menandro potrà dire “Quanto è amabile l’uomo, quando è uomo”, Plinio il Vecchio affermerà che fu Roma a dare l’*humanitas* all’uomo, ovvero ciò che distingue gli uomini da tutti gli altri esseri viventi (cfr, Aulo Gellio 13,17)

13 Ivi, pp. 72-73.

14 G. Agamben, *Al di là dei diritti dell’uomo*, cit., p. 21.

e che conferisce all'uomo la sua dignità di uomo, rendendolo appunto *humanus et politus*, cioè capace di discorso sul mondo e sulla vita, in contrapposizione agli *indocti et agrestes* (cfr. Cicerone, *De partitione oratoria*, 25, 90). Dunque è questo "sfondo politico", questo occuparsi del mondo e umanizzarlo facendolo diventare costantemente oggetto di discorso tra le persone che "distingue l'*humanitas* romana da ciò che i moderni chiamano umanità, termine con cui comunemente non designano che un semplice fenomeno di educazione" ed è questo "sfondo politico" che distingue l'amicizia dalla fraternità. La prima, valorizzando le distinzioni, apre al dialogo, la seconda, annullandole, induce al mutismo, schiacciata com'è sul dolore, e impedisce una presa di posizione sul mondo per il semplice fatto che lo perde di vista.

"La gioia, non la sofferenza, è loquace – afferma Hanna Arendt –, e il vero dialogo umano si distingue dalla semplice conversazione o discussione per il fatto di essere interamente permeato dal piacere che si prova per l'altra persona e perciò che essa dice"<sup>15</sup>. Laddove conversazione, nel senso di *convertere*, indica piuttosto una tensione verso la verità, e discussione un contrapporsi di verità. Nell'uno e nell'altro caso noi non avremo un gioco di verità. Ma obbedienza all'autorità o conflitto sterile.

Insomma la fraternità chiude lo spazio pubblico nel quale solo gli uomini si riconoscono come tali e ricaccia gli umiliati e gli offesi in quella invisibilità che li annichilisce. Pertanto, concludiamo noi, pensare ai rifugiati in termini umanitari, laddove umanità sia fratellanza e non amicizia, significa oggi provvedere alla loro sopravvivenza biologica, finché essi sono dislocati nei "campi", ma non garantire quella politica. La quale a questo punto di crisi dello Stato-nazione non potrà più essere definita sulla base di un "territorio nazionale omogeneo", come bene argomenta Giorgio Agamben, prospettando uno spazio non più declinato territorialmente, così da produrre tra nascita e nazione uno scarto irriducibile<sup>16</sup>.

Può essere, continua Arendt, che in determinati periodi, i "tempi bui" per l'appunto di Brecht, alcuni vengano espulsi, altri scelgano di ritirarsi dal mondo, "come se il mondo non fosse che una facciata dietro la quale le persone possono nascondersi – al fine di arrivare a una mutua intesa con i loro simili senza considerazione per il mondo che sta tra di essi".

15 H. Arendt, *L'umanità in tempi bui*, cit., p. 65.

16 G. Agamben, *Al di là dei diritti dell'uomo*, cit., p. 28.

Si sviluppa in questa situazione una forma di umanità, assolutamente pura, che se in principio è inevitabile e vantaggiosa presso i paria, alla fine si traduce in una acosmia, ovvero assenza di mondo, che “è sempre una forma di barbarie”, laddove le relazioni sono irreali non si fissano su uno spazio comune, *infra*, e l’azione, come agire politico, diventa impossibile. Si finisce così coll’individuare nella “natura umana” ciò che è in comune, la qual cosa non solo perpetua il popolo dei paria (“L’umanità degli umiliati e offesi non è mai sopravvissuta all’ora della liberazione neppure per un minuto” – scrive Arendt<sup>17</sup>), ma sviluppa nei suoi confronti, nel mondo che non può condividere quella sofferenza, un sentimento di compassione assolutamente irrilevante sotto il profilo politico e giuridico.

Perciò – conclude Arendt – si tratta di sapere “quale misura di realtà occorra mantenere anche in un mondo divenuto disumano, se non si vuole ridurre l’umanità a vuota frase o fantasma. In altri termini, fino a che punto rimaniamo obbligati al mondo anche quando ne siamo stati espulsi o ci siamo ritirati da esso?” La risposta è che dobbiamo ricordare che ci troviamo in fuga e che la realtà del mondo si esprime attualmente nella nostra fuga. Di questa esistenza, Arendt riconosceva il “limitato significato politico”, laddove il limite sta nella differenza tra forza e potere, e potere è la potenza, la possibilità dell’agire insieme.

---

17 H. Arendt, *L’umanità in tempi bui*, cit., p. 68.



# GLI ALBORI DELLA CAMPAGNA ABOLIZIONISTA IL “GIORNALE PER L’ABOLIZIONE DELLA PENA DI MORTE” ED IL DIBATTITO SULLA RIFORMA PENALE DI FINE OTTOCENTO

---

**Alberto Torini**

Avvocato.

## 1. INTRODUZIONE: UNIFICAZIONE LEGISLATIVA E RIFORMA PENALE

La questione dell’abolizione della pena capitale si sviluppò in Italia a seguito dell’unificazione nazionale. La pena capitale cessò di rappresentare una garanzia di ordine sociale il cui utilizzo era demandato al potere sovrano e divenne argomento di dibattito giuridico e filosofico volto a verificarne la legittimità.

Pietro Ellero e Francesco Carrara fondarono, nel 1861, il *Giornale per l’Abolizione della Pena di Morte* con l’evidente fine di sostenere la tesi abolizionista ed attuare un profondo rinnovamento del sistema criminale italiano<sup>1</sup>. Obiettivo primario del *Giornale* era di racchiudere le più illustri opinioni in una rivista, al fine di coinvolgere l’opinione pubblica nel dibattito abolizionista.

Il *Giornale*, in particolare, fu pubblicato tra il 1861 ed il 1864 in 12 numeri complessivi, caratterizzati da una forte idealità e da un approccio prettamente teorico, come efficacemente evidenziato da Elisabetta D’Amico<sup>2</sup>. Tali caratteristiche ne condizionarono gli esiti e, almeno nel breve periodo, ne spiegano le ragioni del fallimento.

---

1 Con il termine *Giornale* si farà riferimento, d’ora in poi, al *Giornale per l’abolizione della pena di morte* diretto da Pietro Ellero e Francesco Carrara tra il 1861 ed il 1864.

2 E. D’Amico, *Educazione giuridica e battaglia abolizionista nel Giornale per l’Abolizione della pena di morte di Pietro Ellero*, in M.G. di Renzo Villata (cur.), *Formare il Giurista, esperienze nell’area lombarda tre Sette e Ottocento*, Milano 2004, pp. 577-605.

Non si deve dimenticare che taluni collaboratori della rivista (inclusi i direttori) ricoprivano incarichi accademici ed in alcune missive pubblicate nel *Giornale* venivano riportati estratti delle lezioni tenute presso alcuni tra i principali atenei italiani. Tale aspetto contribuì in misura rilevante a conferire al *Giornale* un approccio teorico e filosofico a discapito della trattazione degli aspetti più pratici e concreti che pure caratterizzavano la problematica dell'abolizione.

Ellero scriveva nel Programma del *Giornale* che si trattava "di vedere, se questa umanità, che ha creduto sin ora spegnere legittimamente le vite, non abbia fin ora per avventura commessi altrettanti assassini"<sup>3</sup>.

Arrivati allo scopo di uno Stato italiano senza pena di morte, il *Giornale*, ad avviso del giurista friulano, non avrebbe avuto più ragione d'esistere: "La durata prefissa a cotal opera è di necessità precaria: perocchè, esaurita la discussione, appagato il voto, assicurato il trionfo, essa non ha più ragione d'esistere. Quindi la vita di questo giornale dura sino a che rimane in diritto la morte: nasce col desiderio e colla speranza di non vivere a lungo, nasce per morire. Lettori, se amor vi prende, compiangetene i natali, ma festeggiate ai funerali di sì strana esistenza!"<sup>4</sup>.

Il mantenimento o l'abolizione della pena di morte rappresentava una tappa obbligata del processo di civilizzazione cui il diritto penale ambiva.

L'abolizione risultava il principale elemento ostativo all'unificazione legislativa e tale rimase fino all'approvazione del Codice Zanardelli. Solo in Toscana la pena capitale non risultava in vigore al momento dell'annessione al Regno sabauda. Le possibili soluzioni circa la unificazione risultavano quindi sostanzialmente due: o l'estremo supplizio veniva reintrodotta anche in Toscana oppure l'abolizione doveva essere estesa su tutto il territorio nazionale. Quest'ultima soluzione veniva fermamente auspicata all'interno delle pagine del *Giornale*. Tuttavia, per oltre un ventennio non si giunse ad una soluzione e l'Italia rimase, in tale periodo, priva di una legislazione penale uniforme. Ciò dimostra, in ultima analisi, quanto la pena di morte rappresentasse una tematica dibattuta in

3 P. Ellero, *Programma*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", I (1861), n. 1, p. 3.

4 *Ibid.*

dottrina in quegli anni e quanto il dibattito ad essa inerente fosse vivace tra gli intellettuali.

Alla luce di quanto indicato, l'obiettivo del presente lavoro è indagare dapprima le ragioni per cui il *Giornale* non ottenne nell'immediato momento storico il risultato auspicato e, in secondo luogo, dimostrare che le argomentazioni di cui lo stesso si fece promotore risultarono di primaria valenza nel contesto dell'approvazione del Codice Zanardelli. A tal fine, piuttosto che muovere da un'analisi della "pena di morte" è opportuno interrogarsi sulla "morte come pena"<sup>5</sup>. L'adozione del secondo presupposto consente di spostare l'interesse di studio sulle ragioni per cui un atto dalle conseguenze irreparabili sia stato trasformato in un'azione legale regolata da precise norme procedurali. Come si può facilmente evincere, non si tratta di una mera differenza terminologica.

## **2. LA CAMPAGNA ABOLIZIONISTA ATTRAVERSO LE PAGINE DEL GIORNALE**

### **2.1. La tutela del diritto alla vita**

Le ragioni che la corrente abolizionista intendeva portare avanti a mezzo del *Giornale*, seppur con approcci metodologici talvolta confliggenti, muovevano da un unico presupposto unitario: la tutela del diritto alla vita e la conseguente inviolabilità della persona. Appare quindi opportuno approfondire, seppur brevemente, le premesse filosofiche alla base degli argomenti ivi trattati.

A tale scopo, occorre prendere le mosse dalla seconda metà del Settecento, periodo in cui si sviluppò una serrata critica al modello del diritto romano<sup>6</sup>.

5 In proposito si veda I. Mereu, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Milano 2007.

6 Per una panoramica generale si vedano, tra gli altri: G. D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966; G. Diurni, voce *Pena Criminale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano 1982, pp. 752-770; M.A. Cattaneo, *I principi dell'illuminismo giuridico penale*, in *Diritto Penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli. Studi coordinati da S. Vinciguerra*, Padova 1993; M.R. Di Simone, voce *Diritto*, in V. Ferrone e D. Roche (curr.), *L'Illuminismo. Dizionario Storico*, Roma-Bari 1997, pp. 137 ss.; I. Biocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 394 ss.; L. Ferrajoli, *Il fondamento del rifiuto della pena capitale*, in P. Costa, *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano 2010, pp. 57 ss.



Le premesse di tale cambiamento erano già state poste, in verità, a partire dal '600. Si pensi, ad esempio, alle opere di Ugo Grozio, considerato il fondatore della scuola di diritto naturale. Basti ricordare che egli, attraverso la celebre opera *De Jure Belli ac Pacis*, diede inizio ad un profondo processo di laicizzazione del diritto, affermando la sussistenza di un diritto "naturale" ritenuto del tutto indipendente dall'esistenza di Dio e, per l'effetto, immutabile ed eterno.

Appare evidente la portata innovativa di tale approccio, in quanto la sfera giuridica veniva nettamente separata dalla sfera religiosa e morale. In ambito penale, ciò permetteva un'efficace distinzione tra il peccato ed il reato; conseguentemente, la funzione della pena era intesa in senso strettamente utilitaristico e preventivo, non potendosi ad essa attribuire alcuna funzione di repressione di quei comportamenti che presentavano un disvalore meramente morale. Aveva quindi inizio la radicale svolta laica prospettata da Grozio, il quale era un convinto sostenitore della libertà religiosa intesa quale momento privato dell'individuo<sup>7</sup>.

In tale contesto la dottrina auspicava l'adozione di una normativa di tipo unitario in luogo del modello medievale, caratterizzato da una notevole eterogeneità delle fonti, causa di incertezza del diritto. In altri termini, si teorizzava il primato della legge sulle consuetudini<sup>8</sup>.

Ne conseguiva, in ultima analisi, una diversa configurazione dei rapporti tra il potere di governo e gli individui ad esso sottoposti: il principio informatore risiedeva nell'asserita uguaglianza tra qualsiasi imputato, a prescindere dalla relativa qualificazione sociale. Da ciò discendeva la possibilità di prevedere figure unitarie di reato ed una nuova concezione di pena, caratterizzata da certezza e proporzionalità; tali presupposti avrebbero rappresentato il miglior deterrente alla commissione dei reati, consentendo al contempo un'efficace emenda del reo<sup>9</sup>.

Tale impostazione si rifletteva, sotto il profilo processual-penalistico, in una spiccata tutela dei diritti dell'imputato attraverso il tentativo di introdurre rigidi limiti all'esercizio del potere punitivo. Concretamente, iniziavano a diffondersi i principi di legalità, della

7 G. Moccia, *Carpzov e Grozio: dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, p. 56.

8 E. Dezza, *Accusa e Inquisizione: dal diritto comune ai codici moderni*, Milano 1989, p. 153.

9 G. Tarello, *Storia delle cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, pp. 259 ss.

pubblicità ed oralità del processo nonché del libero convincimento del giudice, auspicabilmente collegiale, nel tentativo di ridurre i casi di errore giudiziario<sup>10</sup>.

In Italia, la dottrina illuminista si sviluppò grazie all'opera di Gaetano Filangieri. Questi, attraverso la sua opera *Scienza della Legislazione*<sup>11</sup> compì un'efficace analisi della giustificazione teorica del diritto di punire<sup>12</sup>. L'autore affermava che il potere repressivo, originariamente esercitabile da ciascun individuo, veniva delegato e riconosciuto in capo alla Società (intesa come potere di governo a prescindere dalla forma di concreto esercizio). Appare evidente il riferimento al pensiero di John Locke e Samuel Von Pufendorf che, interpretato rigidamente, portava Filangieri ad ammettere l'applicabilità della pena di morte<sup>13</sup>: a tal proposito l'autore specificava con chiarezza che i diritti ceduti dal singolo individuo al potere sovrano non erano (solamente) i diritti che tale individuo poteva vantare su se stesso, bensì (anche) i diritti che questi deteneva nei confronti degli altri individui. Pertanto, laddove la violazione del diritto naturale legittimava l'individuo leso ad uccidere il reo, tale diritto ad uccidere doveva automaticamente intendersi trasferito in capo al potere sovrano. Argomentare diversamente avrebbe determinato una profonda incoerenza del sistema penale: tra i diritti indisponibili del singolo individuo, oltre al diritto alla vita, dovevano intendersi ricompresi, tra gli altri, tanto il diritto alla libertà che quello all'onore. Pertanto, una cessione in capo al potere sovrano di

10 M.R. Di Simone, voce *Diritto*, in *L'Illuminismo. Dizionario Storico*, cit., p. 143.

11 Si veda altresì la voce "Gaetano Filangieri" di A. Trampus, in *DBGI*, I, pp. 860-863 e, per una più ampia disamina del personaggio, tra gli altri, V. Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari 2003; M.A. Cattaneo, *Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri*, in L. D'Alessandro (cur.), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo Europeo*, Napoli 1991, pp. 262 ss.; S. Di Noto (cur.), *Gaetano Filangieri. La scienza della legislazione. Dal libro III "Delle leggi criminali. Parte I-della procedura". Lettura per il Corso di Egesi delle fonti del diritto italiano*, Parma 2003; P. Alvazzi del Frate, *Gaetano Filangieri e l'interprétation de la loi. La tradition italienne et l'influence de la doctrine française au XVIIIe siècle*, in *Les grands juristes. Actes des journées internationales d'histoire du droit*, Aix-en-Provence 2006, pp. 129-136.

12 P. Alvazzi del Frate, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le "Riflessioni politiche" del 1774*, in F. Liotta (cur.), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, II, Bologna 2007, pp. 237-260.

13 M.R. Di Simone, *Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento*, in A. Trampus (cur.), *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Bologna 2005, pp. 165 ss.

tutti i diritti indisponibili ad eccezione del diritto alla vita sarebbe stata del tutto arbitraria ed incoerente.

In altri termini, ad avviso dell'autore, la negazione del potere di comminare la pena di morte avrebbe contestualmente determinato l'impossibilità di comminare qualunque altro tipo di pena infamante o detentiva: così argomentando, tuttavia, il potere sovrano sarebbe stato privato di qualsiasi strumento efficace per tutelare l'ordine pubblico.

Alla luce delle osservazioni sopra esposte, appare evidente il contrasto che sussiste con il pensiero di Beccaria il quale, in primo luogo, negava categoricamente il diritto di uccidere in capo al singolo individuo e, conseguentemente, tale diritto non poteva essere ceduto al Sovrano. In secondo luogo, il pensatore milanese legittimava altresì una parziale alienazione dei diritti del singolo in capo al Sovrano<sup>14</sup>.

Si assistette quindi ad un vivace dibattito sul diritto di punire con particolare riferimento alla pena di morte.

Pellegrino Rossi<sup>15</sup>, ad esempio, sosteneva una radicale differenza tra il diritto di difesa ed il diritto di punire, in quanto la difesa rappresentava un diritto esercitabile dal singolo nell'immediatezza dell'aggressione; diversamente, il diritto di punire sorgeva solo successivamente al compimento del fatto di reato<sup>16</sup>. Traendo le dovute conseguenze, dovrebbe invero concludersi che l'unico diritto concretamente cedibile dall'individuo in favore dell'autorità è il diritto di punire.

È interessante rilevare come i maggiori esponenti della dottrina abolizionista ammettevano la legittimità dell'uccisione di un individuo esclusivamente nell'ipotesi della legittima difesa. Ebbene, Rossi forniva un'efficace argomentazione teorica a sostegno di tale posizione in quanto, nell'immediatezza della violazione e stante

---

14 M.R. Di Simone, *Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento*, cit., p. 196.

15 Per una panoramica generale sul personaggio si vedano, tra gli altri: J. Boudon, *Introduction*, in P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, a cura di J. Boudon, Paris 2012; G. Negri (cur.), *Lezioni di diritto costituzionale alla Sorbona*, Roma 1992; C. Ghisalberti, *Pellegrino Rossi e il costituzionalismo della Monarchia di Luglio*, in "Rassegna Storica del Risorgimento", 1968, LV, fasc. 4, pp. 515-535; L. Lacchè, *Tra politica e diritto, ovvero Rossi e la Monarchia di Luglio*, in L. Lacchè (cur.), *Un liberale europeo: Pellegrino Rossi (1787-1848)*, Milano 2001, pp. 70-108; M. Sbriccoli, *Pellegrino Rossi et la science juridique*, in *Des libertés ed des pens. Actes du Colloque Pellegrino Rossi*, Genève 1979, pp. 179-194.

16 P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, 1842, pp. 45 ss.

il concreto pericolo della lesione del diritto alla vita del soggetto leso, quest'ultimo non avrebbe potuto, per ovvie ragioni, delegare l'autorità a reprimere la condotta antiggiuridica del reo: l'unica tutela efficace poteva individuarsi, appunto, in una immediata offesa diretta a tutelare il proprio diritto alla vita. In termini generali, Rossi non qualificava la pena capitale come assolutamente illegittima ma ne considerava l'applicazione pericolosa: per tali motivi, pur ammettendone l'utilizzo nel caso specifico sopra descritto, egli ne auspicava una rapida abolizione<sup>17</sup>.

La posizione di Rossi, appena esposta, consente di fornire un'interpretazione critica del pensiero di Filangieri, potendosi argomentare che quest'ultimo incorreva in un errore di metodo: egli faceva discendere dalla legittima difesa un più generale ed assoluto diritto dell'individuo sulla vita degli altri individui, con la conseguente alienazione di tale diritto all'autorità. Tale automatismo, in realtà, prova troppo: se certamente non può negarsi che nel contesto della legittima difesa un individuo possa disporre dell'altrui vita, devono però individuarsi i limiti entro cui tale facoltà possa essere legittimamente esercitata. Tali limiti, in particolare, attengono tanto alla sfera temporale (ovvero l'immediatezza dell'aggressione al proprio diritto da parte di un terzo) che alla sfera materiale (intesa quale assoluta impossibilità di adottare diversi e meno gravi rimedi a tutela). È appena il caso di segnalare come tali limiti siano ancora oggi posti alla base dell'istituto della legittima difesa di cui all'art. 52 del codice penale vigente.

È interessante notare come a tale dibattito filosofico prese parte anche Carrara, seppur con radici sostanzialmente diverse da quelle tipiche dell'utilitarismo tardosettecentesco: in una lettera a Tolomei del 14 settembre 1866 Carrara scriveva: "ella però le si mostra contrario (alla pena di morte) per soli riguardi di convenienza, mentre io le sono radicalmente contrario per principio di diritto"<sup>18</sup>; ed alcuni anni dopo, nell'articolo *Mezzo secolo di pensieri sulla pena di morte*<sup>19</sup>, ribadiva come tale misura, oltre che inefficace, gli

17 M. Sbriccoli, *Il diritto come mediazione: note sul pensiero giuridico-politico di Pellegrino Rossi*, in "Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata in onore di Attilio Moroni", Milano 1982, IV, pp. 1625-1644.

18 Si vedano *Alcune lettere del prof. Francesco Carrara pubblicate come saggio del suo epistolario*, pp. 40 ss.

19 F. Carrara, *Opuscoli di diritto criminale*, II ed., Lucca 1870, III, pp. 61-69.

apparisse nefasta “per mere deduzioni logiche di principii speculativi, indipendentemente dalle osservazioni pratiche”.

## 2.2. Un approccio accademico

Un’ampia trattazione del problema della pena capitale è compiuta da Carrara nel *Programma* del corso di diritto criminale. Il *Programma*, aggiornato e rivisto con l’aggiunta di nuovi sviluppi ed argomentazioni, venne integralmente pubblicato nel *Giornale*<sup>20</sup> costituendone forse l’intervento più significativo. Nella prima parte di tale scritto Carrara affermava, a livello metodologico, che la valutazione circa la (il)legittimità della pena di morte avrebbe dovuto avere un unico parametro di riferimento: il principio posto alla base del diritto di punire. A tal proposito, l’autore rinveniva tale fondamento nella legge di natura; da ciò facendone conseguire l’impossibilità di privare un individuo della propria vita poiché la legge di natura è, per sua intrinseca caratteristica, essenzialmente conservatrice.

Al di fuori della legittima difesa, pertanto, la pena capitale non avrebbe trovato alcuna giustificazione e sarebbe stata illegittima. Sotto tale profilo il pensiero dei direttori del *Giornale* risultava pienamente coincidente.

Carrara osservava in proposito che la pena di morte era “legittima secondo la legge di natura quando è necessaria alla conservazione di altri esseri innocenti; che è quanto dire ammettiamo la sua legittimità per la necessità della difesa diretta, la quale dovendo riconoscersi nello individuo non può senza contraddizione non riconoscersi nella autorità. Ciò che noi recisamente neghiamo si è la falsa dottrina della difesa indiretta: neghiamo cioè che una pena qualsiasi si legittimi per il fine di metter paura ad altri; neghiamo cioè il principio della intimidazione, assunta da troppi come ragione giustificatrice della pena”.

In particolare, dalla citazione riportata emerge una contestazione avverso la pretesa funzione intimidatoria della pena di morte, per due

---

20 F. Carrara, *Una lezione dettata nella regia Università di Pisa*, in “Giornale per l’abolizione della pena di morte”, I (1861), n. 1, pp. 13 ss. e *Una lezione dettata nella regia Università di Pisa (continuazione e fine)*, in “Giornale per l’abolizione della pena di morte”, I (1861), n. 2, pp. 80 ss. A tal proposito si segnala che i passi citati nel presente paragrafo, ove non diversamente segnalato, devono intendersi riferiti ai citati articoli di cui al *Giornale*.

ordini di ragioni: in primo luogo l'autore affermava che la legge di natura non avrebbe potuto tollerare che l'uomo utilizzasse il corpo di un altro uomo quale strumento volto alla realizzazione di fini diversi dalla tutela della vita umana. In secondo luogo, la legittimazione dell'intento intimidatorio e preventivo avrebbe causato l'applicazione della pena capitale anche in danno di persone innocenti, in virtù della tutela di un interesse pubblico alla sicurezza astrattamente meritevole di maggior tutela rispetto alla vita del singolo individuo<sup>21</sup>.

Alla luce di quanto affermato, Carrara dimostrava l'illegittimità della pena di morte negando che lo scopo della pena fosse, anche solo indirettamente, l'intimidazione: la previsione legislativa della morte come pena non poteva considerarsi lecita, proprio perché, in ultima analisi, non era lecita l'intimidazione quale scopo della pena.

Allo stesso modo, Carrara negava validità ai sistemi punitivi che si basavano sul concetto di "utilità". Tali dottrine, ad avviso del giurista, finivano con il legalizzare la vendetta: tali sistemi giustificavano l'applicazione del male (la pena di morte) in risposta al male (il reato). In particolare, l'errore era rappresentato dal far discendere il diritto di punire dalla "utilità". Ebbene, tale presupposto era ritenuto del tutto fuorviante, poiché non poteva dimostrarsi la sussistenza di un rapporto tra un diritto e la sua asserita "utilità". Un diritto, al contrario, troverebbe una valida relazione solo con il correlativo dovere. In ultima analisi, quindi, l'utilità di un soggetto (o di un'entità) non può essere posta a fondamento della legittimità della pena né giustifica, di per sé, una sanzione. Ad avviso di Carrara, prima di interrogarsi circa l'utilità della pena di morte, si sarebbe dovuto preliminarmente approfondire se la stessa fosse (o meno) giusta.

Ancora, non poteva riconoscersi validità nemmeno alle teorie di coloro i quali riconoscevano il fondamento del diritto di punire nella politica. Quest'ultima è per sua natura empirica e mutabile, mentre i diritti dell'umanità, tra cui il diritto alla vita, sono caratterizzati per essere assoluti. La legge di natura, si è visto, è legge di conservazione e pertanto essa è volta a garantire la continuità del genere umano. Sarebbe quindi contrario a tale scopo conservativo permettere l'uccisione di un uomo. Argomentando diversamente, si sarebbe incorsi nel legittimare una sproporzione dei mezzi utilizzati rispetto

---

21 G. De Francesco, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XXXVI (2007), pp. 611 ss.

al fine perseguito. A tal proposito, Carrara intendeva precisare che esistevano pene che ben si conciliavano con la conservazione dell'uomo, tra le quali la privazione della libertà personale<sup>22</sup>.

A sostegno delle posizioni ora esposte, Carrara analizzava altresì la questione della disponibilità dei diritti; egli sottolineava la "radicale distinzione dei diversi diritti originari, di cui l'uomo è fornito dalla legge primitiva, nel rapporto della loro alienabilità. L'inalienabilità del diritto alla vita è nell'uomo assoluta; perché la cessazione di quella distruggendo affatto l'umana personalità, la volontà relativa manca di ogni efficacia giuridica. [...] non può mai venir fatto di dire, che il colpevole col fare quell'atto ch'ei sapeva punito di morte, ha consentito a spogliarsi del diritto alla vita, la quale perciò a lui legittimamente si toglie".

Viceversa, per gli altri tipi di pena non sarebbe stato corretto pervenire alle medesime conclusioni di inalienabilità dei relativi diritti: sebbene il diritto al libero esercizio delle forze fisiche o il diritto all'appropriazione delle cose materiali fossero entrambi originari e inalienabili, essi, se considerati in relazione alle concrete modalità con cui venivano esercitati, potevano essere alienabili e/o alienati. Per tale motivo, "le punizioni che si limitano a togliere al colpevole una parte della sua libertà anche per tutta la vita, o una parte degli averi suoi, bisogna riconoscerle senza dubbio legittime [...] perché quando la punizione non distrugge affatto l'umana personalità, ma spoglia sol tanto di quei diritti, che l'uomo potrebbe per convenzione espressa alienare, è spontanea la conseguenza, che il tacito operi quanto l'espesso, e che il malvagio che con delinquere viola una legge che lo priva della libertà di esercitare una data serie di atti, o di una parte del suo patrimonio, possa dirsi avere tacitamente consentito a codesto spoglio, e non potersi lagnare, che sia con ciò violata la legge giuridica a suo riguardo [...] ma non vi è necessità di punire di morte; non vi è utilità nell'uccidere la creatura di Dio".

In riferimento alle parole ora riportate, occorre rimarcare l'affermazione di Carrara inerente la negazione dell'utilità di "uccidere la creatura di Dio" in quanto l'autore sembrerebbe essersi posto sullo stesso piano argomentativo dei suoi avversari; l'espressione "creatura di Dio" stava ad indicare che l'uomo non

---

22 V. Finzi, *Francesco Carrara e la campagna per l'abolizione della pena di morte*, in AA.VV., *Per le onoranze a Francesco Carrara. Studi Giuridici*, Torino 1900, pp. 535 ss.



poteva mai essere ucciso, neanche se colpevole di un grave delitto, proprio perché creatura di Dio; egli poneva attenzione sulla differenza di natura fra il diritto alla vita e gli altri diritti dell'uomo, il primo inalienabile e gli altri parzialmente alienabili: il diritto alla vita veniva considerato totalmente inalienabile e indisponibile, perché dono di Dio, e pertanto presupposto di tutti gli altri diritti. La posizione di Carrara al riguardo risultava quindi vicina a quella di Beccaria, il quale affermava che il dibattito sulla pena capitale dovesse basarsi sul principio religioso della creazione, che riservava unicamente alla divinità il diritto di decretare la morte dell'uomo, negandolo alla società ed agli altri uomini<sup>23</sup>.

Circa la pretesa inalienabilità del diritto alla vita, è opportuno segnalare come Carrara intese confutare un'argomentazione spesso usata contro la tesi abolizionista, ed in particolare da Filangieri, nei confronti di Beccaria. Mi riferisco all'obiezione inerente la constatazione che, assumendo la legge di natura a fondamento del diritto di punire, tutti i diritti "innati" sarebbero inalienabili. Conseguentemente, perderebbe di efficacia la distinzione tra pena di morte e pene afflittive, in quanto entrambe le tipologie di pena avrebbero privato l'individuo di diritti tutti inalienabili. Sotto tale profilo le argomentazioni di Carrara risultavano particolarmente efficaci: egli evidenziava che i diritti dell'uomo sarebbero inalienabili finché la loro privazione non avesse determinato il venir meno della personalità umana. Conseguentemente, tali diritti non potevano essere alienati in modo assoluto e definitivo. Diversamente, essi potevano essere però ceduti in misura parziale; ciò giustificava, da un lato, la possibilità di condannare l'individuo al carcere ma, allo stesso tempo, impediva di privare lo stesso individuo della vita. Ecco quindi un ulteriore argomento per cui, ad avviso di Carrara, la legge naturale non consentiva di ritenere lecita la pena capitale. Per quanto atteneva le pene afflittive, Carrara segnalava che l'applicazione delle stesse non avrebbe fatto cessare la qualifica di "persona umana" del condannato. Le pene afflittive avrebbero ristretto (ma non privato totalmente) l'individuo della propria libertà e impedito il compimento di determinati atti. Ma tale condannato avrebbe mantenuto, seppur formalmente, la propria libertà. Ad avviso di Carrara, non si sarebbe potuto negare che un condannato a pene afflittive avrebbe comunque mantenuto la propria libertà di coscienza e di moto

23 F. Carrara, *La pena di morte e il suicidio*, Pisa 1877, pp. 12 ss.



(seppur all'interno di uno spazio determinato, quale la cella). In altri termini, il condannato sarebbe comunque rimasto un "uomo", a tal punto che egli, una volta scontata la pena, avrebbe comunque potuto tornare a delinquere.

Da questa prima analisi emergono una riflessione circa l'approccio metodologico di Carrara sulla battaglia abolizionista: egli trattava la problematica a livello esclusivamente accademico, svolgendo un'analisi di principi etici e filosofici. Solo una minima rilevanza veniva attribuita all'aspetto pratico e applicativo della pena capitale. Carrara sottraeva il problema della pena di morte dall'ambito della utilità e lo riconduceva a principi assoluti inerenti la legittimità della pena alla luce della legge di conservazione.

Poste tali premesse metodologiche, è ora opportuno analizzare le diverse argomentazioni che, nello specifico, Carrara sviluppò nel corso della battaglia abolizionista.

A tal proposito, occorre prendere le mosse dai *Frammenti sulla pena di morte*, suddivisi in varie sezioni e pubblicati sia nel V volume degli *Opuscoli* che, seppur parzialmente, all'interno del *Giornale*. Nella prima sezione, dal titolo *Mezzo secolo di pensieri sulla pena di morte*, egli ricollegava ancora una volta le tesi contro la pena capitale alla sua generale dottrina della pena: "Lo Stato preesistente alla legge, lo Stato creatore della legge, sono bestemmie della tirannide: ma è vanità al tempo stesso chiedere allo Stato ragione del diritto di punire i violatori della legge, quando esso è voluto ed imposto dalla legge suprema dell'ordine al solo ed unico fine che punisca i violatori della legge. Considerata la pena come la necessaria sanzione della legge morale giuridica essa era in se stessa che giustificata [...]; da questo stesso suo fondamento ne derivava per necessità logica la sua circoscrizione. Peccava dunque del vizio d'intima contraddizione lo ammettere che la difesa della umana personalità si spingesse fino al punto di distruggere la umana personalità, tranne il caso nel quale la coesistenza delle rispettive personalità fosse renduta impossibile per una necessità attuale e presente non evitabile in altro modo".

Inoltre Carrara, sulla base della sua esperienza di avvocato (raramente posta a base di riflessioni pratiche e applicative della sanzione capitale), confermava la inefficacia della pena di morte: "Frequentissimo io vidi l'esempio di Toscani che venivano a commettere delitti nel territorio Lucchese ove questi erano puniti di morte, anziché consumarli in Toscana dove avrebbero incontrato

pena più mite: e mi persuasi che il colpevole non calcola sulla pena mite, ma sulla impunità”.

Di particolare interesse è poi la frase: “L'utilità può essere il fine del precetto: ma non giustifica la sanzione”. Qui Carrara distingueva, all'interno della legge penale, fra i due elementi del precetto e della sanzione. Tale distinzione permetteva di attribuire lo scopo dell'utilità solo al “precetto” (inteso quale contenuto normativo ed astratto della legge) e di escludere un simile scopo dalla sanzione penale (intesa quale applicazione della pena), la quale doveva rispondere a puri criteri di giustizia; sembrerebbe potersi affermare che Carrara si rendeva conto di dover riconoscere la funzione della prevenzione generale a livello legislativo<sup>24</sup> ma non anche a livello di applicazione pratica; diversamente, l'autore rifiutava il riconoscimento di ogni scopo di utilità alla pena in sé considerata. La pena, pur trovando la propria fonte in un precetto normativo, doveva trovare giustificazione esclusivamente nei principi di giustizia, di proporzione e di uguaglianza. Carrara ribadiva l'inefficacia della pena capitale, affermando: “Non si è voluto comprendere che ogni esecuzione capitale è una prova matematica che per colui fu inutile la minaccia del patibolo”. In tale contesto l'autore, per la verità, usava un'argomentazione che, di per sé, ben poteva essere rivolta contro l'efficacia intimidatrice della minaccia di qualsiasi tipo di pena; inoltre, è opportuno segnalare che lo stesso Carrara, in una diversa occasione, aveva propugnato la tesi opposta: “Spesso udiamo certuni o per ferocia d'animo, o per indiscreta meticolosità, lagnarsi dell'inutilità delle pene, ogni volta che vedono malgrado la minaccia di queste consumarsi un delitto. Ma costoro guardano quell'uno che malgrado la minaccia della pena ha offeso il diritto e scordano affatto gli altri mille che non hanno mai per modo alcuno violato la legge”.

In una lettera a Pasquale Stanislao Mancini<sup>25</sup>, ribadiva ancora il principio per cui “un congresso di dotti ha nelle supreme ragioni del diritto quanto basta per proclamare non la sola inutilità, ma anche la ingiustizia della pena di morte”.

L'ultima sezione sottolineava la preferibilità del carcere perpetuo, stante il suo carattere certo di pena e la sua maggiore forza

24 A Santoro, *Francesco Carrara e l'odierna scienza del diritto criminale*, in “La scuola positiva”, XVI (1936), pp. 219 ss.

25 F. Carrara, *Frammenti sulla pena di morte. Mezzo secolo di pensieri sulla pena di morte*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, III, cit., *Lettera al commendatore prof. avv. P.S. Mancini*, p. 84.

di intimidazione, rispetto alla morte: “Condannando un uomo alla reclusione, noi siamo certi d’infliggergli una pena, di condannarlo a soffrire. La morte è dessa una pena? L’uomo non è capace di sciogliere questo grande problema: e pure si ostina a congiungere la parola morte con la parola pena, ignaro tuttavia se Dio abbia congiunto quelle due parole, o se ne abbia fatto un’antitesi! L’unico obiettivo logico che può farsi entro cotesti pensieri, è quello che vi gettano in faccia gli umanitarii. Essi vi dicono che noi non siamo umanitarii, ma più crudeli di coloro che vagheggiano con amore l’opera del carnefice, perché non risparmiamo la vita del colpevole per pietà verso di lui, ma per farlo soffrire. E noi che ci facciamo pregio di essere parimenti logici, accettiamo l’obietto. Noi avversiamo la pena di morte per amore della umanità, non per amore del delinquente. Noi avversiamo la pena di morte, perché la sua irreparabilità ci fa tremare per la condanna di un innocente. Noi avversiamo la pena di morte, perché codesto dubbio dello errore ci mostra per una necessaria reazione più frequente la impunità, e meno tutelato il diritto. Noi avversiamo la pena di morte, perché ci pare di sentirci meno tranquilli e meno sicuri in faccia alla medesima. Ci sentiamo meno tranquilli, perché pensiamo che le aberrazioni umane possono fatalmente condurre la giustizia a colpirci innocenti; ci sentiamo meno sicuri, perché siamo certi che la reclusione perpetua è temuta da tutti, e siamo certi per la giornaliera esperienza dataci dai suicidi, dai duelli e dagli stessi facinorosi, che molti e molti non temono la morte”.

Se molte delle argomentazioni qui presentate contro la pena di morte sono pienamente accettabili e convincenti (si pensi, in particolare, al cenno sulla irreparabilità dell’errore giudiziario), tuttavia il ragionamento di fondo, circa il rapporto fra pena capitale e carcere perpetuo, contiene delle ambiguità e solleva perplessità. In una certa misura, tale ragionamento ricorda un’ argomentazione contro la pena di morte, di natura utilitaristica, svolta da Beccaria<sup>26</sup>. Questi scriveva: “Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti”. Beccaria, inoltre, ammetteva anche che la reclusione perpetua potesse essere più crudele della morte, affermando: “Chi

26 N. Gallo, *Francesco Carrara e la scuola positiva*, in “La Nuova Antologia”, fasc. 668 (1894), pp. 577 ss.

dicesse che la schiavitù perpetua è dolorosa quanto la morte, e perciò egualmente crudele, io risponderò, che sommando tutti i momenti infelici della schiavitù, lo sarà forse anche di più: ma questi sono stesi sopra tutta la vita, e quella esercita tutta la sua forza in un momento: ed è questo il vantaggio della pena di schiavitù, che spaventa più chi la vede, che chi la soffre<sup>27</sup>.

Certamente, la frase sul condannato divenuto “bestia di servizio” è in contraddizione con il principio affermato da Beccaria: “Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l’uomo cessi di esser persona, e diventi cosa<sup>28</sup>”. Anche l’osservazione contenuta nell’ultimo brano citato sembrerebbe in contrasto con l’intera ispirazione umanitaria e in particolare la frase: “uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma la infallibilità di esse” sembrerebbe rinnegare il principio di umanità nel diritto penale.

La preoccupazione di Carrara di analizzare e sviluppare tutti i possibili argomenti contro la pena di morte lo portava a non considerare il carattere di crudeltà della reclusione perpetua; ma, diversamente, a sostenere la necessità di quest’ultima pena. Del resto, anche a conclusione del ragionamento svolto nello scritto qui esaminato, egli affermava, rivolto ai sostenitori della funzione dell’emenda della pena: “a quelli poi che ci fanno rimprovero di volere sottoporre l’uomo a dei patimenti, francamente rispondiamo che cancellino dai Codici la parola pena”.

Da ultimo, appare rilevante segnalare una citazione tratta dallo scritto *Penalità dell’Omicidio*, contenuto anch’esso nel *Giornale*<sup>29</sup> in cui Carrara, apparentemente ponendosi sul terreno dei suoi avversari, i quali facevano appello alla tradizione e all’esperienza contro i principi assoluti, in realtà contestava efficacemente tale assunto; è una citazione particolarmente significativa: “Ma intanto cosa dimostra la storia, quella storia che vuoi porre innanzi come patrona irrecusabile del palco ferale? Essa c’insegna, che la pena di morte ha servito per uccidere Socrate e Gesù Cristo; vale a dire l’uomo integerrimo, e il figlio di Dio incarnatosi per dettare alle genti la legge d’amore; come ha servito a sottoporre ad ingiusto martirio migliaia di uomini senza delitto. È dunque un paradosso affermare,

27 C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1823, p. 146.

28 Ivi, p. 206.

29 F. Carrara, *Penalità dell’omicidio*, in “Giornale per l’abolizione della pena di morte”, III (1864), n. 4, pp. 5 ss.

che la storia dimostra la giustizia della pena capitale, per la ragione che essa ha servito ad uccidere i giusti”.

In conclusione, è possibile compiere alcune osservazioni specifiche sul ruolo che Carrara riconosceva al giusnaturalismo. In primo luogo, egli rifiutava la teoria del contratto sociale. Per meglio chiarire tale aspetto, è utile segnalare che in epoca successiva Ugo Spirito<sup>30</sup> efficacemente differenziava, proprio all'interno della scuola classica di diritto penale, una linea giusnaturalistica e una linea contrattualistica, tra loro contrapposte, in cui il contratto sociale è inteso quale momento discriminante tra stato di natura e stato di società. Carrara, diversamente, considerava lo stato di natura come un dato empirico e il patto sociale come un fatto storico. Tale considerazione trovava conferma nelle affermazioni in cui l'autore dichiarava essere falso il fatto che gli uomini fossero vissuti un certo tempo “sciolti da ogni vincolo di associazione”, e dove diceva essere “lo stato di associazione [...] l'unico stato primitivo dell'uomo”. Egli indicava naturalmente in Beccaria il fautore della scuola razionalista del diritto penale, riconoscendogli il merito di aver efficacemente affermato che il diritto di punire trovava la sua unica giustificazione nella necessità di difendere i diritti umani e non anche nella necessità di conservare il potere di governo dei sovrani<sup>31</sup>.

In secondo luogo, in tale prospettiva la “proibizione” contenuta nel precetto penale doveva essere soltanto quella che costituiva una effettiva lesione di un diritto altrui; sarebbe stato difatti del tutto illegittimo un precetto penale che avesse trovato fondamento nell'esigenza di tutelare la posizione del ceto governante.

In tal senso, l'adesione al giusnaturalismo consentiva anche di sviluppare il principio della certezza del diritto e della legalità; in altri termini, la legge penale, prima ancora di disciplinare la parte sanzionatoria, avrebbe dovuto indicare in modo altrettanto preciso le fattispecie qualificate come reato e sottoponibili a pena. L'unità dei due elementi (determinazione della fattispecie punibile e della sanzione penale susseguente), ovvero il chiaro rifiuto della concezione del carattere meramente sanzionatorio del diritto penale,

---

30 U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, III ed., Firenze, 1974, pp. 37 ss. Per contestualizzare quest'opera si veda la voce “Ugo Spirito” di M. Fioravanti, in *DBGI*, II, pp. 1907-1908.

31 A. Baratta, *Filosofia e diritto penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*, in “*Rivista internazionale di filosofia del diritto*”, XLIX (1972), pp. 34 ss.

era necessaria per garantire il rispetto dei principi cardine del diritto penale di *nulla poena sine lege* e *nullum crimen sine lege*.

In conclusione, è evidente che l'argomento privilegiato dagli abolizionisti risiedeva in una assoluta ed incondizionata tutela della vita umana. Tale circostanza, però, sul piano politico diede luogo a notevoli contraddizioni che impedirono una immediata abrogazione del supplizio capitale. Basti pensare, con particolare riferimento alla situazione del brigantaggio, alla legislazione d'emergenza che vedeva il supplizio capitale quale strumento di necessaria applicazione avverso il fenomeno del brigantaggio. Ciò, sul piano dottrinale, evidenziò una notevole incoerenza del sistema penale civile con il sistema penale militare (di cui si parlerà appresso).

### **2.3. Il dibattito fino al Codice Zanardelli**

Nonostante nel breve periodo il *Giornale* non avesse ricevuto i riscontri auspicati in chiave di riforma normativa del diritto penale, il movimento abolizionista aveva oramai tracciato la strada verso il successo. Nel marzo del 1876, con l'avvento al governo della Sinistra, il Ministero della Giustizia venne affidato a Pasquale Stanislao Mancini il quale, alla presidenza di una commissione appositamente costituita con decreto del 18 maggio 1876, riuscì a far deliberare all'unanimità l'abolizione della pena capitale presentando alla Camera il progetto di codice penale così riformato, seppur limitatamente al I libro. A causa del sopraggiunto scioglimento della Camera, tuttavia, tale progetto non riuscì ad essere approvato. In attesa dell'apertura della nuova legislatura, Mancini, determinato a portare a termine la svolta abolizionista, dopo aver chiesto i pareri delle Facoltà di Giurisprudenza, delle Corti di Cassazione e d'Appello, delle Procure Generali e dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati, ripresentò tale progetto alla Camera<sup>32</sup> che l'anno seguente lo discusse e lo approvò. In conseguenza di tale voto, dal 1877 in poi, anche senza una sanzione formale e pur continuando ad essere comminata e pronunziata, la pena di morte non venne comunque di fatto più materialmente eseguita.

---

32 Progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei Deputati nella tornata del 25 novembre 1876 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Mancini) con la relazione ministeriale. Libro primo, Roma 1877, pp. 13 ss.; sull'abolizione della pena capitale pp. 64 ss.

Nel frattempo, continuarono i lavori sul II° libro, pur senza approdare ad alcun risultato concreto sino a che Zanardelli, divenuto Ministro, elaborò nel 1883 un nuovo progetto di Codice Penale confermando l'abolizione della pena capitale anche per legittimare lo stato di fatto ormai esistente da tempo<sup>33</sup>. Tuttavia, il relativo progetto non vide la luce poiché Zanardelli abbandonò il Ministero.

Il successore, Bernardo Giannuzzi Savelli, fece proprio, nella sostanza, il progetto Zanardelli presentandolo alla Camera il 26 novembre 1883<sup>34</sup> e il 4 luglio 1887 Zanardelli, tornato Ministro, ripresentò l'intero progetto, che però non venne portato avanti nella discussione parlamentare a causa della chiusura della sessione.

Ciò nonostante, durante l'estate del 1887 Zanardelli rielaborò il progetto assieme a Luigi Lucchini ed allo stesso Mancini ed il 22 novembre lo presentò nuovamente alla Camera con una relazione in cui si soffermava a lungo sulla questione della pena di morte, riprendendo sia la sua precedente relazione che quella di Mancini e tracciando un ampio quadro di legislazione comparata<sup>35</sup>; al progetto venne allegato un disegno di legge che conferiva al Governo il potere di pubblicare il nuovo codice, introducendo le modifiche che avrebbe ritenuto opportune alla luce della discussione parlamentare nonché le disposizioni transitorie e di coordinamento.

---

33 Allegati al progetto del codice penale del Regno d'Italia presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Savelli) nella tornata del 26 novembre 1883, Roma 1883, all. 1, Relazione e Progetto lasciato in corso di studio dal ministro Zanardelli, con le modificazioni proposte dal Ministro Savelli riportate di fronte al testo, pp. 3 ss.

34 Atti Parlamentari. Camera. Documenti, 26 novembre 1883.

35 *I lavori parlamentari del nuovo codice penale italiano. Discussione alla Camera dei deputati (dal 26 maggio al 9 giugno 1888)*, Torino 1888. La discussione dura dal 26 maggio al 9 giugno; sull'abolizione della pena di morte in particolare, svolgono critiche i deputati Ferri (che acconsente all'abolizione, ma "a denti stretti", come dice un altro deputato, Gallo, e attacca la generalizzata diminuzione di penalità che ne sarebbe la conseguenza); Cuccia (che sostiene la legittimità della pena capitale, ma ritiene opportuno cancellarla dal solo codice penale comune nelle attuali condizioni del Regno); Chimirri (secondo il quale i verdetti dei giurati dimostrano come l'abolizione di diritto sia una misura "affrettata e prematura" rispetto alla coscienza giuridica del paese, oltre che contraddittoria rispetto al mantenimento per l'esercito e la marina); a favore dell'abolizione parlano invece, oltre ovviamente allo stesso Zanardelli, Gallo, Mancini e Villa. Nella tornata dell'8 giugno, come aveva già preannunciato nel suo intervento, Mancini presentava un ordine del giorno di plauso all'abolizione, approvato a grande maggioranza. Il disegno di legge venne approvato il 9 giugno con 245 voti a favore e 67 contrari.

Sia la Camera sia il Senato<sup>36</sup>, dopo l'esame e le relazioni delle rispettive commissioni, approvarono il progetto e il 22 novembre venne pubblicata la legge che autorizzava il Governo a pubblicare il nuovo codice entro il 30 giugno dell'anno seguente. Finalmente, nell'udienza del 30 giugno 1889, Zanardelli presentò al Re il codice<sup>37</sup>, che venne pubblicato il 1° dicembre ed entrò in vigore il 1° gennaio del 1890: da questo momento e sino all'avvento del fascismo, in tutto il Regno, di diritto oltre che di fatto, si ebbe finalmente "la definitiva e irrevocabile abolizione del patibolo" e non era più consentito "che vita umana si tronchi per mano del carnefice". Giova tuttavia ribadire che l'abolizione era stata ottenuta limitatamente al Codice Penale comune e non anche in riferimento al Codice penale militare<sup>38</sup>.

Tale risultato rappresentava il coronamento della battaglia abolizionista portata avanti e sviluppata attraverso il *Giornale* fino al 1864. Nel dibattito parlamentare svoltosi successivamente a tale anno si rinvenivano difatti, con sorprendente frequenza, le posizioni abolizioniste emerse nella rivista. A tal proposito, non è inopportuno affermare che in assenza della sensibilizzazione operata dal *Giornale* tanto verso l'opinione pubblica che a livello politico non si sarebbe raggiunto tale pregevole risultato.

Nel ripercorrere questa lunga e travagliata vicenda emergono alcuni elementi a sostegno di quanto appena affermato. Anzitutto deve evidenziarsi il mutamento che si è verificato, almeno a livello di ceti dirigenti, nel corso di un trentennio: se inizialmente le tesi abolizioniste erano patrimonio di una ristretta cerchia di persone, in genere promotrici di posizioni politiche più o meno accentuatamente democraticoprogressiste, col passare del tempo e soprattutto ad opera della richiamata propaganda abolizionista effettuata a mezzo del *Giornale*, tali posizioni finirono col diffondersi in misura sempre maggiore, sino ad essere largamente condivise. Addirittura, alcuni

---

36 *I lavori parlamentari del nuovo codice penale italiano. Discussione al Senato (dall'8 al 17 novembre 1888)*, Torino 1889. La discussione dura dall'8 al 17 novembre; in particolare sull'abolizione della pena di morte intervennero a favore, oltre a Zanardelli, i senatori Pessina e Vigliani.

37 *Relazione a SM il Re del Ministro Guardasigilli (Zanardelli) nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, Roma 1889.

38 Sul punto si veda M. Caravale, *Pena senza morte*, in "Questione giustizia", 2008, pp. 51-62 (ora in Id., *Scritti*, a cura di P. Alvazzi del Frate, I, Roma 2013, pp. 321-332).



autori<sup>39</sup> effettuarono dei drastici “cambiamenti di campo” che in genere erano accompagnati dal tentativo di fornire delle giustificazioni, o quantomeno delle spiegazioni, per la posizione sostenuta in passato. Più in generale, si assistette ad un radicale mutamento dell’atteggiamento nei confronti della problematica per cui, dalle iniziali polemiche a carattere esclusivamente filosofico intorno alla legittimità della pena di morte e sull’estensione del diritto di punire, la discussione ed il dibattito si spostarono progressivamente al livello delle scelte di politica criminale, dell’opportunità o meno dell’abolizione in rapporto alle concrete condizioni della pubblica sicurezza. Ciò a dimostrazione che tale problematica necessitava di una soluzione a livello normativo e non solo a livello filosofico-academico.

In tale contesto si spiega altresì la circostanza che sempre più raramente si rinvenivano interventi nettamente favorevoli alla pena capitale: le posizioni antiabolizioniste più diffuse erano quelle di taluni autori che, sebbene si dichiarassero favorevoli in via di principio alla abolizione, si opponevano ciò nonostante all’adozione di tale misura nell’immediato momento storico a causa delle condizioni peculiari del Regno, perché modificando quell’unico aspetto si sarebbe sconvolta la simmetria della scala penale e la coscienza popolare non era ancora matura per accettarla.

Infine va tuttavia rilevato che anche i più strenui sostenitori della causa abolizionista, che pure vi si dedicarono attivamente per lunghi anni (si pensi ad esempio a Pisanelli e Mancini), non sempre applicarono coerentemente le loro tesi sino alle dovute conseguenze, per cui pur combattendo, con successo, una lunga e dura battaglia contro l’impiego del carnefice nell’ambito della codificazione penale comune, finirono invece col giustificare ed accettare l’applicazione della pena capitale nell’ordinamento militare. Tale circostanza, oltre ad aver ritardato sensibilmente il successo della campagna abolizionista, si rivelò un’eccezione di non poco conto che, ad avviso di chi scrive, sminuisce in parte il successo ottenuto con l’approvazione del Codice Zanardelli.

---

39 Tra cui l’avvocato Gennaro De Filippo senatore e Ministro di Grazia e Giustizia e Culti del Regno d’Italia nei Governi Menabrea e lo stesso Luigi Federico Menabrea già capo del governo nel biennio 1867-1869.

### 3. ALCUNI ASPETTI TRALASCIATI: IL DIRITTO PENALE MILITARE E LA RIFORMA CARCERARIA

La corrente abolizionista, si è visto, intendeva attraverso le pagine del *Giornale* farsi promotrice di istanze di difesa dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento alla tutela del diritto alla vita. Tale valore veniva variamente definito e sviluppato nell'asserita convinzione della sua universalità. Sulla base di tali presupposti non si comprendono, tuttavia, le ragioni per cui la tutela del diritto alla vita venisse meno in ambito militare. Giova fin d'ora segnalare che tale aspetto non risulta analizzato all'interno del *Giornale* ed alcune firme dello stesso, in sede parlamentare, manifestavano la piena legittimità del ricorso alla pena di morte in ambito militare, limitando, come si è avuto modo di anticipare, la portata innovativa del Codice Zanardelli. Tale mancanza rappresentava una omissione di notevole rilevanza idonea a minare l'architettura argomentativa del *Giornale* ed a spiegare, seppur in parte, le ragioni del suo fallimento negli anni di riferimento. Se il diritto alla vita è un bene inviolabile, come possono tollerarsi esecuzioni sul presupposto che queste avvengano per necessità di guerra?

Si intende quindi indagare se trattasi di una omissione involontaria o se, più realisticamente, i direttori del *Giornale* ritenevano di poter efficacemente giocare la partita "abolizionista" dapprima in ambito "civile" per poi poter più facilmente ottenere l'abolizione, in via analogica, anche nel diritto penale militare.

Nel contesto dalla crisi verificatasi a seguito dell'unità italiana, il Governo si trovò a dover far fronte, nelle regioni meridionali, all'emergenza derivante dal brigantaggio<sup>40</sup>. Le cause di tale fenomeno andavano ricercate nella c.d. "questione sociale", che provocò contrasti tra cittadini e Governo in riferimento, tra l'altro, alla ripartizione delle terre. In particolare, l'insurrezione di una parte delle popolazioni meridionali metteva in pericolo l'unità dello Stato appena realizzata, cui la classe dirigente reagì sul piano normativo e

40 Per una completa disamina della problematica inerente il brigantaggio si vedano, tra gli altri, A. Perrone, *Il brigantaggio e l'unità d'Italia*, Milano 1963; A. De Witt, *Storia politico-militare del brigantaggio nelle provincie meridionali d'Italia*, Milano 1979; O. Rossani, *Stato, società e briganti nel Risorgimento italiano*, Possidente (PZ) 2002; M. Stronati, *Il brigante tra antropologia e ordine giuridico: alle origini di un'icona dell'uomo criminale nel XIX secolo*, in "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XXXVIII (2009), pp. 953 ss.

su quello delle pratiche di giustizia sospendendo e comprimendo le garanzie dell'individuo, varcando i limiti della legalità costituzionale per la sola ragione che ciò fosse necessario nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi o sospetti<sup>41</sup>. È interessante notare come la questione del brigantaggio ebbe inizio nelle province meridionali a partire dal 1861, stesso anno di pubblicazione del *Giornale*. La soluzione adottata dal Governo, come anticipato, fu di applicare una legislazione d'emergenza, in cui vennero a mancare talune importanti garanzie costituzionali al fine di tutelare la pubblica sicurezza<sup>42</sup>. Per completezza si segnala che nel periodo coevo al *Giornale* in Italia era in vigore il codice penale militare del 1859, derivante dal progetto dell'allora Ministro della Guerra Giacomo Durando, il quale aveva inteso eliminare dalla legislazione militare precedente (i.e. il codice militare sardo del 1840) alcune norme che risultavano incongruenti rispetto allo spirito dello Statuto Albertino. Tra queste, vi era la proclamazione dell'uguaglianza dei cittadini ed il divieto di distogliere l'imputato dal giudice naturale (inteso come tribunale ordinario penale)<sup>43</sup>.

Si assistette quindi ad un dibattito parlamentare sul disegno di legge inerente il brigantaggio in cui le ragioni di necessità ed urgenza prevalsero nettamente sulle ragioni di garanzia e di stretta legalità. Basti pensare che i documenti acquisiti dalla relativa Commissione d'Inchiesta parlamentare furono coperti da segreto in ragione dei gravi inconvenienti che sarebbero derivati da una diffusione alla stampa di tale documentazione<sup>44</sup>.

In tale emergenza, i Tribunali Militari svolsero un ruolo di prim'ordine nella repressione del fenomeno criminale<sup>45</sup>. La legge

41 M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia* (Annali 14), *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino 1998, pp. 487-489.

42 P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazioni e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo stato democratico di diritto*, Napoli 2001, pp. 69 ss.

43 C. Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2005, pp. 112 ss; Ead., *Processare il nemico. Carboneria, dissenso politico e penale speciale nell'Ottocento*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XXXVIII (2009), pp. 553-577.

44 *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei Deputati, sessione del 1863-1864*, Roma 1888, pp. 1691 ss. e 4017 ss.

45 P. Alvazzi del Frate, *Giustizia militare e brigantaggio: il Tribunale di guerra di Gaeta 1863-1865*, in "Rassegna storica del Risorgimento", LXXII (1985), pp. 429-458.

Pica del 15 agosto 1863 conferiva a tali organi la competenza a giudicare i delitti connessi al brigantaggio<sup>46</sup>. In particolare, ciò si tradusse in un diffuso arbitrio militare che causò l'utilizzo di mezzi e pratiche illegali nei confronti dei "briganti" senza che la magistratura riuscisse a compiere efficacemente il proprio ruolo di garante. Si pensi, ad esempio, che si riscontravano numerosi casi un cui i militari procedevano arbitrariamente alla fucilazione degli imputati senza che a questi fosse garantito un regolare processo né la possibilità di esercitare alcun diritto di difesa. L'applicazione della pena capitale era in tal caso formalmente giustificata sulla base di singole disposizioni esecutive<sup>47</sup>.

Di fronte a tale situazione Carrara, seppur nascondendo un velato dissenso, giustificava l'operato del Governo sulla base dei richiamati criteri di necessità e dei rischi che, operando diversamente, la sicurezza dello Stato Italiano avrebbe subito<sup>48</sup>. Tali posizioni del Carrara "politico" appaiono in palese contraddizione con gli argomenti del Carrara "studioso": il carattere di transitorietà della legislazione d'emergenza non appare un argomento sufficiente a giustificare tali incongruenze. In altri termini, si assisteva ad un conflitto tra le regole stabilite dallo Statuto Albertino e la prassi applicativa, in cui il conseguimento di obiettivi di natura politica si realizzava attraverso una ingiustificata compressione dei diritti e delle garanzie dell'individuo<sup>49</sup>.

---

46 M. Sbriccoli, *La commissione di inchiesta sul brigantaggio e la legge Pica*, in *Il Parlamento italiano 1866-1869*, II, Milano 1988, pp. 117 ss.

47 R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio (1861-1865)*, Bologna 1980, pp. 43 ss. Si veda altresì C. Latini, *Soldati delinquenti, scienza giuridica e processi penali militari nell'Italia unita*, in "Historia et Ius", 2 (2012), paper 12, pp. 1-13.

48 F. Carrara, Sulla crisi legislativa in Italia. In risposta al quesito propostomi da S.E. il Ministro Pisanelli sulla progettata estensione delle leggi penali alle provincie toscane, in Id., *Opuscoli di Diritto Criminale*, cit., pp. 169 ss. Sul tema si veda anche F. Colao, *Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento*, in A. Mazzacane (cur.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Milano 1986, pp. 107 ss. Per un'analisi di carattere più generale si veda M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari 1990.

49 L. Lacchè, *La penalistica costituzionale e il "liberalismo giuridico"*. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", XXXVI (2007), pp. 663 ss.

Tra l'altro, le asserite ragioni di emergenza poste alla base della legislazione speciale non si limitarono ad una breve durata ma perdurarono alcuni anni; tale circostanza dimostra ulteriormente quanto le proclamate ragioni di urgenza di soluzione della questione meridionale rappresentassero un argomento assai fragile al fine di giustificare una protratta e continuativa compressione delle garanzie costituzionali. Da un punto di vista strettamente formale, occorre segnalare che lo Statuto Albertino non prevedeva la possibilità di adottare alcuna forma di legislazione speciale ed i provvedimenti adottati per la repressione del brigantaggio furono ritenuti, all'esito di un dibattito circa la loro costituzionalità, istituti di diritto pubblico consuetudinario<sup>50</sup>.

Sulla base di tali premesse, è ora possibile procedere ad una più specifica disamina della problematica inerente l'abolizione della pena di morte nel diritto penale militare. La soluzione di tale questione ruotava intorno alla riconoscibilità ai militari della qualità di cittadini o regnicoli<sup>51</sup>; occorre quindi chiarire se la qualifica di "militare" facesse perdere all'individuo le prerogative del "cittadino" o se i due ruoli ben potevano coesistere. Tale dibattito si inseriva nella più ampia questione relativa ai rapporti intercorrenti tra il diritto penale comune e quello militare<sup>52</sup>. Su tale piano, si assistette a notevoli incongruenze. Come anticipato, non si rinvennero nel *Giornale* interventi sul tema. Pasquale Stanislao Mancini affrontò la questione nelle aule parlamentari nel febbraio 1865<sup>53</sup>. Tale autore si interrogava sui rapporti tra la proposta abolizionista e la legislazione speciale sul brigantaggio. La soluzione prospettata, evidentemente influenzata da contingenti esigenze di praticità, implicava una graduale disapplicazione della pena capitale. Ne conseguiva una piena legittimazione del boia all'interno del codice penale militare nonché nell'ambito delle leggi eccezionali. Dal punto di vista politico, tale

50 P. Alvazzi del Frate, Il principio del "giudice naturale" nel costituzionalismo della Restaurazione in Francia e Italia, in "Historia Constitucional", II (2002), n. 3, pp. 1-16.

51 C. Latini, Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento, Milano 2010, pp. 7 ss e pp. 216 ss.

52 R. Martucci, Storia costituzionale italiana. Dallo statuto albertino alla Repubblica (1848-2001), Roma 2002, pp. 137 ss.

53 P.S. Mancini, Estensione alla Toscana del Codice penale e abolizione della pena di morte, in Discorsi Parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini raccolti e pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati, Roma 1893, II, pp. 239-369.

posizione non venne contestata né da Ellero né da Carrara i quali, pure, avrebbero potuto esercitare influenza in virtù degli incarichi ricoperti. È evidente la contraddizione rispetto al dibattito che, nello stesso periodo, era portato avanti nell'ambito della penalistica civile<sup>54</sup>. Le argomentazioni di carattere filosofico e teorico sulla cui base veniva giustificata la richiesta di una immediata ed assoluta disapplicazione della pena capitale di colpo cedevano di fronte alla necessità politica<sup>55</sup>. Lo stesso Mancini, con evidente imbarazzo, sentiva la necessità di specificare che la propria posizione non era affatto arbitraria; anzi, il limite di applicazione della pena capitale sarebbe stato oggettivo ed individuato nello stato di guerra. Ciò in quanto ogni nazione aveva il diritto di difendersi dalle aggressioni esterne al fine di tutelare la propria indipendenza. Legittimato in tal modo lo strumento della guerra, Mancini ne legittimava i relativi mezzi, tra cui la pena capitale.

Se la pena di morte risultava inutile e superflua in riferimento alla società civile, la stessa rappresentava un utile strumento in ambito militare al fine di ottenere, da un lato, l'obbedienza e l'adempimento del soldato ai propri doveri e, dall'altro, il timore del nemico. È evidente il vizio logico in cui incorreva Mancini nel tentativo di difendere le proprie posizioni in parlamento: il diritto alla vita, caratterizzato da assolutezza e universalità, non può incorrere in alcuna limitazione. Anzi, proprio in situazioni di guerra esso dovrebbe "illuminare" le azioni dei militari. Da un punto di vista strettamente giuridico, la pena nel diritto penale militare non poteva avere caratteri differenti rispetto alla pena "civile". In particolare, il diritto penale militare doveva essere qualificato alla stregua di una diramazione del diritto penale comune in quanto entrambi gli "ordini" dovevano ritenersi fondati su presupposti di ordine legale. Si può quindi ragionevolmente affermare che l'errore in cui incorse il legislatore italiano fu quello di considerare il diritto penale militare fondato esclusivamente sulle ragioni della necessità<sup>56</sup>.

Dall'analisi svolta emerge la difficoltà dell'individuazione di un confine tra le esigenze di difesa dello Stato e la necessità di tutelare la

54 F. Colao, *Il "dolente regno delle pene". Storie della "varietà della idea fondamentale del giure punitivo" tra Ottocento e Novecento*, in *"Materiali per una storia della cultura giuridica"*, (2010), n. 1, pp. 129 ss.

55 D. Zolo, *Il patibolo e la guerra. La pena di morte come supplizio religioso*, in P. Costa (cur.), *Il diritto di uccidere*, cit., pp. 29 ss.

56 L. Lucchini, *Soldati delinquenti. Giudici e Carnefici*, Bologna 1884, p. 7.

vita umana anche in ambito militare. Una possibile soluzione, seppur non esplicitamente considerata dagli autori poc'anzi citati, potrebbe essere rappresentata, ad avviso di chi scrive, dall'applicazione del criterio della legittima difesa. Tale limite avrebbe il pregio di non creare alcuna dualità tra il diritto penale comune ed il diritto penale militare in quanto i presupposti applicativi sarebbero i medesimi in entrambe le fattispecie. A conferma di tale ricostruzione, si è avuto modo di evidenziare che la legittima difesa è un limite la cui validità viene riconosciuta anche dalla corrente abolizionista.

Altro possibile elemento di discriminazione poteva essere ravvisato nella differenziazione tra stato di guerra interno (come ad esempio nel caso del brigantaggio) dal caso di guerra esterna (nei confronti di altro Stato). Solo nel caso di guerra esterna si sarebbe potuta legittimare la pena capitale.

In conclusione, il silenzio e l'indifferenza manifestati dagli abolizionisti in sede parlamentare possono interpretarsi come una precisa scelta di campo: essi probabilmente ritenevano di dover portare avanti la battaglia abolizionista esclusivamente in campo civile. Ciò, poiché una rigida presa di posizione in riferimento alla questione del brigantaggio avrebbe determinato da un lato un'inefficienza dell'azione politica e, dall'altro, un contrasto con la magistratura. Quest'ultima, laddove l'abolizione fosse stata attuata, sarebbe stata oggetto di critiche derivanti dal mancato controllo posto in essere nei confronti delle decisioni dei Tribunali Militari. Questi ultimi, difatti, eseguivano condanne a morte basate su procedimenti sommari senza riconoscere all'imputato le seppur minime garanzie di difesa. Evidentemente, né Ellero né Carrara intesero correre il rischio di inimicarsi il parlamento e la magistratura, ritenuti alleati indispensabili ai fini della vittoria in chiave abolizionista. Tuttavia, l'indifferenza verso la questione militare, unitamente alle contraddizioni teoriche cui la stessa dava luogo, ben può essere annoverata tra le cause del fallimento, nel breve periodo, del *Giornale*.

Al pari della questione "militare" anche l'analisi della riforma del sistema carcerario venne quasi del tutto tralasciata dai collaboratori italiani del *Giornale*.

Al riguardo Mittermaier, del quale si rinvennero interventi diretti nel *Giornale*, riteneva, in ottemperanza all'approccio metodologico strettamente pratico da lui posto alla base della propria indagine, che anche quei rei colpevoli dei più gravi delitti ben avrebbero potuto essere

recuperati attraverso un efficace sistema carcerario<sup>57</sup>. In riferimento a tale argomento Mittermaier forniva forse il più incisivo apporto al *Giornale*. Difatti, Ellero, Carrara e gli altri collaboratori limitavano la propria indagine speculativa allo sviluppo di argomentazioni prettamente teoriche auspicando una rapidissima abolizione della pena capitale; senza fornire, tuttavia, alternative all'utilizzo di tale pena idonee a rassicurare la pubblica opinione circa la bontà della scelta alternativa alla morte. Ebbene, per Mittermaier una idonea riforma carceraria avrebbe permesso una indolore eliminazione della pena capitale dagli ordinamenti penali europei.

Su tali basi ed alla luce dell'analisi delle statistiche e delle inchieste parlamentari, il giurista giunse a conoscere in modo estremamente approfondito tanto la normativa che la realtà fattuale delle nazioni in cui erano presenti istanze di riforma carceraria (come Inghilterra, Francia e Portogallo).

Mittermaier si occupò di tale questione per un notevole periodo temporale, compreso tra gli anni 1821 e 1867. I presupposti di tale indagine risultavano i seguenti: in primo luogo, la necessità di instaurare un collegamento tra la teoria del diritto ed il sistema delle pene; in secondo luogo, la correlativa centralità della funzione rieducativa della pena.

Ciò avrebbe evidentemente implicato una radicale riforma del sistema penale in cui, lungi dal venir meno la necessità del valore punitivo ed intimidatorio, l'esecuzione della pena attraverso il regime carcerario avrebbe dovuto rivestire un ruolo centrale. L'esecuzione della pena all'interno di istituti carcerari avrebbe consentito di sfruttare il periodo di detenzione al fine di rieducare il reo al rispetto delle norme di comportamento. Tale funzione di emenda rappresentava la miglior forma di prevenzione delle recidive e, quindi, la miglior forma di difesa sociale<sup>58</sup>.

Conseguentemente, l'autore proponeva l'abolizione di tutte le pene infamanti e/o corporali (inclusa a pieno titolo la pena capitale) che confliggevano con lo spirito umanitario e risultavano inutili allo scopo della reintegrazione sociale del reo. Mittermaier

---

57 K. Mittermaier, *Nuove osservazioni pratiche sulla pena di morte*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", IV (1863), n. 3, pp. 347 ss (in particolare p. 354 e p. 363).

58 K. Mittermaier, *Des Progrès du système pénitentiaire en Italie et en Allemagne*, in "Revue étrangère de législation et d'économie politique", 1839, p. 595. Estratti di tale opera risultano rinvenibili in "La Parola", Bologna 1842, pp. 30 e 31.



auspicava quindi, oltre ad una pronta abolizione della pena capitale, una contestuale abolizione di qualsiasi pena del tipo della berlina o della gogna così come doveva cessare, in maniera diretta o indiretta, la sorveglianza della forza pubblica sugli ex detenuti in quanto avrebbe recato pregiudizio alla reintegrazione sociale. Dal canto suo, il legislatore avrebbe dovuto stabilire con esattezza il contenuto e l'ambito di applicazione delle norme penali, specificando non solo i caratteri della pena ma altresì le concrete modalità di esecuzione della stessa all'interno degli istituti carcerari. Appare, in tale contesto, del tutto evidente l'intento garantista dell'autore, che si dichiarava contrario a qualsiasi forma di castigo corporale o di restrizione alimentare nei confronti dei soggetti sottoposti alla privazione della libertà personale, nonché, almeno in un primo momento, a qualsiasi forma di isolamento assoluto del condannato. Sotto tale profilo, il pensiero di Mittermaier era allineato a quello di Petitti<sup>59</sup>, il quale rigettava l'applicazione dell'isolamento sulla base del fatto che questo determinasse irrecuperabili squilibri mentali e che la mancanza di movimento e di interazione provocasse anche malattie del corpo con conseguente aumento della mortalità. Spesso l'isolamento si traduceva in una indiretta applicazione della pena di morte con metodi cruenti e disumani.

Occorre però doverosamente segnalare che tali principi garantisti vennero disattesi da Mittermaier nel 1845 quando, chiamato alla redazione della legge penitenziaria per il Granducato di Baden, introdusse l'isolamento assoluto pur mitigato dall'obbligo al personale carcerario di vistare il condannato almeno sei volte al giorno e dalla corresponsione di un sostanzioso trattamento di vitto<sup>60</sup>.

I motivi di tale cambiamento vanno ricercati principalmente in uno sviluppo del pensiero dell'autore che giunse a convincersi

---

59 Si vedano in proposito G. Vegezzi, *Delle carceri e delle loro istituzioni complementari nel Gran Ducato di Baden*, in "Rivista Enciclopedia Italiana", Torino 1856, V, pp. 629 ss. e C.I. Petitti di Roreto, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarla. Trattato*, Torino 1840, i cui contenuti sono attualmente riportati in C.I. Petitti di Roreto, *Opere scelte*, a cura di G.M. Bravo, Torino 1969.

60 K. Mittermaier, *Der gegenwärtige Zustand der Gefängnisfrage mit Rücksicht auf die neuesten Leistungen der Gesetzgebung und Erfahrungen über Gefängnisseinrichtung mit besindener Beziehung auf Einzelhaft*, Erlangen 1860; opera tradotta in lingua italiana da F. Benelli, *Stato attuale della questione delle carceri in relazione ai moderni risultati della legislazione e delle esperienze specialmente rispetto all'isolamento*, Firenze 1861.

che la segregazione assoluta del condannato fosse, in verità, il più coerente mezzo espiativo ai fini della rieducazione dell'individuo. Ciò, ovviamente, a patto che l'isolamento venisse gestito in un più ampio contesto di attività volte a favorire, nel tempo, il reinserimento sociale del condannato e lo sviluppo di una analisi critica del reato da questi commesso al fine di comprenderne il disvalore.

Tali argomentazioni si prestano ad un argomento di riflessione: l'applicazione del mezzo dell'isolamento era evidentemente volta al conseguimento di un intento intimidatorio e repressivo. Ebbene, in riferimento a tale aspetto, Mittermaier affermava che né l'intimidazione né la repressione fossero i fini immediati e diretti dell'isolamento. Diversamente, l'isolamento avrebbe consentito di porre in essere un programma di rieducazione studiato individualmente per il singolo condannato: l'autore, lungi dal negare che la pena rappresentasse per se stessa un male, era convinto che la correzione del detenuto non si dovesse realizzare esclusivamente a mezzo di una moralizzazione volta ad ottenere la obbedienze e la remissività. Al contrario, la pena doveva consistere, nel suo complesso, in un processo educativo finalizzato allo sviluppo dell'autonomia economica e sociale del reo, il tutto in funzione del successivo reinserimento sociale dello stesso.

Concretamente, tali affermazioni portavano Mittermaier a proporre un sistema detentivo all'interno del quale il condannato fosse reintrodotta all'istruzione ed all'apprendimento di competenze lavorative e professionali. Tali argomenti, che all'apparenza potrebbero sembrare confliggenti rispetto alle prime posizioni di contrarietà all'isolamento, rivelano invece un costante sviluppo del pensiero dell'autore. Anche in riferimento alla questione delle conseguenze psico-fisiche dell'isolamento sul detenuto, inizialmente ritenute di particolare gravità e addirittura causa potenziale di morte del reo, Mittermaier si convinse che tale obiezione fosse in realtà non condivisibile in quanto non solo l'isolamento, ma qualsiasi diverso regime carcerario, era astrattamente idoneo a determinare conseguenze dannose sulla salute. A sostegno di tale posizione, l'autore rappresentava che le problematiche di salute lamentate e riscontrabili nei detenuti non venivano causate dalla solitudine in cui questi versavano nel regime di isolamento; diversamente, la causa andava ricercata nelle condizioni delle strutture carcerarie, la cui insalubrità e vetustà determinavano un elevatissimo rischio di

contagio ed infezioni; tale situazione, evidentemente, si presentava in uguale misura tanto nell'isolamento che negli altri regimi detentivi.

In sintesi, Mittermaier divenne un deciso sostenitore dell'applicazione dell'isolamento, a condizione che lo stesso si svolgesse in un contesto di misure volte ad un graduale recupero sociale del detenuto. Occorreva quindi, una volta scontata la pena, abolire ogni forma di controllo sul reo da parte della autorità pubblica e sostituire tale forma di controllo con la creazione di appositi ricoveri dove i rei potessero serenamente soggiornare nell'attesa di un pieno reinserimento nella vita sociale. Egli era a tal punto convinto della bontà delle proprie tesi che giustificava una eventuale recidiva del reo non già nella irrecuperabile indole criminale dello stesso bensì nel fallimento del programma di recupero predisposto per il singolo.

Ciò nonostante, le posizioni espresse da Mittermaier introducono il lettore ad un ulteriore argomento di approfondimento: stante la centralità della funzione rieducativa della pena volta al successivo reinserimento sociale del reo, come sarebbe stato possibile applicare tale impostazione nei confronti di un condannato all'ergastolo il quale, ragionevolmente, si era reso colpevole di crimini di particolare gravità? In altri termini, e portando alle estreme conseguenze il pensiero di Mittermaier, si dovrebbe concludere che l'ordinamento penitenziario avrebbe dovuto porre in essere un programma di recupero anche nei confronti di un condannato che non avrebbe comunque beneficiato di un reinserimento sociale. Tale critica, inoltre, appare degna di pregio anche alla luce della considerazione che l'abolizione della pena di morte avrebbe determinato la sostituzione della stessa con il carcere a vita.

Ferme restando le contraddizioni emerse, non si può non evidenziare la lungimiranza del pensiero di Mittermaier: basti pensare a tutte le misure alternative alla carcerazione oggi presenti nel nostro ordinamento (anche se giustificate da esigenze di sovrappopolamento delle carceri) volte a conseguire una piena reintegrazione del reo nella società.

Ne deriva, in ultima analisi, che il principio informatore del pensiero di Mittermaier risiedeva nella necessità dell'assoluto rispetto della dignità umana.

#### 4. MITTERMAIER E LA DIMENSIONE INTERNAZIONALE DEL *GIORNALE*

Come anticipato, la campagna abolizionista portata avanti da Mittermaier si basava su presupposti diversi da quelli proposti da Ellero e Carrara nel *Giornale*. Questi ultimi basavano la propria indagine su argomentazioni di natura filosofica ed etica, tralasciando di affrontare la problematica da un punto di vista più strettamente pratico, giuridico e/o politico. Difatti, l'impostazione del *Giornale* aveva un taglio prettamente teorico che non si traduceva nell'analisi concreta di alcuni argomenti che pure sarebbero intimamente connessi alla campagna abolizionista; si pensi, ad esempio, alla citata problematica inerente alla riforma delle carceri. Ciò nonostante, l'approccio teorico del *Giornale* ne consentì il diffondersi oltre i confini nazionali proprio in virtù della asserita necessità di difendere principi di natura universale non strettamente caratterizzati da un'analisi territoriale. È su tali basi e presupposti che si può comprendere l'intervento di Mittermaier nel dibattito del *Giornale*: egli iniziò a collaborare con la rivista fin dal 1861, primo anno di pubblicazione. A tal proposito, è appena il caso di segnalare che la collaborazione del giurista tedesco risultò tra le più autorevoli in quanto egli, sul piano europeo, era considerato uno dei più accreditati rappresentanti della dottrina abolizionista. Passando ad analizzare il contributo apportato da Mittermaier, la collaborazione del giurista tedesco prese le mosse a seguito dell'invio da parte di Ellero del primo fascicolo del *Giornale* stesso: ricevuto tale fascicolo, Mittermaier si dichiarò lusingato di poter prendere parte al dibattito<sup>61</sup> fornendo utili spunti di riflessione in riferimento all'approccio metodologico da porre a base della campagna abolizionista. Fin dal suo primo intervento, manifestava la necessità di giustificare le ragioni abolizioniste su argomenti di carattere strettamente pratico. In proposito, le parole di Mittermaier risultavano chiarissime: "presso un gran numero d'uomini influenti la persuasione, che non si possa far senza di tale tema, può soltanto essere scossa con ragioni pratiche, fondate sui fatti: per codesti signori non hanno valore le discussioni filosofiche. Cerchi ella (riferito ad Ellero) di adoperare adesso nel suo giornale di cotali ragioni pratiche"<sup>62</sup>.

61 K. Mittermaier, *Lettera al Direttore*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", I (1861), n. 2, p. 78.

62 *Ibid.*

Mittermaier esplicava poi in dettaglio quali fossero, a suo avviso, gli aspetti pratici da tenere in considerazione; essi, in particolare, avrebbero dovuto contenere la dimostrazione empirica dei seguenti aspetti:

- (a) la prova che i casi di delinquenza non subiscono aumenti laddove la pena capitale è stata abolita;
- (b) la circostanza che la esecuzione pubblica della pena capitale non ha funzione deterrente poiché i delinquenti presenziano all'esecuzione stessa senza che ciò determini un loro ravvedimento;
- (c) che anche in riferimento al reato di omicidio, rispetto al quale la pena capitale trova ampia (e spesso unica) previsione, tale pena non ha funzione deterrente anche a ragione del fatto che statisticamente tale reato viene compiuto con impeto;
- (d) che, anche laddove la pena di morte viene comminata, essa poi non trova esecuzione poiché spesso interviene un provvedimento di grazia in favore del condannato.

Tale auspicio venne accolto da Ellero<sup>63</sup> ma non valse ad instaurare una proficua dialettica con gli altri collaboratori della rivista.

A tal proposito, Mittermaier forniva una dettagliata analisi di carattere comparatistico circa lo stato del dibattito abolizionista nei maggiori Stati europei ed in America<sup>64</sup>.

All'esito della disamina, emergeva con chiarezza un dato: tali paesi non consideravano maturi i tempi per una definitiva abolizione della pena capitale ma cercavano comunque di giungere per via pratica all'abolizione attraverso il riconoscimento alla magistratura di un alto grado di discrezionalità nell'applicazione della pena capitale. Inoltre, ove anche il reo fosse stato condannato all'estremo supplizio, i governanti potevano ancora essi stessi incidere direttamente *in melius* su tale condanna facendo ricorso alla grazia.

Appare quindi evidente che, sebbene la pena capitale fosse ancora in vigore e non mancavano casi in cui i giudici continuassero a comminarla in sentenza, questa non in tutti i casi veniva poi concretamente applicata. Occorre pertanto spostare l'attenzione

---

63 Si veda la *Nota della Direzione del Giornale* a cura di Pietro Ellero annotata in calce alla citata *Lettera al Direttore* di K. Mittermaier.

64 K. Mittermaier, *Progresso delle opinioni che in Europa e in America si manifestano per l'abolizione della pena di morte*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", I (1861), n. 3, pp. 153 ss.

sulla analisi della effettiva esecuzione della pena capitale. Tale profilo è oggetto di uno specifico contributo di Mittermaier al *Giornale*<sup>65</sup>, tradotto a cura di Gabba<sup>66</sup>. Tale circostanza non rappresenta certo una casualità. Gabba condivideva espressamente l'approccio metodologico di Mittermaier alla problematica abolizionista affermando la inutilità di posizioni dottrinarie basate esclusivamente sulla affermazione di principi di carattere etico e filosofico auspicando, diversamente, un approccio maggiormente pratico ed utilitaristico<sup>67</sup>.

Mittermaier sottolineava, ancora una volta, la necessità di trovare riscontri sulla base dei "fatti": questi ultimi inequivocabilmente dimostravano che la pena di morte non aveva alcuna efficacia deterrente e che, anzi, il ricorso alla grazia sempre più usato in ambito europeo al fine di scongiurare l'esecuzione della pena, altro non faceva che recare un grave danno d'immagine ai governi accusati di immobilismo legislativo di fronte alla problematica. A miglior chiarimento il giurista tedesco citava un caso riportato nella Gazzetta di Zurigo<sup>68</sup>: nel 1855 una donna venne condannata a 15 anni di lavori forzati in quanto ritenuta colpevole di incendio doloso. Durante l'esecuzione della pena, un sacerdote riuscì a rinvenire prove inconfutabili dell'innocenza di tale condannata la quale venne scarcerata dopo ben 7 anni di reclusione. Il citato periodico evidenziava che tale caso era il quarto occorso nello stesso anno e che tali episodi dovevano intendersi derivanti da false deposizioni testimoniali. Ad avviso di Mittermaier, tali casi di condanna di innocenti bastavano, da soli, a giustificare una immediata abolizione del supplizio capitale. Tale argomento, a mio avviso di particolare efficacia, non venne debitamente sviluppato dagli altri collaboratori del *Giornale*, i quali, nel fornire le più disparate statistiche circa l'applicazione della pena di morte sul territorio italiano, omettevano di segnalare quante condanne fossero state pronunciate in danno di innocenti. Tale mancato riscontro sembrerebbe potersi attribuire al fatto che la esplicita pubblicazione delle statistiche inerenti gli errori

65 K. Mittermaier, *La pena di morte secondo i risultati della scienza, dei progressi legislativi e dell'esperienza*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", I (1861), n. 4, pp. 277 ss.

66 Sulla biografia di Carlo Francesco Gabba si veda la relativa voce di R. Caterina, in *DBGI*, I, pp. 920-922.

67 C.F. Gabba, *Relazione all'ateneo di Milano*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", I (1861), n. 1, pp. 43 ss.

68 Anno 1862, pp. 325-330.

giudiziari avrebbe potuto mettere in cattiva luce il *Giornale* innanzi alla magistratura, la cui opinione e sostegno erano considerati da Ellero e Carrara di fondamentale importanza ai fini del successo della campagna abolizionista.

## 5. OLTRE IL *GIORNALE*: DIFFERENZE RISPETTO AI SUCCESSIVI PERIODICI DI FINE OTTOCENTO

Successivamente alla pubblicazione del *Giornale* ebbe luogo un processo di rinnovamento del “giornalismo giuridico” volto ad una crescente attenzione all’aspetto pratico e applicativo della norma giuridica rivolto ad una platea sempre più ampia di destinatari. Ma vi è di più: a partire dagli anni settanta dell’Ottocento in poi, la scienza giuridica dovette gestire il confronto con le “nuove scienze” antropologiche. La massima espressione di tale discontinuità rispetto al *Giornale* si ebbe con riferimento alla disputa tenutasi attraverso le pagine della *Rivista Penale* di Luigi Lucchini e de *La Scuola Positiva* di Enrico Ferri, in cui lo scontro tra i sostenitori della “scuola classica” (o “italiana”, secondo la definizione carrariana) e quelli della “scuola positiva” raggiunse l’apice<sup>69</sup>. L’elemento cardine di tale disputa risiedeva, in ultima analisi, nel ruolo da riconoscersi alle nuove scienze fisiche, morali e sociali rispetto alla scienza giuridica. Lo stesso Lucchini ospitava nella “sua”<sup>70</sup> *Rivista Penale* interventi sull’antropologia (con particolare riferimento a Cesare Lombroso), sulla psichiatria e sulla medicina legale, dimostrando di voler introdurre un più vivo rapporto, per quanto gerarchico, tra diritto e società<sup>71</sup>. In nessun caso, però, le scienze morali e sociali

---

69 Sul tema si faccia riferimento al numero monografico *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, dei “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XVI (1987) ed al recente volume di L. Lacchè-M. Stronati (curr.), *Una Tribuna per le scienze criminali. La Cultura delle riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata 2012.

70 Sbriccoli ha efficacemente evidenziato come, nel caso della *Rivista Penale*, la figura di Lucchini si sovrapponesse all’immagine della rivista stessa. M. Sbriccoli, *Il Diritto penale liberale. La “Rivista Penale” di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XVI (1987), pp. 105-183.

71 In riferimento alla cultura positivista in Italia si vedano, tra gli altri, E. Garin, *Tra due secoli. Socialismo e filosofia in Italia dopo l’Unità*, Bari 1962; E.R. Papa, *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano 1985; P. Costa, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra otto e novecento*, Milano 1986.

avrebbero potuto, a suo avviso, limitare le prerogative del legislatore e della magistratura perché, così facendo, si sarebbero violati i postulati del sistema penale liberale, ponendone a fondamento la pericolosità e non l'imputabilità. In altri termini, la "scuola classica" fondava la responsabilità penale sul reato, trascurandone le cause sociali, mentre i sostenitori del positivismo prendevano le mosse dall'analisi del reo (piuttosto che del reato), riconoscendo piena centralità alla scienza antropologica. Ferri, fondatore della "scuola positiva", si rese, al contrario, portatore di una visione integrata della scienza giuridica, considerata inseparabile dal fenomeno sociale sottostante<sup>72</sup>; egli, seppur coscientee che l'applicazione del metodo positivo, portato alle estreme conseguenze, avrebbe determinato una ingiustificata prevalenza della scienza medica sulla scienza giuridica, ebbe il merito di spostare il dibattito tecnicogiuridico sul piano delle problematiche coeve della società italiana, quali l'unificazione legislativa, l'abolizione della pena capitale, l'ordine pubblico e le esigenze della modernizzazione. Tali teorie positiviste ebbero successo e furono dibattute, anche con toni vivaci e polemici, all'interno di numerosi periodici: si pensi, ad esempio, alla *Rivista di Sociologia*, l'*Antologia Giuridica* e il *Circolo Giuridico*<sup>73</sup>.

Almeno in un primo momento, la disputa vide la vittoria della "scuola classica", le cui teorie vennero recepite nel Codice Zanardelli.

Il confronto, tuttavia, era destinato a continuare e trovava la sua più ampia espressione sul campo della giurisprudenza e in riferimento alla questione della riforma carceraria. I positivisti tentarono infatti di "orientare" l'applicazione pratica delle normative penali analizzando e divulgando, in chiave interpretativa, le relative decisioni. Anche in tale ambito, appare determinante il ruolo delle riviste, che puntualmente documentavano l'evolversi delle decisioni giudiziarie. Il dibattito diede quindi luogo ad un'efficace sintesi delle posizioni delle due scuole: Emanuele Carnevale<sup>74</sup> proponeva di fondare una "terza scuola", muovendo dal presupposto che il metodo positivista

---

72 E. Ferri, *Le ragioni storiche della scuola positiva di diritto e di procedura penale*, in "Rivista di filosofia scientifica", 1883.

73 Si veda in proposito G. Speciale, *Il diritto e le nuove scienze tra feconde intersezioni e inconcludenti commistioni* ("Rivista di sociologia", "Antologia giuridica", "Il Circolo giuridico"), in *Una Tribuna per le scienze criminali*, cit., pp. 119-166.

74 E. Carnevale, *Una Terza scuola di diritto penale in Italia*, in "Rivista di discipline carcerarie", XXI, 1891, pp. 348 ss.



era oramai divenuto patrimonio dell'intera comunità scientifica e nessuna "scuola" o "fazione" avrebbe potuto rivendicarne l'esclusiva paternità. I presupposti di tale corrente, denominata "positivismo critico" da Bernardino Alimena<sup>75</sup>, andavano ricercati nell'autonoma dignità scientifica da riconoscersi al diritto penale, nel principio di causalità dell'azione delittuosa e, infine, nella necessità di adottare riforme sociali volte alla prevenzione del crimine. Carnevale riteneva imprescindibili i canoni "classici" del diritto penale, tra cui la volontarietà dell'azione, ma fondava tale responsabilità non più sul "libero arbitrio" bensì sui parametri di "normalità" e "sanità mentale". Diversamente, laddove l'individuo presentasse caratteristiche di pericolosità sociale, occorreva far ricorso ai postulati positivisti ed individuare idonee risposte sanzionatorie diverse dalla pena retributiva. Nasceva quindi l'idea di un "doppio binario" in cui la pena doveva applicarsi in conseguenza dell'accertamento di una responsabilità individuale e la misura di sicurezza in caso di pericolosità sociale dell'individuo non pienamente consapevole del proprio agire. Con il passare degli anni, quindi, le contrapposizioni andarono progressivamente sfumando dando vita a scontri fra "tendenze" e "prevalenze" in luogo di dispute tra rigidi formalismi di appartenenza ad una scuola.

Alla luce dei brevi cenni della disputa tra "scuola classica" e "scuola positiva" emerge il diverso approccio metodologico delle riviste successive al *Giornale* che mette in evidenza quanto il confronto, anche aperto a discipline diverse dal diritto, potesse essere proficuo al fine di ottenere le riforme legislative di cui il Regno d'Italia necessitava. Emerge, in tale contesto, il fondamentale ruolo svolto dalle riviste nel dibattito penalistico del tardo Ottocento, intese non singolarmente ma come fenomeno di continua interazione. Non può non rilevarsi, in proposito, che il carattere di autoreferenzialità del *Giornale*, poco propenso ad ospitare interventi dei sostenitori della pena capitale, ne limitasse non poco la funzione divulgativa e di confronto.

## 6. CONCLUSIONI

Ellero e Carrara, alla nascita del *Giornale*, si erano dichiarati convinti che tre anni di vita sarebbero stati sufficienti per l'ottenimento

<sup>75</sup> B. Alimena, *Naturalismo critico e diritto penale*, in "Rivista di discipline carcerarie", cit., pp. 614 ss.

dell'abolizione della pena capitale. Purtroppo, contrariamente agli auspici, lo scopo proclamato del *Giornale* non si raggiunse e così, nel 1864, Ellero ne annunciò l'epilogo con i toni degni di una cocente sconfitta<sup>76</sup>. Le ragioni di tale "presunto" fallimento, almeno negli anni di pubblicazione del *Giornale*, non possono certamente essere ridotte (e limitate) alla inoperosità del processo parlamentare.

Ad avviso di chi scrive, il motivo principale che determinò l'insuccesso della campagna abolizionista nel breve periodo deve ricercarsi nell'impostazione che ebbero la maggior parte degli interventi pubblicati nel *Giornale*. Fatta eccezione per gli interventi di Mittermaier, la rivista impostava la battaglia per l'abolizione della pena di morte alla stregua di un problema filosofico, etico e umanitario prima che giuridico. Tale approccio evidentemente contrastava con le necessità peculiari di unificazione legislativa del neonato Regno d'Italia: la tematica dell'unificazione implicava necessariamente l'analisi (e la soluzione) di problematiche di gestione del territorio e di ordine pubblico. Si pensi, a titolo di esempio, ad alcune problematiche strettamente connesse e complementari alla pena capitale, quali la riforma delle carceri, il brigantaggio e le pressanti preoccupazioni per la sicurezza pubblica che non venivano affatto analizzate nel *Giornale* a vantaggio di indagini filosofiche sul diritto di punire e sull'intangibilità della vita umana. Le ragioni del fallimento del *Giornale* (che, giova ribadire, si ebbe nel breve periodo) vanno quindi ricercate, in primo luogo, in tale approccio di carattere astratto. Appare quindi condivisibile la critica mossa da Mittermaier ad Ellero circa la necessità di trattare in maniera più concreta la campagna abolizionista.

In altri termini, Ellero e Carrara portavano avanti una battaglia di principi che non si traduceva in un proficuo confronto nei problemi concreti della nuova Italia unita. Appare singolare che il *Giornale* non ospitasse alcun intervento di Mancini che pure si era energicamente battuto in parlamento in chiave abolizionista. Tale circostanza dimostra l'incapacità dei collaboratori del *Giornale* di diffondere le proprie idee nelle sedi opportune a deliberare il cambiamento legislativo.

L'astrattezza del taglio delle lezioni dei docenti e dei contributi dottrinali denotavano, inoltre, una cultura giuridica che riteneva

---

<sup>76</sup> P. Ellero, *Epilogo del giornale per l'abolizione della pena di morte*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", III (1864), n. 4, pp. 464 ss.

di poter assolvere alla funzione educativa e propagandistica attraverso la trasmissione dei sommi principi di giustizia senza calarsi nell'attualità. In tal modo, il principio della difesa della vita era considerato superiore ed inattaccabile a livello politico, quasi che la trattazione della problematica a livello normativo denotasse una svalutazione della stessa. Portare la tesi abolizionista sul piano dell'analisi della quotidianità e delle reali condizioni del Paese avrebbe condotto ad una critica dell'azione di governo (che sotto tale profilo ben poteva essere accusato, usando un termine contemporaneo, di "immobilismo"), nella quale i collaboratori del *Giornale* non volevano, evidentemente, impegnarsi<sup>77</sup> forse anche perché taluni di essi ricoprivano in prima persona incarichi politici.

Ma vi è di più: ad un attento lettore del *Giornale* non può sfuggire come i direttori ospitassero all'interno della rivista tutti coloro che contestavano il patibolo, dai giuristi ai filosofi, dai magistrati ai politici. Ciò, evidentemente, con l'intento di diffondere la rivista nei più diversi ambienti. Il risultato pratico, in verità, fu assai diverso: il lettore si trova spesso di fronte ad una "anarchia" narrativa ed argomentativa che non consente una comprensione organica e metodologica dell'argomento e rende la lettura assai difficile.

Ciò premesso circa l'approccio metodologico, non possono però negarsi alcuni pregi del periodico. Mi riferisco, in primo luogo, al ruolo di impulso e di confronto tra la dottrina che venne portato avanti attraverso il *Giornale*.

Deve riconoscersi al *Giornale* il fondamentale merito di aver posto solide basi ed argomenti a sostegno della necessità di abolire la pena capitale. Non è un caso che quando la classe politica ritenne finalmente maturi i tempi per addivenire all'abolizione, gli argomenti precedentemente sviluppati nel *Giornale* vennero posti a base della discussione del progetto di Codice Zanardelli.

Alla luce di quanto sopra e ferme restando le osservazioni critiche esposte, si rende opportuna una differenziazione: in particolare, appare doveroso distinguere l'obiettivo primario ed immediato di un'iniziativa editoriale quale il *Giornale* (la divulgazione del pensiero abolizionista) rispetto alla più ampia questione della problematica

---

<sup>77</sup> In tal senso si veda E. D'Amico, *Educazione giuridica e battaglia abolizionista*, cit., pp. 603 ss.

dell'unificazione legislativa (che risultava subordinata alla soluzione della questione della pena capitale)<sup>78</sup>.

Per quanto attiene il primo profilo, non può negarsi che il *Giornale* (pur in assenza di una immediata svolta abolizionista) abbia avuto una notevole portata innovativa: prima del 1861 non si rinviene alcuna iniziativa editoriale di così ampio respiro e volta alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica sulla questione abolizionista.

Per quanto attiene il secondo profilo, il fallimento registratosi a livello legislativo non può certo essere imputabile alla campagna del *Giornale*. Sebbene Ellero e Carrara, in qualità di direttori della rivista, avessero indicato come precipuo scopo della stessa il raggiungimento di una riforma legislativa quanto più rapida possibile in senso abolizionista, certamente il mezzo attraverso cui ottenerla non poteva essere individuato esclusivamente in una iniziativa editoriale. In tal senso, potrebbe muoversi ai direttori altro tipo di osservazione: essi, oltre ad essere fini giuristi, ricoprirono incarichi di natura politica e ben avrebbero potuto, in virtù di tali ruoli, adottare una più efficace battaglia nelle aule parlamentari e/o nelle apposite commissioni legislative nominate al fine di attuare una riforma penale. Il *Giornale* ben avrebbe potuto essere uno strumento di raccordo tra attività politica ed attività accademica.

Ad ogni modo, la mancanza di una maggioranza politica funzionale all'approvazione di un provvedimento di abolizione della pena capitale non può certo imputarsi al *Giornale*. Argomentando diversamente, si riconoscerebbe alla stampa il potere/dovere di indirizzare l'attività politica e legislativa di uno Stato, cadendo in evidente contraddizione.

Molto più semplicemente, sembrerebbe doversi affermare che il mancato raggiungimento di un'unità politica in campo penale sia dovuta alla mancanza (dal 1861 e fino all'approvazione del Codice Zanardelli) di una coesione politica in tal senso.

Tuttavia, nonostante il richiamato approccio filosofico del *Giornale*, quest'ultimo contribuì in forma sostanziale a destare attenzione sulla necessità di abolire l'estremo supplizio, preparando l'"humus" sulle cui basi Zanardelli avrebbe a distanza di anni ottenuto un provvedimento di abolizione.

---

78 P. Ellero, *Programma*, in "Giornale per l'abolizione della pena di morte", I (1861), n. 1, p. 5.

È innegabile che le tesi abolizioniste, prima dell'avvento del *Giornale*, fossero patrimonio di una ristretta cerchia di persone; col passare del tempo e soprattutto ad opera della richiamata propaganda abolizionista, tali posizioni finirono col diffondersi in misura sempre maggiore, sino ad essere largamente condivise. Addirittura alcuni autori, precedentemente sostenitori della necessità della pena capitale, si convertirono alla campagna di abolizione.

A riprova di quanto appena affermato, è sufficiente richiamarsi al dibattito svoltosi nelle aule parlamentari, il quale verteva sugli stessi argomenti sviluppati anni addietro nel *Giornale*. Pertanto, se certamente l'aleatorietà e l'astrattezza delle argomentazioni presenti nella rivista non consentirono nell'immediato momento storico il risultato sperato, tali medesime caratteristiche consentirono alle argomentazioni abolizioniste del *Giornale* di poter essere facilmente riprese e sviluppate in seguito.

Quando dalle iniziali polemiche a carattere esclusivamente filosofico il dibattito si sviluppò progressivamente dall' "edicola" al "parlamento", le idee propuginate dal *Giornale* dimostrarono tutta la loro forza ed efficacia.

In ultima analisi, ciò dimostra che nonostante la bontà della battaglia del *Giornale* i tempi ancora non erano pienamente maturi per una svolta così epocale; di tale circostanza non poteva certo essere incolpata la direzione di un periodico.

In conclusione, si può affermare che la tutela del diritto alla vita, così spesso enfatizzata nella pagine del *Giornale*, possa oggi ben essere opposta a tutti quegli Stati che, nonostante il progresso delle idee registratosi dall'Ottocento ad oggi, ancora ritengono necessaria l'applicazione della pena capitale in funzione deterrente.

# IL PRINCIPIO DI UMANITÀ E LA SALVAGUARDIA DELLE VITTIME: CONSIDERAZIONI SULL'ESPERIENZA DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI IN MATERIA DI ADEMPIMENTO DI SENTENZE E DECISIONI<sup>(1)</sup>

---

**Antônio Augusto Cançado Trindade**

Giudice della Corte Internazionale di Giustizia (L'Aia); Ex-Presidente della Corte Interamericana dei Diritti Umani; Professore Emerito di Diritto internazionale dell'Università di Brasilia; Membro dell'*Institut de Droit international* e del *Curatorium* dell'Accademia di Diritto Internazionale dell'Aia.

## I. OSSERVAZIONI PRELIMINARI

Partecipare a questo Seminario organizzato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ("Corte Europea") è fonte di una grande soddisfazione per me: mi dà l'occasione di rinnovare l'espressione dei miei legami affettivi con questo Tribunale, che risalgono agli inizi degli anni settanta. Ho un ricordo vivido e bello delle due precedenti occasioni nelle quali ho preso la parola qui, ovvero durante la cerimonia di apertura dell'Anno Giudiziario 2004, durante la presidenza del giudice Luzius Wildhaber, e successivamente durante la prima riunione congiunta dei tre tribunali dei diritti umani (la Corte Europea, la Corte Interamericana dei Diritti Umani, e la Corte Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli) nel 2008, durante la presidenza del giudice Jean-Paul Costa. È un grande piacere per me ritornare alla Corte Europea, ora presieduta dal giudice Dean Spielmann, per partecipare al presente Seminario su un tema di

---

<sup>1</sup> Discorso pronunciato dall'autore durante il Seminario in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha avuto luogo al Palais des Droits de l'Homme, a Strasburgo, il 31.010.2014. Il discorso è stato pubblicato in: *Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights: A Shared Judicial Responsibility? - Dialogue between Judges 2014 / La mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: Une responsabilité judiciaire partagée? - Dialogue entre juges 2014*, Strasbourg, European Court of Human Rights/Cour européenne des droits de l'homme, 2014, pp. 10-17.

grande rilevanza per la salvaguardia delle vittime, – l’attuazione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, e di condividere questo panel con il giudice Linos-Alexandre Sicilianos.

Vorrei iniziare con un ringraziamento per gli organizzatori di questo Seminario. Quando mi hanno contattato ed io ho suggerito, come tema del mio intervento, l’esperienza in materia di esecuzione delle sentenze dell’istituzione per così dire sorella, la Corte Interamericana, cosicché i miei colleghi della Corte Europea potessero forse trarne qualche insegnamento per affrontare i dilemmi che si trovano a fronteggiare oggi, sono stato toccato dalla loro apertura mentale. Essendo stato impegnato nel dialogo tra tribunali internazionali ormai per molti anni, ed essendone un forte sostenitore, vorrei esprimere il mio profondo apprezzamento per l’apertura mentale dimostrata dalla Corte Europea nel prendere in considerazione l’esperienza del suo omologo in America latina sul tema in esame in questo Seminario.

Per iniziare, vorrei ricordare che, a differenza della Corte Europea, l’omologa Corte Interamericana non può contare su un Comitato dei Ministri per l’esecuzione delle sue sentenze. A causa di questa lacuna nel meccanismo stabilito dalla Convenzione Americana dei Diritti Umani (“Convenzione Americana”), durante la mia presidenza alla Corte (1999-2004), ho ritenuto opportuno insistere sulla necessità di stabilire un meccanismo *permanente* di supervisione dell’esecuzione, o della conformità con le sentenze e le decisioni della Corte Interamericana. In successivi rapporti che ho presentato agli organi principali dell’Organizzazione degli Stati Americani (OAS, dal nome inglese), ho fatto proposte concrete a tal fine. Per esempio, nel rapporto del 17.03.2000, ho messo in guardia che in caso di “inadempimento di una sentenza della Corte, lo Stato in questione sarebbe incorso in una violazione addizionale della Convenzione”<sup>2</sup>.

Nonostante l’attenzione con la quale le varie delegazioni degli Stati membri dell’OAS ascoltarono il mio rapporto, la lacuna di cui parlavo ha perdurato fino ad oggi. Una volta, uno Stato convenuto (che aveva denunciato la Convenzione Americana), avvalendosi di questa lacuna, si sentì libero di non fornire alcuna informazione

2 Rapporto presentato alla Commissione Affari Giuridici e Politici (CAJP) del Consiglio Permanente dell’OAS, riprodotto in: A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2°. ed., San José, Costa Rica, IACtHR, 2003, p. 125.

sull'adempimento delle sentenze nel caso *Hilaire, Benjamin e Constantine c. Trinidad e Tobago* (2001-2002). Questa omissione si verificò sebbene io, in qualità di Presidente della Corte interamericana, avessi comunicato questa inadempienza all'Assemblea Generale dell'OAS (che si tenne a Santiago del Cile nel 2003), – proprio come avevo fatto tre anni prima, in merito ai casi peruviani, all'Assemblea Generale del 2000 di Windsor, in Canada<sup>3</sup>, in conformità con l'articolo 65 della Convenzione.

## II. RINVIO DEI CASI DI INADEMPIMENTO AGLI ORGANI PRINCIPALI DELL'OAS

Alla Corte Interamericana, ho costantemente insistito sull'urgente bisogno di sottoporre i casi di inadempimento (parziale o totale) da parte degli Stati convenuti alla considerazione degli organi competenti dell'OAS, in modo da prendere le misure necessarie a preservare l'integrità del meccanismo di protezione della Corte Interamericana. La supervisione dell'attuazione delle sentenze della Corte non poteva continuare ad aver luogo solamente una volta all'anno, e in modo molto rapido, da parte dell'Assemblea Generale dell'OAS.

Una proposta che feci e sulla quale ho insistito durante la mia presidenza (1999-2004) fu la creazione, in seno alla Commissione Affari Giuridici e Politici dell'OAS (CAJP, dal suo acronimo spagnolo), di una Commissione separata composta dai rappresentanti degli Stati parti alla Convenzione Americana che fosse incaricata di supervisionare, su base *permanente*, l'attuazione delle sentenze della Corte, in modo da garantire il loro adempimento, e dunque anche il conseguimento della giustizia<sup>4</sup>. In successivi rapporti agli organi principali dell'OAS, ho sottolineato la necessità di provvedere meccanismi – sia sul piano del diritto internazionale che sul piano del diritto interno – che assicurassero l'esecuzione piena e fedele delle sentenze della Corte Interamericana sul piano del diritto interno.

La Convenzione Americana statuisce espressamente che la parte delle sentenze della Corte interamericana in materia di

3 Come documentato nei Rapporti annuali dell'Assemblea Generale dell'OAS del 2000 e del 2003.

4 V. A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos...*, op. cit. supra n. (2), pp. 47-49, 111, 125, 234-235, 664, 793-795 e 918-921, in particolare pp. 793-794.



risarcimento del danno può essere attuata nello Stato in questione attraverso il procedimento in forza per l'esecuzione delle sentenze contro lo Stato (articolo 68(2)). Essa prevede inoltre che gli Stati parti sono tenuti a conformarsi con le decisioni della Corte in ogni caso contenzioso al quale sono parti (articolo 68 (1) della Convenzione). Alla fine del decennio scorso, soltanto due Stati parti alla Convenzione Americana avevano adottato, sul piano del *diritto interno*, meccanismi *permanenti* per l'attuazione delle sentenze di tribunali internazionali<sup>5</sup>. Nel corso del decennio scorso, cinque altri Stati parti hanno adottato norme relative all'esecuzione delle sentenze della Corte Interamericana<sup>6</sup>.

### III. SUPERVISIONE DELL'ADEMPIMENTO DELLE SENTENZE E DECISIONI DELLA CORTE INTERAMERICANA

Negli altri Stati, le sentenze della Corte Interamericana continuarono ad essere eseguite secondo criteri empirici – o addirittura casistici – in mancanza di un meccanismo permanente a tal fine nel diritto interno. Considerata la mancanza di misure legislative o di altro tipo, nel mio *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ho espresso la speranza che gli Stati parti si dotino dei meccanismi necessari per garantire una fedele esecuzione delle sentenze della Corte Interamericana negli ordinamenti nazionali<sup>7</sup>. Ma anche nel caso in cui uno Stato parte alla Convenzione Americana abbia adottato una procedura di diritto interno a tal fine, non è detto che l'adempimento delle sentenze della Corte nell'ambito del suo diritto interno sia garantito *ipso iure*. Le misure adottate sul piano del diritto

5 Si tratta, rispettivamente, del Perù, che ha attribuito al supremo organo giudicante nel diritto interno (la Corte Suprema di giustizia) il potere di vegliare sull'esecuzione e sulla conformità con le decisioni di organismi internazionali alla cui giurisdizione il Perù si è sottoposto (modello giudiziale); e della Colombia, che ha optato per l'attribuzione della medesima funzione ad un Comitato di Ministri (modello esecutivo).

6 Si tratta di Costa Rica, Guatemala, Brasile, Venezuela e Honduras. Inoltre, l'obbligo di adempimento delle sentenze e decisioni della Corte è stato riconosciuto dalle Corti Supreme di un paio di Stati parti. Ciò è accaduto, per esempio, nel 2007 da parte della Corte Suprema di Giustizia dell'Argentina, e da parte del Tribunale costituzionale peruviano, tra gli altri. Nonostante questi passi avanti, il problema dei ritardi da parte degli Stati nel dare piena attuazione alle sentenze e decisioni della Corte persiste fino ad oggi.

7 V. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasile, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 184.

interno devono essere completate da quelle di diritto internazionale, e in particolare dalla creazione di un meccanismo permanente di supervisione sull'adempimento delle sentenze della Corte, come ho sostenuto durante tutto il periodo della mia presidenza alla Corte (1999-2004).

Nel mio dettagliato rapporto del 05.04.2001, ho presentato al CAJP (del Consiglio Permanente dell'OAS) il documento che avevo preparato, in qualità di *rapporteur* della Corte, sulle "Basi per un Progetto di Protocollo alla Convenzione Americana per Rafforzare il Suo Meccanismo di Protezione" (*Bases for a Draft Protocol to the American Convention on Human Rights, to Strengthen Its Mechanism of Protection*). In questo rapporto ho proposto la creazione, nell'ambito dell'OAS (sotto forma di un gruppo di lavoro del CAJP), di un meccanismo internazionale di supervisione delle sentenze della Corte Interamericana che operasse su base permanente, in modo da colmare la lacuna nel sistema interamericano di protezione dei diritti umani<sup>8</sup>. Tale supervisione, – ho fatto notare, – spetta a tutti gli Stati parti alla Convenzione Americana, nell'esercizio della loro *garanzia collettiva*, così da dare attuazione al principio base *pacta sunt servanda*<sup>9</sup>.

Successivamente, nel mio rapporto al CAJP del Consiglio Permanente dell'OAS del 19.04.2002, ho insistito sulla mia proposta (che avevo portato di fronte al Consiglio Permanente e all'Assemblea Generale dell'OAS nel 2001). Essa aveva l'obiettivo di colmare una lacuna nel sistema interamericano di protezione dei diritti umani, e dunque di rafforzare il meccanismo di protezione della Convenzione Americana<sup>10</sup>. Ancora una volta la questione fu portata all'attenzione del Consiglio Permanente dell'OAS nel 2002 e nel 2003. Di fronte all'immobilismo dell'OAS, sono ritornato sul tema con particolare enfasi nel mio rapporto al Consiglio Permanente dell'OAS del 16.10.2002, intitolato "*Il Diritto di Accesso alla Giustizia Internazionale e le Condizioni per la Sua Realizzazione nel Sistema Interamericano di Protezione dei Diritti Umani*". In quell'occasione, ho ponderato che gli Stati parte sono individualmente tenuti a conformarsi con le sentenze e le decisioni della Corte Interamericana,

8 A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo...*, op. cit. supra n. (2), p. 369. Per un commento recente su quella e altre proposte, v. A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Pargi, Pédone, 2012, pp. 169-214.

9 *Ibid.*, p. 378.

10 V. *ibid.*, pp. 794-795.

“come previsto all’Articolo 68 della Convenzione americana, in applicazione del principio *pacta sunt servanda*, e anche in virtù di un obbligo di diritto interno.” Sono inoltre collettivamente tenuti a garantire l’integrità della Convenzione Americana; “la supervisione della fedele esecuzione delle sentenze della Corte è un compito che spetta a tutti gli Stati parti alla Convenzione”<sup>11</sup>.

Ho poi ribadito che la Convenzione Americana, nel creare obblighi per gli Stati parti nei confronti di tutti gli esseri umani sottoposti alla loro giurisdizione, richiede l’esercizio di un sistema di *garanzia collettiva* per la realizzazione del suo oggetto e delle sue finalità, e che ciò permette di arricchire il suo meccanismo di protezione. “L’adempimento, o esecuzione, delle sentenze è una preoccupazione legittima di tutti i tribunali internazionali”, ed è una “preoccupazione fondamentale” per la Corte Interamericana<sup>12</sup>. In generale, gli Stati parti si sono conformati in modo soddisfacente con la determinazione della riparazione da parte della Corte sotto forma di risarcimento del danno, soddisfazione alle vittime, e armonizzazione del diritto interno con le disposizioni della Convenzione americana. Tuttavia, ciò non è accaduto riguardo al dovere di fare un’indagine per stabilire i fatti e di punire i responsabili di violazioni gravi dei diritti umani protetti dalla Convenzione (così come il ciclo di casi sui massacri avrebbe dimostrato chiaramente nel corso dell’ultimo decennio)<sup>13</sup>. Questo stato di cose continua a destare preoccupazione, dato che non si può prescindere dalle indagini e dalla repressione per porre fine all’impunità, con le sue conseguenze negative e corrosive per il tessuto sociale nel suo insieme.

Sempre nel rapporto del 19.04.2002 summenzionato, ho osservato che, a causa di questa persistente lacuna istituzionale nel sistema di protezione interamericano, la Corte Interamericana ha preso l’iniziativa di supervisionare *motu proprio* l’esecuzione delle proprie sentenze. E questo senza compromettere la *garanzia collettiva*, da parte di tutti gli Stati parti alla Convenzione Americana, della fedele esecuzione delle sentenze e decisioni della Corte. Sfortunatamente, la proposta che avevo reiterato più

11 *Ibid.*, pp. 919-920.

12 *Ibid.*, pp. 919-920.

13 V. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, capitolo X, pp. 179-191; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

volte all'OAS di creare una "Commissione separata" del CAJP per supervisionare l'adempimento delle sentenze e decisioni della Corte su base permanente non ha visto la luce del giorno. Tale misura avrebbe dovuto essere completata dalle misure prese dagli Stati parti sul piano del diritto interno; in questo modo, il principio *pacta sunt servanda* sarebbe divenuto effettivo attraverso misure prese, *pari passu*, sia sul piano internazionale che su quello interno<sup>14</sup>.

All'inizio del 2014, questa lacuna persiste. L'OAS prese nota della mia proposta in risoluzioni successive fino agli inizi del 2007. L'unica proposta che è stata tradotta in pratica è stata quella di creare un fondo con cui finanziare l'assistenza legale gratuita agli individui che ne avessero bisogno per presentare un ricorso. Gli altri punti sono rimasti "in esame", – e la Corte Interamericana continua a svolgere il compito addizionale di supervisionare l'esecuzione delle sue sentenze da parte degli Stati parti nel loro ordinamento interno. Ha continuato a farlo attraverso risoluzioni successive (sull'adempimento da parte degli Stati), che a volte sono precedute da udienze pubbliche.

Esempi precedenti – e degni di nota – di adempimento delle sentenze della Corte Interamericana sono, ad esempio, i casi *Barrios Altos* (2001), *cas célèbre* sull'incompatibilità delle amnistie con la Convenzione Americana, e *Loayza Tamayo* (1997), entrambi concernenti il Perù. In quest'ultimo caso, lo Stato convenuto si conformò tempestivamente (il 20.10.1997) con la decisione della Corte (nella sentenza del 17.09.1997) che un prigioniero politico dovesse essere liberato. Nel caso *Juan Humberto Sánchez c. Honduras* (sentenza del 07.06.2003), la Corte Interamericana ha reiterato la propria giurisprudenza che atti o omissioni in violazione dei diritti protetti dalla Convenzione possono essere posti in essere da qualunque potere dello Stato (esecutivo, legislativo o giudiziario), o da qualsiasi pubblica autorità.

#### **IV. SUPERVISIONE *MOTU PROPRIO* DA PARTE DELLA CORTE: IL CASO BAENA RICARDO E ALTRI (270 LAVORATORI C. PANAMA, 2003)**

La Corte Interamericana ha svolto, *motu proprio*, una funzione di supervisione sulle proprie sentenze in una serie di casi negli anni

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 919-921.

recenti. Vorrei ricordare, a titolo di esempio, il caso *Baena Ricardo e altri (270 Lavoratori) c. Panama*. Nella sua memorabile sentenza (del 28.11.2003) sulla competenza della Corte Interamericana a monitorare l'adempimento delle sue sentenze, essa ha statuito:

(...) la competenza [della Corte] comprende il potere di impartire giustizia; non si limita a dichiarare il diritto, ma comprende il potere di supervisionare l'adempimento della sentenza. (...) La supervisione dell'adempimento della sentenza è uno degli elementi che compongono la competenza [della Corte]. (...) Il rispetto della riparazione ordinata dalla Corte nelle sue decisioni è la concretizzazione della giustizia per il caso concreto, e dunque, della competenza (...).

L'adempimento delle sentenze è fortemente legato al diritto di accesso alla giustizia, che è stabilito agli articoli 8 (diritto ad un equo processo) e 25 (protezione giudiziaria) della Convenzione Americana. (para. 72-74)

La Corte ha aggiunto, sulla stessa linea di pensiero, che per garantire il diritto di accesso alla giustizia non è sufficiente avere soltanto la decisione finale, dichiarativa di diritti e di obblighi, che garantisce protezione agli individui coinvolti. Oltre a ciò, è necessario contare sull'esistenza di:

meccanismi effettivi per dare esecuzione alle sentenze o alle decisioni, così da proteggere in modo effettivo i diritti in questione. L'esecuzione di tali sentenze o decisioni è da considerarsi parte integrante del diritto di accesso alla giustizia, inteso *lato sensu*, e dunque comprende la piena osservanza della pronuncia in questione. Il contrario presuppone il diniego di questo diritto.

(...) Se lo Stato responsabile non dà esecuzione alle misure di riparazione determinate dalla Corte nel proprio ordinamento, nega il diritto di accesso alla giustizia internazionale. (para. 82-83)

Con mia grande soddisfazione, nella stessa sentenza sulla competenza nel caso *Baena Ricardo*, la Corte Interamericana ha avallato – al punto da citare la mia Opinione Individuale (n. 70)<sup>15</sup> – quanto avevo espresso nella mia Opinione Concorrente nel parere

15 Per il testo completo dell'Opinione, v. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la*

consultivo n. 18 (del 17.09.2003), sulla *Condizione Giuridica e i Diritti dei Migranti Non Documentati*. Si tratta dell'affermazione che il potere di supervisione della Corte sull'esecuzione delle proprie sentenze si fonda su "una prassi costante e uniforme" (tenendo in mente gli articoli 33, 62(1) e (3), e 65 della Convenzione Americana, e 30 dello Statuto) e sulla "risultante *opinio juris communis* degli Stati parti alla Convenzione" (così come riflesso nelle varie risoluzioni della Corte sull'osservanza delle sentenze). La Corte ha aggiunto, riprendendo la mia dottrina della *coscienza giuridica universale* come la fonte *materiale* ultima del diritto internazionale, e di tutto il Diritto<sup>16</sup> (v. *infra*):

*L'opinio juris communis* significa la manifestazione della coscienza giuridica universale<sup>17</sup> attraverso l'osservanza, da parte dei membri della comunità internazionale, di una certa prassi in quanto obbligatoria. *L'opinio juris communis* di cui sopra ha trovato espressione nell'attitudine generalizzata e ripetuta degli Stati di accettare la funzione di supervisione della Corte. Ciò è stato dimostrato dal fatto che hanno presentato rapporti su richiesta della Corte, e rispettato quanto statuito dal tribunale nel dar loro istruzioni o nell'identificare aspetti sui quali vi era una controversia tra le parti, in materia di riparazione. (para. 102)<sup>18</sup>.

In effetti, – la Corte ha continuato, – la sanzione di cui all'articolo 65 della Convenzione presuppone il libero esercizio da parte della Corte del suo potere inerente di supervisionare l'esecuzione delle sentenze nell'ordinamento interno degli Stati convenuti (para. 90, 113 e 115). Tale esercizio corrisponde alla sua prassi costante dal

---

*Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006*), 1ª. ed., Messico, Edit. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2007, pp. 52-87.

16 Su questo punto, v. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 177-202; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-106 e 394-409.

17 Corte Interamericana, *Condizione Giuridica e Diritti dei Migranti Non Documentati*, Parere consultivo no. 18, 17.09.2003, Opinione Concorrente del Giudice A.A. Cançado Trindade, para. 81.

18 La Corte ha aggiunto che la sua funzione di supervisione è stata accettata dagli Stati e dalla Commissione Interamericana, oltre che dalle vittime (o i loro legali); la Corte Interamericana è stata così in grado di esercitare in modo regolare e coerente la propria funzione di supervisione dell'osservanza delle proprie sentenze (para. 103).

1989 fino alla fine del 2003 (para. 103-104 e 107). Nel caso concreto *Baena Ricardo e altri (270 lavoratori) c. Panama*, la Corte ha ricordato che lo Stato convenuto non aveva messo in discussione il suo potere di supervisione, e nella sentenza del 02.02.2001 la Corte aveva già affermato che avrebbe monitorato l'esecuzione della sentenza.

La Corte ha concluso, a questo proposito, che la condotta dello Stato dimostrava "al di là di ogni dubbio" che questo aveva riconosciuto la competenza della Corte a supervisionare "l'osservanza delle sue decisioni", (para. 127). Dopo aver riassunto le proprie conclusioni in materia (para. 128-137), la Corte ha asserito la propria competenza a "continuare a monitorare" la "piena osservanza" della sentenza del 02.02.2001 nel caso di specie (para. 138-139). Per questi motivi, la Corte ha categoricamente rigettato l'obiezione dello Stato convenuto, che non è più stata formulata di fronte alla Corte. E il convenuto ha poi proceduto a dare attuazione alla sentenza.

## **V. UNA BATTUTA D'ARRESTO NELLA PRASSI DELLA CORTE: I CASI DI "ADEMPIMENTO PARZIALE"**

Nonostante in una prima fase (nel 2000 e nel 2003) la Corte Interamericana abbia applicato l'Articolo 65 della Convenzione in casi di manifesto inadempimento delle proprie sentenze, dal 2004 fino ad oggi essa non lo ha più fatto (come avrebbe dovuto), rendendo così impossibile l'esercizio della garanzia collettiva implicita nella Convenzione Americana. A mio avviso, questo fatto ha avuto un effetto sul sistema interamericano di protezione dei diritti umani nel suo insieme. Rivela inoltre che non vi è un progresso lineare nell'operato di un tribunale internazionale, o di ogni altra istituzione di diritto pubblico interno o di diritto internazionale).

Se l'inadempimento (totale o parziale) delle sentenze della Corte non è preso in considerazione e discusso dagli organi competenti dell'OAS, – come sta avvenendo attualmente, – ciò genera l'erronea impressione che vi sia un grado di adempimento soddisfacente con le sentenze della Corte da parte degli Stati convenuti. Sfortunatamente questa non è la situazione reale, a discapito delle vittime. Quindi spero vivamente che la Corte Interamericana ritorni sui propri passi e riprenda ad applicare l'articolo 65 della Convenzione in casi di manifesto inadempimento delle proprie sentenze.

Il fatto che dalla fine del 2004 la Corte abbia evitato di applicare la sanzione prevista all'articolo 65 della Convenzione è espressione

dell'opinione, ora maggioritaria alla Corte, che conviene adottare un approccio "pragmatico", e dunque evitare scontri di posizione "sgraditi" con gli Stati convenuti, e "stimolarli" ad adempiere gradualmente le sentenze della Corte. Da qui deriva la pratica corrente della Corte di adottare risoluzioni successive in merito all'adempimento delle proprie sentenze. In queste risoluzioni, la Corte prende nota delle misure prese dallo Stato in questione, e "chiude" il caso, in parte, limitatamente a tali misure, evitando così di discutere la questione all'interno dell'OAS.

In effetti, questa prassi fornisce l'erronea impressione che il sistema di protezione sia efficace, in quanto i casi non possono essere "chiusi" definitivamente perché il grado di adempimento parziale è molto alto, così come il grado di inadempimento parziale. Tutto ciò accade a scapito delle vittime. I casi già decisi vengono mantenuti sulla lista dei casi pendenti per un periodo di tempo indeterminato, finché non vi è pieno adempimento da parte dello Stato e il caso può essere chiuso definitivamente. Ciò avviene in ottemperanza dell'approccio "pragmatico" di cui sopra, il quale, nel tentativo di promuovere "buone relazioni" con gli Stati in questione, di fatto elude il problema. La Corte interamericana è un tribunale internazionale, non un organo di conciliazione che tenta di "persuadere" o "stimolare" gli Stati ad adempiere pienamente le proprie pronunce.

## **VI. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE**

Se c'è un aspetto del sistema di protezione interamericano che riscontra un alto grado di inadempimento, si tratta precisamente, come precedentemente indicato, del dovere di condurre un'indagine sui fatti e di punire i responsabili di gravi violazioni dei diritti umani. Durante la mia presidenza alla Corte Interamericana ho adottato una posizione di principio piuttosto che una "pragmatica", ed ho fatto in modo da garantire la dovuta applicazione dell'Articolo 65 della Convenzione (durante le Assemblee Generali dell'OAS di Windsor, Canada, nel 2000, e di Santiago del Cile nel 2003). Si tratta delle ultime volte in cui la Corte ha applicato questa disposizione fino ad oggi. Il sistema di protezione interamericano esiste per la salvaguardia delle vittime, e tale considerazione dovrebbe avere la precedenza su ogni altra.



Nelle ultime due occasioni in cui l'articolo 65 è stato applicato (nel 2000 e nel 2003), i risultati concreti in termini dell'effettiva protezione dei diritti umani sono stati immediati<sup>19</sup>. In conclusione, le norme della Convenzione Americana che disciplinano questo aspetto di primaria importanza della competenza della Corte esistono per essere osservate, anche se questo fatto può generare problemi con l'uno o l'altro Stato parte. Nel ratificare la Convenzione, gli Stati parti hanno assunto obblighi vincolanti (*pacta sunt servanda*), di ordine pubblico (*ordre public*) internazionale. La Convenzione Americana richiede una posizione di principio a riguardo; in fondo, essa enuncia degli obblighi di diritto imperativo (*jus cogens*) per la salvaguardia dei diritti in essa protetti.

Il caso dell'"*Ultima tentazione di Cristo*" (*Olmedo Bustos e altri c. Cile*) rappresenta un esempio degno di nota del pieno adempimento di obblighi di natura pattizia. In questo caso la Corte ordinò la fine della censura sui film, una misura che rese necessaria la riforma di un articolo della Costituzione<sup>20</sup>. Il 07.04.2003, lo Stato convenuto riferì alla Corte sulla sua piena esecuzione della sentenza, ed aggiunse che il film in questione veniva già mostrato (dal 11.03.2003) nel *Cine Arte Alameda* di Santiago. Nella risoluzione del 28.22.2003, la Corte dichiarò dunque che il caso era chiuso, dato che il Cile aveva dato piena esecuzione alla sentenza del 05.02.2001.

Questa sentenza resa dalla Corte durante la mia presidenza è non solo la prima pronuncia in un caso contenzioso in materia di libertà di pensiero e di espressione, ma anche il primo caso di piena esecuzione di una sentenza che richiedeva la modifica di una disposizione costituzionale da parte dello Stato convenuto. Non si tratta di un episodio isolato. Un altro caso di portata storica paragonabile, anch'esso deciso durante la mia presidenza, è stato quello del *Tribunale Costituzionale c. Perù*, anch'esso culminato nella piena esecuzione della sentenza (nel merito e in materia di risarcimento del danno, resa il 31.01.2001) da parte dello Stato convenuto, con profonde implicazioni per la relazione tra il diritto interno e il diritto internazionale.

---

19 V. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional – Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2013, pp. 29-45.

20 In particolare, dell'articolo 19(2) della Costituzione del Cile del 1980.

In quella sentenza, la Corte statuì che la destituzione di tre magistrati del Tribunale Costituzionale peruviano costituiva una violazione della Convenzione americana. La Corte stabilì inoltre che una tale violazione del diritto a un rimedio effettivo, e garanzie giurisdizionali e del diritto a un giusto processo richiedesse la *restitutio in integrum* (ovvero la reinstallazione dei tre magistrati ai loro posti), data la natura della loro funzione e la necessità di tutelarli da ogni “pressione esterna” (para. 75). La risoluzione di destituzione dei tre magistrati fu annullata dal Congresso peruviano ancor prima della sentenza della Corte del 31.01.2001.

In effetti, il Congresso nazionale procedette ad annullare la risoluzione il 17.09.2000, prima ancora che si tenesse l’udienza pubblica nel caso del *Tribunale Costituzionale* di fronte alla Corte Interamericana (il 22.11.2000). I tre magistrati tornarono ad occupare i propri posti al Tribunale Costituzionale, ed uno di essi ne divenne il presidente. Nelle due occasioni in cui ho visitato il Tribunale Costituzionale in seduta plenaria a Lima (il 12.09.2001 e il 18.11.2003), i giudici espressero la loro gratitudine alla Corte Interamericana. Questo episodio dimostra l’importanza della giurisdizione internazionale. In una lettera (del 04.12.2003) che inviai al Tribunale Costituzionale in qualità di presidente della Corte, scrissi che questa sentenza senza precedenti della Corte Interamericana aveva avuto ripercussioni “non solo nella nostra regione, ma anche in altri continenti”, ed aveva segnato “l’inizio di un notevole e rassicurante avvicinamento tra l’ordinamento giudiziario a livello nazionale e internazionale, che serve da esempio ad altri paesi”<sup>21</sup>.

Questo avvicinamento ha poi avuto un seguito nella successiva convergenza tra la giurisprudenza della Corte Interamericana e del Tribunale Costituzionale. Sulla stessa linea di pensiero, durante il mio lungo mandato come giudice, ho sostenuto che il *corpus juris* della Convenzione Americana è direttamente applicabile negli ordinamenti interni, e che gli Stati parti hanno l’obbligo di dare piena esecuzione alle sentenze della Corte. Ciò non va confuso con l’omologazione delle sentenze, perché la Corte è un tribunale internazionale, non straniero. Gli Stati parti sono tenuti a conformarsi con le sentenze della Corte, senza alcun bisogno di “omologazione”.

---

21 Il testo della lettera è riprodotto in: OAS, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2003*, San José of Costa Rica, IACtHR, 2004, Annex LVII, pp. 1459-1460, e v. pp. 1457-1458.

Contrariamente a quanto è ancora dato per assunto in numerosi paesi, le giurisdizioni nazionali e internazionali non sono in conflitto; esse sono complementari, ed *interagiscono* costantemente nella protezione dei diritti della persona umana<sup>22</sup>. Nel caso del *Tribunale Costituzionale*, la giurisdizione internazionale è intervenuta in modo effettivo in difesa di quella nazionale, contribuendo così in modo decisivo alla ristorazione dello stato di diritto (*état de Droit*, *Estado de Derecho*), oltre a salvaguardare i diritti delle vittime.

Nella storia delle relazioni tra le giurisdizioni nazionali e internazionali, si tratta di un precedente eccezionale, che continuerà ad essere studiato negli anni a venire. La chiusura dei casi “*L’Ultima Tentazione di Cristo*” e sul *Tribunale Costituzionale* dopo il pieno adempimento delle sentenze da parte degli Stati convenuti, rispettivamente il Cile e il Perù, rivela che l’interazione tra il diritto interno e il diritto internazionale avviene per salvaguardare i diritti fondamentali della persona umana.

In conclusione, la Corte Interamericana, che non può contare sull’assistenza di un organo come il Comitato dei Ministri per la supervisione del rispetto delle proprie sentenze e decisioni, ha assunto essa stessa questa funzione. Lo ha fatto nell’esercizio di un *potere inerente* di supervisione. Molto è già stato ottenuto, ma la Corte come abbiamo visto ha anche sperimentato una battuta d’arresto, nei casi di “adempimento parziale”. La Corte Europea di Strasburgo può contare sul Comitato dei Ministri, ed ha confidato nella *complementarità* tra le proprie funzioni e quelle del Comitato dei Ministri in questo ambito. Mi auguro che queste considerazioni sull’esperienza accumulata alla Corte Interamericana fino ad oggi possano essere utili ai colleghi e agli amici della Corte Europea che stanno esaminando questa questione. In fondo, l’adempimento delle sentenze e delle decisioni dei tribunali sui diritti umani contemporanei è collegato non solo allo *stato di diritto*, ma anche, *in fine*, alla *realizzazione della giustizia* sul piano nazionale e internazionale.

---

22 V. A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals...*, *op. cit. supra* n. (13), capitolo V, pp. 76-112 (sull’interazione tra il diritto interno e il diritto internazionale nella protezione dei diritti umani).

# LA GIUSTIZIA RIPARATIVA IN PRIGIONE E IL PRINCIPIO DI UMANITÀ

---

**César Barros Leal**

Procuratore dello Stato del Cearà (Brasile); dottore e post dottore in Diritto; post dottore in studi latino-americani; Professore ritirato della Facoltà di Diritto dell'Università Federale del Cearà, Presidente dell'Istituto Brasiliano di Diritti Umani e membro dell'Assemblea Generale dell'Istituto Interamericano di Diritti Umani (San José, Costa Rica).

Nell'ottobre 2015, sono stato nuovamente invitato a San José, Costa Rica, dall'Istituto Latino-americano delle Nazioni Unite per la Prevenzione del Crimine e Trattamento del Delinquente (ILANUD), diretto da Elias Carranza, per partecipare in un pannello sulla Giustizia riparativa in Materia Penale nel Congresso Internazionale sulla Criminalità e Sistemi di Giustizia Penale nell'America Latina e nei Caraibi. Mi sentivo a mio agio poiché avevo pubblicato da poco tempo con la casa editrice messicana Porrúa l'opera "Giustizia riparativa: l'alba di un'era. Applicazioni nelle prigioni e nelle centri di detenzione per i minorenni"<sup>1</sup>, con prologo del famoso criminologo Luìs Rodríguez Manzanera.

Nella mia breve conferenza, ho spiegato che si parlava di una Giustizia criminale vicina, veloce, integrata, esaltata per la sua bontà e i suoi risultati nei cinque continenti; una Giustizia che possiede,

---

<sup>1</sup> Il libro è dedicato al Papa Giovanni Paolo II, il quale perdonò il suo aggressore, il turco Ali Agca, in una prigione della Città di Roma, inviando un sublime messaggio di amore e misericordia, così come fece Gesù Cristo quando era in croce chiedendo al Padre – prima di salire al cielo per rinascere tutti i giorni nella memoria e nei cuori degli uomini – che nella sua infinita bontà, scusa i carnefici, poiché non sapevano ciò che stavano facendo. Successivamente, nelle considerazioni finali, aggiungo: Riprendendo la dedica iniziale, dedico questo libro anche ai bambini, i quali sono apparsi nelle righe precedenti in tutta la loro esuberanza e potenzialità e hanno il compito – questa è la nostra speranza, il proprio brillare magico, secondo la lingua di Schiller – di rompere i dogmi, disegnare nuovamente i paradigmi e modellare, nella fucina del idealismo e nella feconda ribellione della gioventù una giustizia criminale più vicina che, essendo umanizzata, partecipe, dialogica, innovativa e non un mero sinonimo di punizione, di retribuzione; essa conserva il valore supremo della dignità umana e contribuisce alla rottura di un ordine collassato e anacronico e per la creazione di una cultura di pace, rispettosa dei diritti umani.

tra i vari meriti, probabilmente il più grande e il più celebrato, quello di riscattare le vittime sequestrate legalmente dallo Stato, secondo Michel Foucault e dimenticate quasi completamente nel corso della storia del processo penale; una Giustizia la quale valorizza il rimborso, il perdono, la riconciliazione e la riappacificazione (integrante) delle relazioni sociali colpite dall'atto criminale; una Giustizia umanizzata che si presenta con assoluta legittimità come un'opzione alternativa o complementare alla tradizionale.

Il tempo che mi è stato dato a San José è stato relativamente corto, insufficiente per presentare al pubblico i pilastri della Giustizia riparativa, i suoi effetti sulla vittima e aggressore, oltre ai suoi principi e alle sue diverse modalità, punti che sono stati abordati nel libro menzionato. Tuttavia questo non importava in quanto ciò che è stato mostrato era la sua applicazione nell'ambito penale con distacco all'interno degli spazi di segregazione: così, aggiunsi che la Giustizia riparativa si occupa nel migliorare le condizioni di queste istituzioni, per adulti e minori, nel prevenire e gestire i conflitti tra i suoi abitanti (suggerito dalle Regole Minime delle Nazioni Unite per il Trattamento dei Detenuti, attualmente conosciute come *Regole di Mandela*) o nella riconciliazione tra aggressore e vittime o vittime sostituite, dimostrando che gli effetti, in tutte le parti, sono sempre stati qualitativi, di carattere emotivo o relazionale.

Raccontai agli spettatori che nel 2011 entrai a Bellavista, carcere di sicurezza media di Medellín, dipartimento di Antiochia, Colombia, uno degli stabilimenti penali più violenti e sovraffollato dell'America Latina (conforme con i dati dell'Istituto Nazionale Penitenziario e Carcerario – INPEC, l'agglomerato è del 180%) e lì partecipai a una riunione riparativa con due gruppi di carcerati; la maggior parte erano ex guerriglieri delle Forze Armate Rivoluzionarie della Colombia (le famose FARC) e anche dell'Esercito di Liberazione Nazionale (ELN), i quali partecipano a un programma mantenuto dalla Confraternità Carceraria Internazionale (*Prison International Fellowship*), insieme alla Confraternità Carceraria della Colombia, chiamata *Albero Sicomoro*, un corso intensivo che raduna un gruppo di vittimari e discute cause e conseguenze del crimine, i danni causati, la necessità di un procedimento di restauro, la conoscenza reciproca tra vittime e aggressori, la perdita del rancore, la fine dell'ostilità e lo spirito retributivo, oltre al perdono e all'assunzione della responsabilità dell'atto commesso. Confessai loro che fu di

forte impatto stare dinnanzi a chi mi aveva raccontato la pratica di molteplici omicidi, dimostrando, nonostante tutto, che aveva preso la decisione di iscriversi al programma perché voleva cambiare e chiedere perdono alle sue vittime o ai loro familiari.

Nel nostro libro, tra parentesi, spiego che il nome dell'Albero Sicomoro è stato preso dal passo biblico in cui racconta l'incontro tra Zaccheo e Gesù (Luca, 19:1:10). Con questa simbologia (rimettendo alla Bibbia) e centrato al riscatto dell'umanità che è dentro in ognuno di noi (in fin dei conti, tutti apparteniamo al genere umano), l'Albero Sicomoro risulta essere un'esperienza straordinaria, in diversi termini (responsabilità, confessione, pentimento, perdono, restituzione, accordo), con un alto livello di soddisfazione, il quale è riconosciuto non solo dai detenuti, ma anche dalle vittime e dai loro familiari.

Mostrai in quel Congresso che gli Stati Uniti d'America promuovevano da tempo un contatto *tête-à-tête* tra vittime e aggressori, persone che devono essere considerate superiori all'errore commesso, non importa quale sia la sua natura o la gravità (un ragionamento analogo si sviluppa con i combattenti feriti nei campi di battaglia, il quale dette fondamento alla creazione dell'articolo I (2) del Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra relativi alla protezione delle vittime di conflitti armati internazionali, 1977: in casi che non comprendono nel dato protocollo o in altri accordi internazionali, i civili e i combattenti rimangono sotto la protezione e dominio dei principi del diritto internazionale derivanti dagli usi stabiliti, dai principi di umanità e di quei principi dettati dalla coscienza pubblica), che anche occorre con i detenuti all'attesa della loro esecuzione nel corridoio della morte. Howard Zehr, uno dei progenitori della Giustizia Riparativa, si riferisce al movimento "Appoggio alle vittime con Base di Difesa" (*Defense Based Victim Outreach*) che cerca di creare, in questo caso, un ponte tra la famiglia della vittima del criminale e gli avvocati di difesa, fine di l'assistenza delle vittime e la diminuzione del trauma del processo giudiziale. Alcune vittime sopravvissute vogliono solamente la verità dei fatti e il riconoscimento della responsabilità dell'aggressore e la sua dichiarazione di essere colpevole.

Paesi come Belgio, Regno Unito, Australia, Singapore, Lettonia, Spagna, Messico e molti altri mantengono programmi riparativi che hanno buon esito, incentivati e appoggiati dall'Ufficio delle Nazioni Unite sulle Droghe e il Crimine (*United Nations Office on Drug and*

*Crime*), responsabile della pubblicazione nel 2006 di un eccellente Manuale sui Programmi di Giustizia riparativa, dove si spiega in modo esteso in cosa consistono: a) una risposta alle circostanze del delitto, al delinquente e alla vittima, la quale permette che ogni caso sia considerato individualmente; b) una risposta al crimine che rispetti la *dignità e l'uguaglianza di ogni persona*, sviluppa la comprensione e promuove l'armonia sociale attraverso la riparazione dei danni delle vittime, dei criminali e delle comunità; c) un'alternativa viabile in molti casi al sistema di Giustizia penale formale e agli effetti stigmatizzanti sui delinquenti; d) un metodo che si può usare insieme ai processi e alle sanzioni della Giustizia Penale Tradizionale; e) un metodo che incorpora la soluzione dei problemi e è diretto per cause sottostanti al conflitto.

Commentai che, in Brasile, il progetto di riforma della Legge di Esecuzione Penale (LEP) prevede l'applicazione della Giustizia riparativa, oggi con il supporto incondizionato del Consiglio Nazionale di Giustizia, avendo stato creato un gruppo di lavoro, composto da giudici di diverse unità federative, responsabili nell'effettuare studi e proporre mezzi per applicare questo modello di Giustizia compassionevole in qualunque tappa del procedimento penale, e nel carcere stesso. I legislatori, così come gli operatori di Diritto, nel mio Paese, sono ugualmente attenti a un'esperienza unica nata in Brasile (che oggi si svolge in Australia, Nuova Zelanda, Corea del Sud, Bulgaria, Ungheria, Norvegia, Germania, Inghilterra, Olanda, Argentina, Cile, Colombia, Perù, El Salvador, Ecuador, Messico e Porto Rico), *sull'umanizzazione dell'esecuzione della pena*, che Daniel Van Ness – uno dei teorici più rispettati della Giustizia riparativa –, qualifica come modello di quello che chiama regime di prigione riparativo: trattasi di Associazioni di Protezione e Assistenza al Condannato (APACs), piccole prigioni comunitarie, conosciute come prigioni virtuose, che funzionano sotto la supervisione del Potere Giudiziario, in cui non ci sono guardie e adottano una metodologia fondata in principi come uccidere il criminale per *salvare l'uomo* che esiste dentro di lui; disciplina rigorosa, ma con amore; libertà di culto; aiuti reciproci tra i reclusi; assistenza in tutti i livelli; e regime progressivo nell'esecuzione della pena. La APAC si basa in principi vitali come: partecipazione della comunità; aiuto reciproco; lavoro; religione; assistenza giuridica e alla salute; valorizzazione dell'uomo (dell'uomo troppo umano, così come insegnava Nietzsche e ci ricorda Grecianny Carvalho Cordeiro, nel suo articolo "Il Principio



di Umanità e il Traffico di Persone per Fini di Esplorazione Sessuale”, costante in uno dei libri del V corso) e della sua famiglia; corpo di volontari; enfasi nel merito ecc.

Ciò che è certo è che le pratiche riparative nelle prigioni sono sempre più frequenti e una risposta il fiasco del trattamento della violenza, all’assenza dell’umanità e l’incapacità dell’Amministrazione nell’affrontare i problemi interni. Con questo si ricerca una riforma e un miglioramento delle prigioni, un ambiente più sicuro, un luogo di pace, di riduzione dei livelli di paura e tensione, e diminuzione degli effetti del carcere, ricordato da Michel Foucault come un avanzo sulle sanzioni corporali e l’accesso della Giustizia penale all’umanità (il Tempo, Signore della Ragione, ci ha mostrato che non sarebbe così). Tutto ciò – ho concluso a San José-, dimostra il significato delle pratiche e dei principi riparativi tra le sbarre, senza dimenticare il fatto che non sono panacea.

Al lettore verrebbe naturale indagare perché il riferimento a tale esposizione nel presente articolo che proverà a definire, più precisamente, la relazione della Giustizia riparativa con il principio di umanità. Uno studente di Diritto, dell’Università della Costa Rica, dopo la fine del pannello, mi si avvicinò e volle sapere un po’ di più su questo vincolo, in particolare se il suddetto tema, nel quale era involto nei suoi studi di laurea e che per lui era molto istigante, lo avevamo aggiunto nella rubrica del *Corso Brasiliano Interdisciplinare in Diritti Umani: Il Principio di Umanità e la Salvaguardia della Persona Umana*, previsto per il periodo che va dal 5 al 16 di settembre del 2016, a Fortaleza, Cearà, Brasile. La mia risposta fu affermativa rafforzando il suo interesse nel partecipare all’evento ed in egual misura mi stimolò a redigere questo testo.

Mi ricordo che, l’anno scorso, nella quarta edizione del Corso, di cui la tematica centrale era “Il Rispetto alla Dignità Umana”, riprodussi un capitolo del mio libro, già menzionato, il quale riportava i principi della Giustizia riparativa: assunzione di responsabilità; buona fede; celerità/durata ragionevole; complementarità; riservatezza; consensualità; cooperazione; *dignità umana o umanità*; disciplina; economia dei costi; uguaglianza; informalità; rispetto reciproco; e volontarietà. Nel nominarli, puntualizzai che la dignità umana è il principio più universale tra tutti e che questi non sono *numerus clausus*. E, a sua volta, il principio di umanità, vetusto



come la propria specie umana, molto intrecciato con quello della dignità, ma secondo un nostro giudizio più ampio, si presenta:

*Humanitas* o dignità dell'umano, la sua centralità come persona, il rispetto che si deve alla sua essenza, "è una perpetua ricerca nel diritto che proviene dal diritto romano e attraverso tutta la storia del nostro sapere, avendo sofferto moltissime vicissitudini, che non poterono mai nascondere la permanente domanda reciproca: il diritto richiama sempre *humanitas*, semplicemente perché il sapere giuridico non è altro che uno strumento per la realizzazione dell'essere umano e, come tale, non ha una bussola quando si allontana dall'antropologia basica e che lo riduce a qualcosa tra le cose."<sup>2</sup>

Questo pensiero è condiviso dal professore Ignacio José Subijana Zunzunegui, dell'Università dei Paesi Baschi (UPV), per cui il paradigma dell'umanità "deve essere assimilato dalla giustizia in una struttura eterocompositiva – in cui il giudice risolve una contesa tra le due parti poste a confronto – come quando si rilascia in un modello autocompositivo – in cui il giudice omologa la soluzione conferita al conflitto per le parti originali della disputa-. Nella formula eterocompositiva si distacca il potenziamento del giudizio come uno spazio in cui gli individui raccontano i fatti in cui modellano la loro esperienza e l'importanza di dare agli stessi una risposta che, essendo fondata da ragioni attendibili e comprensibili, offre un messaggio dotato di un'elevata qualità comunicativa. Nel modello autocompositivo si dà priorità alla costruzione di un contesto di dialogo che si alimenta del rispetto, dell'ascolto, della comprensione e della ricreazione congiunta di ciò che è stato danneggiato."<sup>3</sup>

E' essenziale aggiungere, riguardo a tutto ciò, che in Costa Rica, paese che può insegnare molto al mondo (non possiede esercito ed è sede della Croce Rossa, la Corte Interamericana di Diritti Umani

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El Humanismo en el Derecho Penal. Messico. Casa Editrice Ubjus/Istituto di Formazione Professionale, 2009, p. 7. Vedere anche "... tutta questa proclamazione storica e formale di essere la persona umana portatrice di una dignità 'innata' è il proprio Diritto a riconoscere questo: l'umanità que *vive* in ognuno di noi è in sé il fondamento logico o il titolo di legittimazione di tale dignità. Non stando ad esso, Diritto, un altro ruolo che non sia quello di dichiararla." (BRITTO, Carlos Aires. O Humanismo como Categoria Constitucional. Belo Horizonte: Editrice Fórum 2010, p. 25).

3 ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. El Paradigma de Humanidad en la Justicia Restaurativa, articolo estratto dal Web.

e l'Istituto Latinoamericano delle Nazioni Unite per la Prevenzione del Crimine e del Trattamento del Criminale), la Sala Costituzionale della Corte Suprema di Giustizia, nel suo voto 6829, del 24 dicembre del 1993, affermò: Le pene che privano la libertà devono essere organizzate su un'ampia base di umanità, eliminando nella sua esecuzione ciò che è offensivo per la dignità umana, ricordando sempre l'uomo che esiste all'interno del trasgressore... che continua a far parte della comunità, in pieno possesso dei diritti come uomo e cittadino gli appartengono, ad eccezione di quelle perdute o diminuiti come conseguenza della stessa condanna. Nello stesso tempo si deve incentivare e fortificare il sentimento di responsabilità e il rispetto proprio alla dignità della persona stessa, per il quale deve essere trattato con la considerazione dovuta alla sua natura di uomo.<sup>4</sup>

In un altro frammento del voto 6829-93 si legge: "...Unito al principio di umanità, il quale deve predominare nell'esecuzione penale, si sottolinea in mezzo a noi l'aspirazione riabilitante (articolo 51) del Codice Penale. Questa concezione relativa ai fini della pena è una dottrina preventiva e anti retributiva, fondata nel rispetto dei Diritti Umani, nella reintegrazione del criminale che rifiuta l'idea del Diritto oppressivo, il quale deve essere sostituito da sistemi preventivi, e da interventi educativi e riabilitativi di interni; postulando un intervento, per ogni persona, la pena deve essere individualizzata negli estremi fissati dal legislatore, prendendo in considerazione le circostanze personali del soggetto attivo (articolo 71 del Codice Penale). Il Piano di Sviluppo Istituzionale dell'Istituto Nazionale di Criminologia deve mettere in pratica i principi enunciati, tentando di raggiungere la propria integrazione del condannato nel contesto sociale dal quale è stato sottratto a causa della condanna..."<sup>5</sup>

Nello stesso modo, inoltre, si presenta una visione umana sull'esecuzione penitenziaria, in cui il recluso non deve essere visto come cittadino di terza categoria o categoria zero, ma come qualcuno soggetto al rispetto e al degno trattamento: "Per tutti è evidente che

---

4 QUESADA, Carlos Brenes. Justicia Restaurativa: Una Herramienta para la Solución al Fenómeno de la Criminalidad Costarricense. Monografía per ottenere il titolo di laurea in Diritto. San José, Costa Rica, Corso di Diritto, Università Fidelitas, luglio 2009, p. 25.

5 SANABRIA, Carlos Eduardo Montenegro, Manual sobre la Ejecución de la Pena: Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad. Jurisprudencia Constitucional. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 36.

oggi l'esecuzione della pena, materialmente parlando, non è altro che l'imposizione di un male al criminale – ciò che, d'altro canto, è perfettamente coerente con il fine motivante della norma penale –, tuttavia, questo non è desiderabile in uno Stato sociale democratico di Diritto. Questo Stato non può ridurre la sua funzione nell'essere il carceriere del criminale, non importa il suo destino. In questo modello di Stato si deve andare al di là; l'esecuzione della pena deve essere qualcosa di più. In una concezione di Stato Democratico di Diritto la pratica di un crimine non implica la perdita della dignità della persona e, di conseguenza, la reazione del Diritto penale deve partire da questa premessa. Il principio di umanità – ci ricorda Morilla – obbliga che tutte le relazioni umane che il Diritto penale caratterizza come crimine si regolino con base di un vincolo reciproco, con una responsabilità sociale con il cittadino che commette un crimine. Attua, pertanto, su una base di comprensione umanitaria e sociale della persona che ha commesso il delitto; a partire da essa una potestà punitiva umanitaria non è più considerata come semplice carità o benevolenza, ma come realmente è: manifestazione di rispetto alla persona umana e alla necessità sociale del castigo, in cima a qualunque altra considerazione scientifico-teorica. Il principio di umanità è, di conseguenza, il principio che, vietando l'imposizione delle sanzioni inutili – quando non sono chiaramente pregiudicativi al condannato –, risponde al desiderio di adattare le pene privative di libertà alle esigenze attuali delle scienze criminali e penali...<sup>6</sup>

In questa linea di raziocinio, la Giustizia riparativa, la Giustizia *dal volto umano*, in cui tutti guadagnano e nessuno perde<sup>7</sup>, basata

6 SANZ MULAS, Nieves. Alternativas a la Prisión. Messico: Instituto Nazionale di Scienze Penali, 2004, pp. 260-261.

7 Vedere: "Tutti guadagnano, nessuno perde" nel nostro libro su GR: Nei nostri tempi moderni, che molti definiscono come *modernità tardia*, nel quale si eleva a livelli spaventosi la criminalità adulta, infante-giovanile, in maniera distaccata la criminalità quotidiana (Alltagkriminalität), senza che il sistema verticale, ordinario e dogmatico della giustizia penale riesca a dar una risposta idonea e ugualitaria, la Giustizia riparativa diventa imperativa come opzione alternativa o complementare alla tradizionale, sia per frenare la crescita del Diritto Penale, sia per assicurare una soluzione meno lenta, più economica, umana ed efficiente sui conflitti generati dai delitti, in particolare quelli di piccola gravità (eccetto quelli insignificanti, di poco valore, senza alcuna rilevanza penale), senza escludere quelli di medio e alto peso. Se la Giustizia riparativa si adottava nei primi anni principalmente nei delitti minori (patrimoniali), oggi è possibile applicarla, in alcuni ambiti, in casi di delitti più gravi come omicidio, stupro, traffico di persone e inquinamento ambientale. (BARROS LEAL, César. Justicia restaurativa: El amanecer de una Era: Aplicación

sulla convergenza degli interessi, sul dialogo, sull'assunzione di responsabilità, sull'attenzione alla vittima, sul risarcimento o sulla compensazione del pregiudizio sofferto, materiale o morale, rifiuta tutte le specie di tortura e il trattamento, disumano o degradante del criminale (senza alcuna discriminazione, in sintonia al pensiero kantiano che le persone devono essere viste come un fine a sé stesso, discusso di forma diretta o indiretta da criminologi rinomati come, v. g., Luigi Ferrajoli, Eugenio Raùl Zaffaroni, Josè Henrique Pierangel e René Ariel Dotti), proclama la necessità di osservanza del preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, nella quale si considera che la libertà, la giustizia e la pace nel mondo hanno come base il riconoscimento della dignità intrinseca e dei diritti uguali e inalienabili di tutti i membri della famiglia umana. Raccomandabile è la lettura dell'enunciato di un grande numero di documenti internazionali, tra i quali risaltano i Principi di Base e Linee Guida relativi ai Corsi e alle Riparazioni a Favore delle Vittime di Flagranti Violazioni del Diritto Internazionale dei Diritti Umani e di Gravi Violazioni del Diritto Internazionale Umanitario (Risoluzione n° 60/147 approvata dall'Assemblea Generale nel 16 dicembre 2005): le vittime devono essere trattate con umanità e rispetto alla propria dignità e ai propri diritti umani, e si devono adottare mezzi appropriati per garantire la propria sicurezza, il proprio benessere fisico e psicologico e la sua intimità, così come quella dei familiari. Lo Stato (*creato per servire gli esseri umani* secondo Recaséns Siches) deve assicurare che, nel modo possibile, il suo diritto interno prevede che le vittime di violenza o trauma godano di una considerazione e attenzioni speciali per permettere i procedimenti giuridici e amministrativi destinati a far Giustizia e concedere una riparazione per non creare un nuovo trauma.

Esponendo questa questione, J. L. de La Cuesta Arzamendi, Direttore dell'Istituto Basco di Criminologia e Presidente dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, argomenta, nel suo articolo intitolato "El Principio de Humanidad en el Derecho Penal":

Il principio di umanità non solo viene affrontato per l'esistenza di determinate pene. Raggiunge anche importanti ripercussioni nel piano penitenziario, che deve ovviamente

---

en Prisión y Centros de Internación de Adolescentes Infractores, Messico, Porrúa, 2015, pp. 9-10)

configurarsi come uno spazio completamente rispettoso alla persona umana e, pertanto, estraneo al trattamento disumano o degradante. Dispone l'art. 10.1° del Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici: "ogni persona privata della libertà sarà trattata umanamente e con il rispetto dovuto alla dignità inerente all'essere umano". Diverse raccomandazioni internazionali – come le Regole Minime Internazionali (e le Regole penitenziarie europee) – costituiscono in questo punto lo sviluppo del principio di umanità e servono come riferimento ai tribunali per determinare, nel caso concreto, la compatibilità o no delle misure o interventi in questione con quella disposizione (o con l'art. 3 del Convegno di Roma).

Tanto il Comitato dei Diritti Umani, quanto il Tribunale Europeo dei Diritti Umani, dovettero esaminare ripetutamente le richieste in quest'ordine. La giurisprudenza dell'Alto Tribunale – che, fino al 1998, anche quando si incontrava una violazione di alcune norme e standard internazionali, non si arrivava a valutare la violazione dell'art. 3 in questioni penitenziarie (non così in alcuni presupposti di detenzione della polizia e delle forze di sicurezza) – manifesta negli ultimi anni un'incidenza maggiore delle violazioni del Convegno del 1950 con base su alcune delle pratiche penitenziarie in esame. In questo senso sono già numerose le sentenze che percepiscono la violazione all'art. 3 in determinate pratiche e condizioni di internamento e, specialmente, rispetto a certe categorie interne, le quali – come le persone anziane o inferme, affetti mentali o, particolarmente, infermi gravi – hanno bisogno di attenzioni specifiche e non devono essere sottoposte a determinate misure disciplinari e/o misure di limitazione fisica senza una reale necessità. Il Tribunale si è dichiarato ugualmente contrario all'art. 3: l'alimentazione forzata agli internati che sono in sciopero della fame con l'uso di estremi rimedi e senza necessità terapeutica reale; le condizioni dell'internamento nell'isola di Aruba; e la revisione completa con ispezione sistematica annuale (dopo ogni comunicazione nell'arco di due anni).

Anche le più alte istanze giudiziali degli Stati si sviluppano con la propria giurisprudenza. Infatti, nel caso del Tribunale Costituzionale spagnolo, la maggior parte dei presupposti studiati sulla tortura e trattamenti disumani o degradanti si legano al luogo penitenziario. Il TC percepì la violazione dell'art. 15 CE nell'imposizione all'assistenza medica

contro la volontà dell'interno in un caso di infermità grave e incurabile (STC 48/1996) e non nelle questioni suscitate riguardo all'alimentazione forzata dai soggetti in sciopero della fame, denegazione della progressione in grado di libertà condizionale, applicazione dei mezzi di controllo e sicurezza, impossibilità di mantenere comunicazioni private, proibizione nell'applicazione ai trattamenti medici alternativi e isolamento in cella.<sup>8</sup>

Parliamo adesso della mediazione, *strumento privilegiato* dalla Giustizia riparativa. Questa, appartenente alla storia culturale e alla realtà contemporanea dei paesi dell'Oriente e dell'Occidente, è solita definirla come un mezzo pacifico per la soluzione autocompositiva delle controversie (differentemente dal modello avversariale, di retribuzione, strutturato nel confronto, in una relazione senza dubbio traumatica), attraverso il quale, con l'ausilio di un mediatore o facilitatore si costruisce un accordo accetto per tutti i partecipanti: aggressore, vittima e comunità. Possibile di esser chiamato in tutte le fasi del processo, persegue, dalla prospettiva del principio *pro homine*, una risposta attenta alla situazione delle vittime, fuoco centrale della GR.

Il mediatore, il quale deve avere una formazione adeguata, *umanistica*, assume il compito ed l'impegno di informare, ascoltare con attenzione le parti, chiarendo il suo ruolo e le regole di mediazione. Deve, perciò, mantenersi neutro e intervenire con autorevolezza, cercando di motivare i coinvolti nel conflitto per arrivare ad un accordo soddisfacente. Buona fede, riservatezza, rispetto reciproco, *umanità* sono alcune delle parole chiave in questa intermediazione che è necessariamente spontanea e neutra, in cui la vittima ha un ruolo estremamente centrale. E questo, certamente, rappresenta per noi un nuovo paradigma e soprattutto un assioma dell'umanità.

Colui che agisce come mediatore nell'area penitenziaria e vorrebbe approfondire il proprio impiego, dovrebbe familiarizzarsi con l'Annesso ai Principi Base sull'Uso di Programmi di Giustizia Riparativa in Materia Penale (Risoluzione n. 2002/12 del Consiglio Economico delle Nazioni Unite, preambolo nel quale si legge: la Giustizia Ristorativa è una risposta evolutiva al delitto che rispetta

---

8 CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "El Principio de Humanidad en el Derecho Penal", in *O Principio de Humanidade e a Salvaguarda da Pessoa Humana*, V Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2016

la dignità e l'uguaglianza di tutte le persone, favorisce l'intesa e promuove l'armonia sociale mediante il recupero delle vittime, dei delinquenti e delle comunità). Si raccomanda "svolgere le sue funzioni in maniera imparziale, con il dovuto rispetto alle dignità delle parti." Un altro documento di uguale importanza è il già menzionato Manuale sui Programmi di Giustizia riparativa, secondo il quale il processo di mediazione tra vittima-delinquente, durante l'esecuzione della pena, possiede le piene condizioni per ottenere esito e riuscire nella riabilitazione inclusi dei condannati con pena di lunga durata. Per questo ci si aspetta che il processo di mediazione "raggiunga tutti i suoi obiettivi se le vittime e i delinquenti si incontrano faccia a faccia, potendo esprimere i loro sentimenti direttamente e creando una nuova comprensione della situazione. Con l'aiuto di un facilitatore capace, possono arrivare ad un accordo che aiuti entrambi a fonire un buon risultato all'incidente.

Nuovamente mi servo del testo di J. L. de La Cuesta Arzamendi, con la sua menzione ai due profili di principio di umanità, i quali emergono, da un lato, la proibizione di attitudini o atti di carattere negativo, e, dall'altro, la prescrizione de posture o azioni affermative di rispetto alla persona umana:

Se tradizionalmente il principio dell'umanità ha centrato il suo fuoco nel soggetto attivo del delitto, dimostrandosi come uno dei postulati limitanti del potere punitivo dello Stato, a partire dalle lezioni di Vittimologia a nessuno sfugge che una politica criminale ispirata dal principio di umanità non può ignorare le necessità delle vittime, ma anche deve assumere, come una delle sue funzioni più basilari, lo sforzo per la sua attenzione e soddisfazione. Superando la prospettiva limitata della vittima come soggetto passivo dell'azione o del delitto, il rispetto del principio di umanità nel Diritto penale esige, in questo senso, il passaggio alle vittime "dalla dimenticanza al riconoscimento", garantendo tutti i suoi diritti, dando loro pieno protagonismo nel sistema penale e ponendo il principio di protezione delle vittime nello stesso livello del divieto delle pene e dei trattamenti disumani e degradanti e dell'orientamento riabilitativo della pena.

Ogni politica criminale rispettosa del principio di umanità per le vittime, come non può essere da meno, deve dare garanzia ai suoi diritti, i quali eccedono molto nel mero ambito della responsabilità civile. Le vittime devono essere trattate con

*umanità* e con pieno riconoscimento e rispetto, e ciò che giuridicamente si dice a rispetto della condizione delle vittime: in particolare, il suo diritto all'informazione e alla verità, all'accesso alla Giustizia e alla riparazione. Il diritto alla riparazione delle vittime – che deve comprendere, perlomeno, la prevenzione di situazioni di abbandono, la restituzione, la riparazione di danni e il risarcimento –, non dovrebbe essere meramente patrimoniale; sempre che l'aggressione comprenda beni personali con una certa entità, si deve cercare una riparazione integrale, inclusa delle misure di assistenza e accompagnamento e dall'ottenimento e uso di aiuti pubblici per superare la vittimizzazione (riabilitazione personale e reinserimento sociale)<sup>9</sup>.

Il principio di umanità sedimenta e rafforza il senso di Giustizia, comprendendo, per di più, altri principi come la ragionevolezza e la proporzionalità, intendendo che la sua invocazione, nell'ambiente di clausura, deve prendere nota dall'insegnamento del pensatore illuminista Cesare Beccaria in "Dei delitti e delle pene", capolavoro del penitenziario umanistico universale, secondo il quale il carcere è il luogo di esecuzione della pena di un delitto commesso, non autorizzando il *ius puniendi*-l'arbitrarietà, il rigore punitivo, la tortura, ossia, qualunque forma di abuso o inflizione di sofferenza, qualsiasi pratica di lesione corporale e morale dei carcerati e alla sostanziale dignità inerente alla sua condizione umana.

Sicuramente si può procedere per concludere, per esempio, affermando che l'esito dell'esecuzione della pena non risiede semplicemente nell'assistenza materiale (e si può menzionare anche l'assistenza giuridica, sociale, educativa, religiosa ecc.), nell'offerta del lavoro (meritevole, ma molte volte senza alcun vincolo con il mercato del lavoro), nei programmi istituzionali di riabilitazione – quasi sempre inconsistenti, non necessari e a volte invasivi –, se non prioritariamente nel tratto cordiale, decorativo, umano, di chi, per varie ragioni, si incontrano privati della loro libertà, preservando, tuttavia, tutti gli altri diritti e le libertà che gli spettano con il suo *status* di cittadino, di individuo con identità propria (superiore, senza dubbio, al proprio gruppo circostanziale o non di appartenenza: la massa anonima di detenuti, provvisori o sentenziati, primari o recidivi).

---

9 Idem.



La Giustizia riparativa è una risposta positiva alla pletera dei problemi che fanno della prigione un universo unico, singolare, dove predominano, in forma esacerbata, la tensione, la violenza, il terrore, la paura, l'insicurezza e molto di più, esigendo, in controparte, il superare le sue esasperazioni, diminuire le sue vulnerabilità, un'elevata dose di dialogo, interiorizzazione di valori, di convergenza di interessi alla ricerca di una cultura minima del consenso e della pace. Non è un compito facile, ma non possiamo perdere la capacità di sognare. Alla fine dei conti, c'è un'evidenza, affermata dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: nasciamo tutti uguali in dignità e diritti. Siamo tutti umani.

## IL PRINCIPIO DI UMANITÀ IN DUNANT E OLTRE LA SUA OPERA

---

**Francesco Catapano**

Cap. com. CRI - Istruttore di Diritto Internazionale Umanitario – “Aderente” al C.I.R.B.

La celebrazione del centenario della morte di Dunant richiede un accenno biografico, utile per comprendere meglio il valore del suo messaggio che è il tema della conferenza.

Pierre Boissier dell'Istituto Henry Dunant, nel libro sulla vita del fondatore della Croce Rossa, così scrive nel 1974: “sua madre, sorella del celebre fisico Daniel Colladon, ha una grande influenza su di lui.”

Continua Boissier:

Dall'età di 18 anni dedica il suo tempo libero a visitare i poveri, i malati, i moribondi, portando loro soccorso e conforto. A 20 anni trascorre i pomeriggi delle domeniche a fare letture di viaggi, di storia, di scienza elementare, ai condannati della prigione di Ginevra. In una parola, egli aveva cominciato a prendersi cura dei feriti della vita del tempo di pace, molto prima di occuparsi dei feriti di guerra. Suo padre, Jean-Jacques Dunant, negoziante e giudice della Camera delle Tutele, gli insegna ad osservare tutto, incoraggiandolo al Bene.

Forse per questo insegnamento paterno sviluppò la capacità non comune di realizzare i suoi progetti scaturiti da esperienze vissute in prima persona, di cui la più importante è stata la battaglia di Solferino, donde è scaturito il suo impegno a favore delle vittime delle guerre.

I principi di Umanità e di Neutralità definiti da Dunant nel corso dell'attuazione dei suoi progetti trovano, in verità, origine nel pensiero del filosofo ginevrino Jean – Jacques Rousseau (“Il contratto sociale” 1762), secondo il quale i soldati non appena gettano le armi e si arrendono “cessano di essere nemici o agenti del nemico e tornano a essere semplicemente uomini, per cui non si ha diritto sulla loro vita.”

Altrettanto al medico militare Ferdinando Palasciano, in forza all'esercito borbonico, si fa risalire la formulazione della neutralità dei feriti allorquando si oppose al divieto imposto dal Generale Filangieri di prestare soccorso ai rivoltosi nei moti di Messina del 1848.

Impressionato dallo stato di abbandono dei soldati feriti nella battaglia di Solferino, Dunant rivolse un appello agli Stati a costituire Società di soccorso volontarie dei feriti di guerra; promosse la Convenzione di Ginevra, sottoscritta il 22 agosto 1864 dai rappresentanti delle Potenze d'Europa, con lo scopo di migliorare la sorte dei militari feriti sui campi di battaglia. Da quel momento ha origine il Diritto internazionale umanitario moderno.

Il suo impegno in difesa dei principi umanitari continuò oltre la Convenzione stessa: nel luglio 1870 allo scoppio della guerra franco-prussiana ripropose all'imperatrice Eugenia di Francia la neutralizzazione di alcune città franche per accogliere ammalati e feriti; suggerì di dotare ogni combattente di un piastrino di riconoscimento. Nel 1872 costituì a Parigi un Comitato Internazionale permanente per regolare la sorte dei prigionieri di guerra presso le nazioni civili; scrisse un libretto in cui condannò la schiavitù negli Stati Uniti.

Nella sua vita si alternarono momenti di gloria a tempi di umiliazione, di riduzione in miseria.

Venne un lungo periodo di oblio fino a quando il giovane giornalista George Baumberger lo riportò agli onori della cronaca; gli fu conferito nel dicembre 1901 il primo premio Nobel per la pace.

Destinò il premio in denaro in opere umanitarie in Svizzera e Norvegia. Morì il 30 ottobre 1910.

Esaurito l'accenno ad alcune tappe fondamentali della sua vita, dal libro "Un Ricordo di Solferino", scritto da Dunant all'indomani della battaglia che in quei luoghi fu combattuta tra l'esercito franco-piemontese e quello austriaco, si cercherà di cogliere quel sentimento di "Umanità", assunto poi a Principio, che pervade l'animo dell'autore alla vista dello scenario straziante delle vittime del conflitto e che costituisce motivo ispiratore di tutte le sue opere.

Il libro non ha un valore letterario e nemmeno può considerarsi un contributo con taglio giornalistico:

Non riferisco in queste pagine che impressioni personali: non bisogna quindi cercarvi né notizie di carattere particolare né

chiarimenti di carattere strategico, che trovano posto in opere d'altro genere.

Dunant, dunque, era consapevole del diverso valore che avrebbe potuto attribuirsi al suo libro e che gli servì esclusivamente per descrivere le proprie emozioni vissute, nel tentativo di farle provare ai suoi lettori.

Il libro pubblicato nel novembre 1862 ottenne un successo, tanto che i fratelli Goncourt, critici di solito mordenti, scrissero sul loro giornale: "Queste pagine mi accendono d'emozione; del sublime che tocca a fondo l'anima. Sono più belle, mille volte più belle d'Omero, della ritirata dei diecimila, di tutto (...). Si esce da questo libro maledicendo la guerra."

Secondo Cornelio Sommaruga, Presidente del C.I.C.R. dal 1987 al 1999, in una intervista rilasciata il 15 settembre 2009, "non è sicuro che Henry Dunant fosse sul campo di battaglia ma di certo era a Castiglione delle Stiviere dove vide i feriti e organizzò i soccorsi ..."

Nel suo libro il fondatore del Movimento della Croce Rossa riferisce che fu un conflitto cruento con migliaia di morti: "Il campo di battaglia era disseminato di cadaveri, di uomini e di cavalli. Erano sparsi sotto le ruote, nei fossati, nelle forre, nei cespugli, nei prati, soprattutto ai bordi del villaggio di Solferino."

Di fronte a tanta sofferenza cominciò a maturare la convinzione che il soldato ferito, non più capace di offendere, è solo un uomo bisognoso di assistenza. Se non si soccorre è destinato a morire sul campo di battaglia tra atroci sofferenze e nel più completo abbandono.

Lì sono stati applicati i principi fondamentali della Croce Rossa di "Umanità", poi a seguire i principi di "Imparzialità" e di "Neutralità".

E' sul primo di essi che verrà focalizzata l'attenzione; gli altri sono connessi e strumentali.

Con un gruppo di donne della zona di Brescia e Desenzano Dunant prestò, dunque, i primi soccorsi a quei feriti.

La città di Castiglione si trasforma in un grande ospedale di fortuna... v'erano state scaricate casse di filacce, medicine ed altro materiale sanitario; gli abitanti hanno dato tutto ciò di cui potevano disporre in fatto di coperte, biancheria, pagliericci e materassi,...; vi sono filacce in abbondanza ma non mani sufficienti per applicarle sulle ferite; la maggior parte

dei medici è dovuta partire per Cavriana, gli infermieri non bastano, mancano le braccia in un frangente così critico.

Egli non era medico, né lo erano le donne che lo aiutavano.

Non si tratta in realtà né di amputazioni né di altre operazioni, ma urge dar da mangiare ed anzitutto da bere a gente che muore di fame e di sete; bisogna poi medicarne le ferite o lavarne i corpi insanguinati, coperti di fango e di parassiti, e ciò va fatto tra esalazioni fetide, nauseanti in mezzo a lamenti e a grida di dolore, in un'atmosfera infocata ed infetta.

Il gruppo di infermiere improvvisate hanno la dolcezza, la bontà, "i loro occhi sono pieni di lacrime e di compassione, le loro cure così premurose ridanno un po' di coraggio e rialzano il morale ai poveri infermi."

Leggendo questi brani del libro viene spontaneo l'accostamento alla figura di Florence Nightingale, dalle cui gesta Dunant fu attratto e che furono spunto per la realizzazione dell'idea di "organizzare al meglio l'opera di soccorso nel quartiere che sembra averne maggiore bisogno..."

Man mano che l'autore del libro procede nella descrizione dei soccorsi che vengono organizzati, prende corpo il sentimento di umanità che deve alimentare (nel senso letterale di dare nutrimento) e, quindi, sostenere l'animo del soccorritore in ogni tempo.

Non voglio morire, non voglio morire ! urlava con feroce energia un granatiere della Guardia, pieno di forze e di vitalità tre giorni prima, ma che, ferito a morte e consapevole di avere, senza scampo, i minuti contati, recalcitrava e si ribellava a sì funesta certezza, gli parlo, m'ascolta, si calma e finisce, così placato e consolato, per rassegnarsi a morire con la semplicità e il candore d'un fanciullo.

Dunant inconsapevolmente ha messo in opera quella che nella medicina moderna si definisce "cura di conforto" (comfort care in inglese) che significa porre attenzione ai bisogni psicologici, interpersonali e fisici.

Con ciò non si vuole affatto affermare che Dunant ne sia stato un precursore ma è significativo aver menzionato tale passo della sua narrazione per puntualizzare come talune semplici azioni di umanità possono concorrere beneficamente, talvolta più delle terapie mediche stesse, a dare sostegno all'ammalato: basta una carezza, uno stringere

dolcemente la mano della persona che si assiste, per dargli sollievo dalle sofferenze fisiche, fargli sentire che non è solo nel suo dolore!

A Jean Pictet - Vice Presidente del CICR negli anni sessanta erede del pensiero di Dunant – spetta il merito di aver definito meglio il significato di Umanità nella pregevolissima opera “La Dottrina della Croce Rossa” nel 1962, ancor prima dell’approvazione dei sette Principi fondamentali avvenuta a Vienna nel 1965.”

Egli definisce Principio “un assoluto di ordine morale, posto fuori discussione; per alcuni è un imperativo categorico, che si impone alla coscienza umana. Per altri è la risultante di fatti sociali obiettivamente considerati.” Nella sequenza dei sette Principi, Pictet ascrive al primo posto l’Umanità che costituisce la direttiva del soccorritore, dell’operatore sanitario in genere, di colui che svolge servizio sociale.

Secondo l’autorevole esponente della dottrina della Croce Rossa deve essere intesa come sentimento di attiva benevolenza verso gli uomini; il concetto viene reso in maniera più efficace con la espressione adoperata da Pictet stesso: “fate agli altri ciò che vorreste fosse fatto a voi.”

Non si può non dividerne il valore: coloro che hanno la responsabilità del recupero del benessere fisico e psichico devono avere sempre presente questo precetto nella quotidianità del proprio lavoro; ne giova la persona sofferente!

Non sempre però è sufficiente la volontà del singolo, perché talvolta intervengono cause impeditive che lo stesso Dunant, nella esperienza vissuta a Castiglione delle Stiviere, individua nel comportamento del soccorritore.

Sottolinea che “Per un compito di questa natura non ci vogliono dei mercenari; troppo spesso, difatti, gli infermieri salariati diventano duri, o arretrano perché provano ripugnanza o, a causa della fatica, si lasciano vincere dalla pigrizia.”

Con queste parole Dunant ha principalmente precisato il senso della sua proposta di istituire Società di soccorso volontarie per la cura dei feriti di guerra; inconsapevolmente (perché egli non fornisce una spiegazione scientifica) allorquando dice che “gli infermieri salariati diventano duri, omissis.. o, a causa della fatica, si lasciano vincere dalla pigrizia” pone l’accento su quella che nella nostra epoca viene definita in letteratura scientifica una vera e propria sindrome

di cui possono essere vittima i soccorritori: la Critical Incident Stress Syndrome (CISS).

Nardiello, in "Le Dinamiche psicologiche nelle emergenze", per i tipi di Idelson-Gnocchi, riferisce che tale sindrome comporta effetti e reazioni a vari livelli: reazioni fisiche, emotive e cognitive. Il soccorritore talvolta può cadere "in uno stato di logoramento e di stress psicofisico, che lo rendono meno efficace nei confronti dell'utenza."

Indagini in due ospedali di Roma, condotte nel 2003, hanno riscontrato tra il personale infermieristico la sindrome di Burnout che configura una condizione di stress lavorativo che deriva da uno squilibrio tra le richieste professionali e la capacità individuale di affrontarle (in Suppl. Psicologia I – 2006).

Anche i medici non ne sono esenti: uno studio di prevalenza condotto sui MMG (medici di medicina generale) della provincia di Modena ha rilevato una notevole diffusione del disturbo (in Rivista della Società Italiana di Medicina Generale – n. 4 – Agosto 2008).

Il nostro pensiero, da utenti del SSN sovente vittime di comportamenti non proprio all'insegna della comprensione umana, va agli operatori sanitari dei nostri ospedali e alle condizioni emergenziali in cui sono costretti a svolgere la propria attività, ad esempio, nei posti di pronto soccorso o nei reparti di medicina d'urgenza che in talune fasce orarie sono enormemente subissati da richieste d'intervento, consapevoli dell'inadeguatezza del sistema lavorativo: il che inevitabilmente può provocare un affievolimento del sentimento di umanità verso i malati.

Spetta a coloro che sono attrezzati culturalmente (medici, psicologi, manager della sanità) pensare a opportuni interventi preventivi, basati sull'individuazione precoce delle caratteristiche di rischio, che possano ridurre l'insorgenza della sindrome negli operatori delle helping profession, facendo in modo che il Principio di Umanità, nelle sue diverse forme di attuazione continui ad essere un modo di agire verso coloro che soffrono.

## **BIBLIOGRAFIA**

Henry Dunant, *Un Ricordo di Solferino*, pubblicato dal Comitato Internazionale della Croce Rossa.

Henri Dunant e le origini della Croce Rossa – Strenna UTET 1979.

Pierre Boissier, Henry Dunant Institut Henry Dunant 1974.  
Jean S. Pictet, *La Dottrina della croce rossa*, Ginevra 1962.  
Chiara Simeoni, Henry Dunant, il fondatore della Croce Rossa.  
Comitato Internazionale Croce Rossa, *Diritto Internazionale Umanitario – Risposte alle vostre domande*.  
Domenico Nardiello e AA.VV., Il Soccorritore e le vittime: le figure dell'emergenza in *Le Dinamiche Psicologiche nelle emergenze*, di C. Caviglia – D. Nardiello – IDELSON – GNOCCHI- 2009.  
AA.VV., *Soddisfazione lavorativa, burnout e stress del personale infermieristico: indagine in due ospedali di Roma* – G Ital Med. Lav. Erg 2006; 28:1, Suppl. Psicologia I – PI.ME, Pavia 2006.  
AA.VV., Il burnout nella Medicina Generale: personalità del medico e personalità del paziente in *Rivista della Società Italiana di Medicina Generale* – n. 4 – Agosto 2008.

- Conferenza: Da Dunant e Nightingale a... Il Principio di Umanità nella Medicina, oggi - Ordine dei Medici Chirurghi ed Odontoiatri della Provincia di Napoli - 18 maggio 2010.





## ATTUALITÀ DEL DISCORSO PENALE ILLUMINISTICO: IL PRINCIPIO DI UMANITÀ(\*)

**José Luis de la Cuesta**

Professore di Diritto e Direttore dell'Istituto di Criminologia Vasco -  
Università dei Paesi Baschi;

Per uno studioso di Diritto penale preservare e sviluppare le idee dell'Illuminismo continua a essere un magnifico obiettivo programmatico. Non sorprende che sia nel pensiero illuministico dove i penalisti trovano le prime formulazioni dei principi centrali del Diritto penale moderno, che da allora costituiscono una parte fondamentale del patrimonio inalienabile della nostra cultura giuridica<sup>1</sup>. Questo è il caso dell'indimenticabile opera di CESARE BONESANA, *Dei delitti e delle pene*<sup>2</sup>, pubblicata originariamente nel 1746 e considerata come propria dagli enciclopedisti francesi, i quali (come ha ricordato JIMÉNEZ DE ASUA) consideravano il MARCHESE DI BECCARIA come "uno di loro"<sup>3</sup>.

L'opera di BECCARIA, che continua ad essere di indubbia attualità<sup>4</sup>, incontrò un riflesso significativo in MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE<sup>5</sup>, considerato come il "Beccaria spagnolo"<sup>6</sup>.

1 A. ASUA BATARRITA, *Reivindicación o superación del Programa de Beccaria*, in A. ASUA BATARRITA (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Deusto (Bilbao), 1990, 10.

2 Per una interessante edizione (con introduzione, note e traduzione di F. TOMÁS Y VALIENTE), C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1969.

3 *Tratado de Derecho Penal*, T.I.I, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, 248.

4 M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, 1998.

5 J.L. DE LA CUESTA, *Manuel de Lardizábal y Uribe*, in R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, vol. II, *Juristas modernos*, Madrid, 2004, 700 ss.

6 L'espressione si estese attraverso SALDAÑA, anche se vi è chi sostiene provenga da DORADO MONTERO, L. PRIETO SANCHIS, *La filosofía penal en la Ilustración española*, in L. ARROYO ZAPATERO e I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (diretto da), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001, 504 (n. 67). Ancora, RIVACOBBA sottolinea la grande influenza di Montesquieu sull'opera di Beccaria (*Lardizabal, Un Penalista Ilustrado*, Santa Fe, 1964, 63 ss.); vedi anche su questo punto M. HERNÁNDEZ MARCOS, *Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787*, *Res publica*, 22, 2009, 49 (n. 25).

MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE è divenuto il più importante “penalista illuminista” di questa terra, avendo introdotto in Spagna nuove idee in relazione alla riforma della giustizia penale attraverso il suo *Discurso sobre las penas*. In questo lavoro – emerso in occasione del Progetto di CARLOS III di procedere alla modifica e alla codificazione della legislazione penale spagnola in linea con gli altri monarchi europei e con le stesse idee innovative – LARDIZÁBAL, con stile chiaro ed eloquente e con un ordine molto curato razionale e coerente, riversò le sue considerazioni scientifiche sugli aspetti fondamentali del diritto penale, trasponendo per la prima volta in spagnolo i grandi principi illuministici che restano ancora oggi assiomi fondamentali della scienza del diritto penale.

RIVACOBA Y RIVACOBA ricorda che “la riforma penale dell’Illuminismo”, principalmente ispirata alla “Filosofia della ragione”<sup>7</sup>, ebbe riflessi trascendentali nel diritto processuale penale e seguì a livello sostanziale tre grandi direttrici<sup>8</sup>:

- la “consacrazione del dogma o assioma della legalità”,
- “la soppressione o l’attenuazione del reato che non è più” in accordo “con le valutazioni del tempo”; e,
- da ultimo, ma non esattamente d’importanza, l’umanizzazione o l’attenuazione delle sanzioni, sottomesse da allora ai postulati della personalità e proporzionalità.

Se ai pensatori illuministi si devono i primi reali tentativi di attuazione di “un trattamento intelligente ed umano dei criminali e pazzi”<sup>9</sup>, non vi è dubbio che il discorso illuminista continua ad avere piena attualità in questa che LIPOVETSKY chiama “l’era del vuoto”<sup>10</sup>, così poco permeabile ai discorsi umanistici e nella quale le esigenze di maggiore durezza per i delinquenti si incrementano con ogni riforma penale, venendo accompagnate da progetti che arrivano a voler legittimare la tortura come mezzo di indagine penale e di reintroduzione di procedimenti inquisitori, e non solo né necessariamente per la criminalità più grave.

In una società democratica, incentrata sul valore della persona, risulta del tutto coerente collocare, accanto ai tradizionali principi di

7 *La reforma penal de la Ilustración*, Valparaíso (Chile), 1988, 15.

8 M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *ibidem*, 23 ss.

9 M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *ibidem*, 19 (citando J.H. RANDALL JR., *La formación del pensamiento moderno*, Buenos Aires 1952, 378).

10 G. LIPOVETSKY, *La era del vacío: Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, 2003.

necessità, legalità, colpevolezza e ai suoi corrispondenti corollari, il principio di umanità, un principio meno studiato, ma, senza dubbio, “non meno importante”<sup>11</sup> di quelli. E, come ha ricordato più volte il mio maestro ANTONIO BERISTAIN<sup>12</sup>, in uno Stato sociale e democratico di Diritto non è ammissibile che “i rapporti umani, personali e sociali che sorgono dalla giustizia in generale e dalla giustizia penale in particolare” ignorino “la dignità della persona”<sup>13</sup> e il suo conseguente diritto al “pieno sviluppo della personalità”<sup>14</sup>.

I. Tutti noi comprendiamo facilmente che rispettare la dignità dell’essere umano risulta incompatibile con la sua sottomissione ad offese o umiliazioni, e condividiamo perciò il divieto previsto nei principali testi internazionali di ogni trattamento crudele, inumano o degradante.

I.1. L’incriminazione e la punizione attraverso il Diritto penale della *tortura e delle pene e trattamenti inumani o degradanti* costituisce, in questo senso, la prima conseguenza pratica dell’affermazione del principio di umanità nel Diritto penale. Non sono pochi, tuttavia, i problemi che la criminalizzazione della tortura solleva nella sua applicazione pratica. In ogni caso, lasciando da parte altri aspetti problematici, a partire dal mandato dell’amministrazione BUSH<sup>15</sup> si aprì di nuovo il dibattito sulla legalizzazione della tortura e, conseguentemente, circa la possibilità o meno di una giustificazione penale della stessa in ipotesi specifiche, questione che studiò già BENTHAM all’inizio del secolo XIX giungendo ad una conclusione negativa<sup>16</sup>.

---

11 A. BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, 14.

12 *Versus macrovictimación: Investigación y Justicia en la Universidad y en las Iglesias*, *Nuevos Extractos de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País*, *Lección de Ingreso como Amigo de Numero de la R.S.B.A.P.*, Suplemento n. 2-B del Boletín de la R.S.B.A.P., Bilbao, 1991, 9-34.

13 A. BERISTAIN, *Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad*, *Eguzkilore*, 17, 2003, 93.

14 E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980.

15 M.C. BASSIOUNI, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible?*, Intersentia, 2010.

16 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional*, in *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, 695 ss. Vedi anche, C. ROXIN, *¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?*, *Nueva Doctrina Penal*, 2004, 547 ss.;

Attualmente, pur essendo generalizzato nel contesto internazionale il rifiuto di qualsiasi pratica di tortura anche se in circostanze eccezionali (stato di guerra, etc.), secondo taluni l'uso della tortura potrebbe ricadere nel prisma penale della legittima difesa o dello stato di necessità, cause di giustificazione che la Convenzione del 1984 non esclude in maniera espressa, a differenza di quello che fa con l'adempimento del dovere. Inoltre, il fatto che la Convenzione di Roma del 1950 non autorizzi alcuna deroga su questo piano consente di affermare il divieto assoluto di tortura e l'impossibilità di una sua giustificazione nel quadro europeo<sup>1717</sup>; una soluzione che è ugualmente corretta nel Diritto spagnolo, ai sensi dell'art. 15 della Costituzione. Tuttavia, occorre sottolineare che nel Diritto penale, in senso stretto, possono essere considerati fonte di responsabilità penale, solo i fatti ingiusti e colpevoli, quindi, per l'eventuale applicazione di una pena, il giudizio di anti giuridicità non è sufficiente e deve essere necessariamente seguito dalla colpevolezza. In questo senso, l'impossibilità di trovare delle cause di giustificazione ai casi di tortura non impedisce che in casi eccezionali si possa giungere all'attenuazione della pena o, addirittura, all'esclusione della stessa per mancanza di colpevolezza se le circostanze concorrenti evidenzino in modo palese una situazione di inesigibilità di un'altra condotta da parte dell'autore.

I.2. Il divieto di tortura ed altri trattamenti inumani o degradanti non obbliga solo alla loro incriminazione come condotte criminali. Esso ha anche importanti ripercussioni nel campo delle sanzioni e delle altre conseguenze giuridiche del reato. Certamente, l'art. 1 della Convenzione del 1984 esclude dall'ambito della tortura "i dolori o le sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, o ad esse inerenti o da esse provocate"; ma, da questo non si può dedurre la piena legittimità di quelle pene che, anche se risultano previste dalla legge, sono dirette solamente a causare sofferenze o umiliazioni, le quali, per il loro carattere crudele, inumano o degradante, entreranno a pieno titolo nel campo della messa al bando internazionale.

---

inoltre, K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, 19-66.

17 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950*, in *Giza Eskubideak European / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l'homme en Europe / The Human Rights in Europe*, Vitoria-Gasteiz, 1989, 190 ss.

I.2.1 Prescindendo dalle punizioni corporali<sup>18</sup>, il dibattito si incentra attualmente, in primo luogo, intorno alla *pena di morte* (pena contro la quale BECCARIA ha combattuto frontalmente e ha ammesso solo in casi del tutto eccezionali, mentre per LARDIZÁBAL risultava pienamente compatibile con il Diritto naturale).

Sul piano internazionale la preoccupazione umanitaria ha portato all'approvazione di diverse moratorie sull'uso della pena di morte<sup>19</sup> che il Patto internazionale dei diritti civili e politici sottopone a restrizioni<sup>20</sup> la cui abolizione è oggetto di diversi protocolli<sup>21</sup>. Questi testi e le importanti moratorie hanno spinto un rinnovato movimento internazionale a favore dell'abolizione della pena di morte, benché non siano riusciti a porre fine alle esecuzioni capitali nel mondo. Così, nonostante il calo costante del numero dei paesi che la mantengono, la pena di morte è ancora in vigore (2013) in 58 paesi e in particolare in cinque paesi (Arabia Saudita, Cina, Stati Uniti, Iran e Pakistan), i quali, secondo le relazioni delle Nazioni Unite, concentrano l'88% delle esecuzioni<sup>22</sup>.

La stessa natura degli strumenti utilizzati, inoltre, mostra la portata limitata del rifiuto internazionale dell'applicazione della pena di morte da parte degli Stati; né è accettato universalmente che la proibizione della pena di morte derivi, senz'altro, dal divieto internazionale di pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti. Questo, nonostante la Dichiarazione di Stoccolma del 1977, sollecitata da *Amnesty International*, qualificasse la pena di morte come "la punizione più crudele, inumana e degradante", ed esortasse i governi a "prendere misure per la sua totale ed immediata

---

18 Intorno alla dibattuta questione dell'origine della castrazione chimica per i delinquenti sessuali. R. ROBLES PLANAS, *Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*, *InDret*, 4, 2007, 8 ss.

19 Così, per esempio, a livello delle Nazioni Unite, dopo la risoluzione 62/149 (15 novembre 2007), il 18 dicembre 2008 l'Assemblea Generale approvò una seconda Risoluzione su una moratoria nell'uso della pena di morte.

20 Così, deve riservarsi esclusivamente per i più gravi delitti ed applicarsi con pieno rispetto del principio di legalità criminale, penale e processuale, garantendo il diritto a richiedere l'indulto o la commutazione e la sua non imposizione a minori di 18 anni né a donne in stato di gravidanza.

21 Da rilevare in Europa i Protocolli addizionali specifici alla Convenzione di Roma: in particolare, il num. 6 (1983), sull'abolizione in tempo di pace; ed il num. 13 (2002) che propugna l'abolizione in qualunque circostanza della pena capitale.

22 J.L. DE LA CUESTA, *The death penalty and drugs*, in L. ARROYO, P. BIGLINO, W. SCHABAS, *Towards universal abolition of the death penalty*, Valencia, 2010, 369 s.

abolizione”, costituendo una manifesta violazione del diritto alla vita.

Cresce, in ogni caso, la questione della sua legittimità, tanto rispetto a profili specifici della sua esecuzione quanto rispetto a quelli di carattere generale.

A questo proposito, il Comitato dei Diritti umani<sup>23</sup> (e i Tribunali regionali europeo ed interamericano), si sono pronunciati su aspetti della pena di morte considerati incompatibili con il contenuto delle convenzioni internazionali. Così, in Europa, la penosa situazione di detenzione nei cosiddetti “bracci della morte” fu considerata nel 1989 da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>24</sup> come una violazione della Convenzione di Roma. Anche in *Öcalan v Turchia* (2005), questa stessa Corte dichiarò in contrasto con l’art. 3 l’imposizione della pena di morte in un processo non equo e da parte di una Corte di discutibile indipendenza e imparzialità. Tale giurisprudenza europea, è stata ripresa da alcuni testi giuridici, come il Protocollo di modifica (2003) della Convenzione europea sulla repressione del terrorismo del 1977.

Anche i metodi di esecuzione hanno richiamato l’attenzione della giurisprudenza europea. Questa, nell’anno 2000, considerò inammissibile l’espulsione di una donna verso l’Iran, dove poteva essere condannata a morte per lapidazione<sup>25</sup>. Nel frattempo, il Comitato per i diritti umani, per il quale la pena di morte dovrebbe essere eseguita “in modo da causare la minor sofferenza possibile”<sup>26</sup> – ha ammesso che il metodo di esecuzione può costituire un trattamento inumano o degradante<sup>27</sup>, pur considerando allo stesso tempo che l’esecuzione per iniezione letale potrebbe essere conforme alle prescrizioni del Patto internazionale, non invece l’esecuzione

23 La Commissione dei Diritti umani delle Nazioni Unite, prima del Consiglio dei Diritti umani, indicò nella sua risoluzione 2005/59, che “l’abolizione della pena di morte è fondamentale per la protezione del diritto alla vita”.

24 Caso *Soering v. Regno Unito*, 1989. Tuttavia, il Consiglio dei Diritti umani, in una giurisprudenza costante, non si è mostrato tanto aperto a questa questione e richiede la presenza di circostanze eccezionali per apprezzare in tali casi una violazione dell’art. 7 del Patto Internazionale (così, per esempio, *Lavende v. Trinidad e Tobago*, 1997; *Errol Johnson v. Giamaica*, 1996).

25 Caso *Jabari v. Turchia*, 2000.

26 Osservazione generale 20 (44), 3 aprile 1992.

27 Caso *Kindler v. Canada*, 1993.

attraverso gas asfissiante, modalità considerata “particolarmente orribile”<sup>28</sup>.

In realtà, l’incompatibilità della pena di morte (e non solo dell’attesa nel braccio della morte o di alcune sue forme di esecuzione) con una corretta interpretazione del principio di umanità, incentrato sul rispetto della persona umana come tale, dovrebbe essere fuori discussione; così come sostenuto dalla Rete accademica internazionale recentemente creata nella quale partecipo in rappresentanza dell’Associazione Internazionale di Diritto Penale. Questa ha, quindi, sottolineato l’esempio degli Statuti dei Tribunali internazionali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda, così come dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale<sup>29</sup>: tutti questi, competenti per il perseguimento dei crimini internazionali più gravi e che suscitano la maggiore ripugnanza, hanno rinunciato all’inclusione della pena di morte nell’elenco delle sanzioni applicabili.

I.2.2. L’incompatibilità predicata della pena di morte col principio di umanità, può colpire anche alcune forme di privazione di libertà: è il caso dell’ergastolo del cui carattere inumano si discute da più di due secoli<sup>30</sup>; e delle pene di durata molto lunga.

I.2.2.1. Secondo il Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici le sanzioni privative della libertà devono applicarsi “con umanità e con il rispetto dovuto alla dignità” (art. 10, comma 1) e il regime penitenziario deve consistere “in un trattamento la cui finalità essenziale sia la riforma ed il reinserimento sociale dei condannati” (art. 10, comma 3).

Gli effetti psicologici e sociali negativi generalmente legati all’internamento di lunga durata<sup>31</sup> – che sono certamente aggravati quando si aggiunge l’annientamento di ogni possibile speranza di liberazione e le difficili condizioni che di solito lo accompagnano (incrementando certamente il rischio di suicidio in carcere) – costituiscono un argomento importante contro la compatibilità di

28 Caso Charles Chitat Ng v. Canada, 1994.

29 W. SCHABAS, *Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute, Punishment and Society*, 2, 2000, 263 ss.

30 D. VAN ZYL SMIT, *Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: a human rights perspective*, *Criminal Law Forum*, 9, 1999, 28 s.

31 Così, oltre alle opere classiche di CLEMMER (*The Prison Community*, New York, 1958) o GOFFMAN (*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, 1968), C. HANEY, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.



queste pene con il principio di umanità. Ma la cosa essenziale del *carcere a vita* non è tanto la gravità di tali effetti, la cui inevitabilità non è esente da discussioni; la sua radicale contraddizione con la dignità umana deriva piuttosto dal mancato riconoscimento delle “proprietà specifiche dell’essere umano”, che (come evidenzia TORÍO LÓPEZ) finisce per dichiararlo “incapace di un progetto esistenziale del quale non faccia parte il delitto”<sup>32</sup>, negandogli “non già la perfettibilità morale (...), ma il suo diritto fondamentale a una seconda possibilità nella società, dopo aver scontato la condanna meritata”<sup>33</sup>.

Nonostante questo, la presenza dell’ergastolo a livello comparato continua ad essere molto significativa, avendo sostituito quasi con abitualità la pena di morte dopo la sua abolizione, ciò ha incrementato la sua introduzione e applicazione<sup>34</sup>. Inoltre, la reclusione perpetua è contemplata nello Statuto della Corte Penale Internazionale come la sanzione più grave, applicabile “quando lo giustifichino l’estrema gravità del crimine e le circostanze personali del condannato”<sup>35</sup>.

La questione della legittimità costituzionale del carcere a vita ha provocato anche l’intervento delle più alte Corti in alcuni paesi. Sembra diffusa l’idea in base alla quale l’ammissibilità dell’ergastolo non possa essere incondizionata<sup>36</sup>: è necessario analizzare non solo le condizioni di esecuzione, bensì anche la possibilità del suo riesame al termine di determinati anni di applicazione ed in base ad un

32 La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes, Poder Judicial, 4, 1986, 81.

33 F. SAVATER, *Contra la cadena perpetua*, El Correo digital (23.08.08) (<http://www.elcorreodigital.com/vizcaya/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>).

34 D. VAN ZYL SMIT, *Abolishing life imprisonment?*, *Punishment and Society*, 2001, 300.

35 Tuttavia, non risulta direttamente menzionata negli Statuti dei Tribunali Penali Internazionali dell’ex Jugoslavia o Ruanda. Questi si rimettono, quanto alla fissazione delle “condizioni di detenzione, (...) alle norme sulla detenzione applicate dalle Corti della” Jugoslavia e del Ruanda, tenendo “conto di fattori come la gravità del fatto e la situazione personale del condannato” (artt. 24 e 23 dei rispettivi Statuti). Anche se in Jugoslavia la pena massima della detenzione era di 20 anni (il Ruanda prevedeva l’ergastolo), questo non ha impedito al Tribunale Penale Internazionale di interpretare che l’art. 24 consentisse la flessibilità sufficiente per applicare la pena della detenzione perpetua. In senso critico, D. VAN ZYL SMIT, *Life imprisonment*, cit., 16 ss.

36 S. VERELST, *Life imprisonment and human rights in Belgium*, *Human Rights Law Review*, 3-2, 2003, 283.

procedimento pienamente rientrante nel prisma dell'indipendenza dell'organo decisorio e del rispetto dei diritti della difesa. Questa è stata, per esempio, la linea seguita dalla Corte Europea dei Diritti umani in relazione a condanne al carcere perpetuo emesse nel Regno Unito<sup>37</sup>.

In breve, in non pochi casi – e come già affermato dal Consiglio d'Europa<sup>38</sup> e dalla Corte costituzionale tedesca da più di trenta anni – la reclusione di una persona per la vita, senza speranza di liberazione, non risulta compatibile con il principio di umanità, quindi, affinché la pena dell'ergastolo possa conciliarsi con la dignità umana, deve essere lasciata aperta la possibilità di riesame o liberazione condizionale trascorso un periodo di effettiva esecuzione; questo periodo di sicurezza, che presenta molteplici varianti nel Diritto comparato, non dovrebbe superare nella pratica i 20 anni di carcere.

I.2.2.2. Al rifiuto dell'ergastolo deve sommarsi quella tendenza di un numero crescente di sistemi che, non contemplando la prigione a vita nel loro elenco di sanzioni, continuano ad introdurre *pene di una durata smisurata* e completate nella loro esecuzione da regole tanto severe e volte alla loro integrale esecuzione, che finiscono per potersi assimilare alla situazione dei condannati alla pena perpetua e incondizionata. Un esempio di ciò è offerto chiaramente dalla legislazione spagnola, in particolare attraverso le riforme del 2003. Poiché, come da tempo segnalano gli specialisti<sup>39</sup>, ogni internamento di durata superiore a 1520 anni corre un grave rischio di causare danni irreversibili alla personalità del detenuto, la pena privativa della libertà non dovrebbe superare, nella sua esecuzione effettiva, questo limite temporale. Ovviamente questo obbliga a ripensare al trattamento dei delinquenti pericolosi che, al termine della loro pena, continuano a presentare un significativo rischio di commissione di gravi reati<sup>40</sup>. In questo ordine di cose, l'opzione seguita dall'ultima

---

37 S. VERELST, *ibidem*, 282-283. Nel 1983 (*Solem v Helm*), l'impossibilità di accesso alla libertà condizionale fu ugualmente la ragione determinante, negli U.S.A., della sua qualificazione come sproporzionata (e, pertanto, contraria all'ottavo emendamento: punizione crudele ed inusuale). Purtroppo, successivamente, e nonostante accesi dibattiti e votazioni contrarie in seno alla Corte Suprema, sono stati considerati pienamente costituzionali ergastoli senza possibilità di libertà condizionale S. VERELST, *ibidem*, 281.

38 Council of Europe, *Treatment of longterm prisoners*, Strasburg, 1977, 22.

39 Per tutti, A. BERISTAIN, *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, 198.

40 J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena*, *Revista de*

riforma del Codice penale consistente nella previsione (nella sentenza di condanna) della libertà vigilata, come misura di sicurezza, applicabile a quegli individui la cui pericolosità criminale deve essere verificata come sussistente dopo aver scontato la detenzione (e, in particolare, nel caso si tratti di autori di reati sessuali e di terrorismo), purché sia modulata al rispetto del principio di proporzionalità, sembra una soluzione più ragionevole della continuazione *sine die* dell'internamento.

I.3. L'influenza del principio di umanità deve essere chiara e molto rilevante anche sul *piano penitenziario*.

Il Patto internazionale dei Diritti Civili e Politici e le varie raccomandazioni internazionali – come le Regole Minime internazionali (e le Regole penitenziarie europee) – sono un riferimento per i giudici per determinare, nel caso concreto, la compatibilità o meno della misura o dell'intervento contestato sulla base di tale principio. E sono già, in questo senso, non poche le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che respingono determinate pratiche<sup>41</sup> e condizioni di detenzione<sup>42</sup>, specialmente, rispetto a certe categorie di detenuti – come le persone anziane, le persone affette da disturbi mentali o, più in particolare, i malati gravi –, che richiedono cure specifiche e non devono essere sottoposti a determinate sanzioni disciplinari e/o di contenimento fisico senza comprovata necessità<sup>43</sup>. La Corte europea ha altresì dichiarato inammissibile l'alimentazione forzosa a detenuti in sciopero della

---

*Derecho Penal y Criminología*, 1, 2009, 197 ss.

41 Incatenamento del carcerato di età al suo letto durante la sua ospedalizzazione (*Henaf v. Francia*, 2003); rasatura della testa nell'ambito di una sanzione disciplinare (*Yankov v. Bulgaria*, 2003); la cura di un eroinomane che presentava sintomi di astinenza e decede in prigione (*McGlinchey y altri v. Regno Unito*, 2003).

42 Pe. ed in combinazione con altre circostanze, come la durata della detenzione, in centri sovraffollati ed insalubri (*Kalachnikov v. Russia*, 2002; *Mameova v. Russia*, 2006), in celle di dimensioni molto insufficienti (*Cenbauer v. Croazia*, 2006) o con mancanza di acqua ed alimentazione (*Kadik.is v. Lettonia*, 2006). Ha ritenuto anche ci fosse una violazione dell'art. 3 in un caso di detenzione provvisoria nella quale si esigeva all'interno di pagare per ottenere un miglioramento delle condizioni di internamento (*Modarca v. Moldavia*, 2007).

43 Ci sono importanti sentenze che sottolineano questi assunti *Mouisel v. Francia*, 2002; *Farbthus v. Lettonia*, 2004; *Melnik v. Ucraina*, 2006; *Rivière v. Francia*, 2006; *Popov v. Russia*, 2006; *Khudobin v. Russia*, 2006; *Tarariyeva v. Russia*, 2006; *Hüseyin v. Turchia*, 2007; *Gorodnitchev v. Russia*, 2007; *Paladi v. Moldavia*, 2007; *Koutcherouk v. Ucraina*, 2007; *Yakovenko v. Ucraina*, 2007; *Dybeku v. Albania*, 2007; *Renolde v. Francia*, 2008; *Kotsaftis v. Grecia*, 2008.

fame con impiego di mezzi estremi e senza necessità terapeutica reale<sup>44</sup>; e la perquisizione integrale con ispezione intima mantenuta sistematicamente per due anni dopo ogni comunicazione<sup>45</sup>.

Anche le più alte giurisdizioni degli Stati continuano a sviluppare la loro giurisprudenza in materia. Infatti, nel caso della Corte costituzionale spagnola<sup>46</sup>, la maggior parte dei casi studiati di tortura e di trattamenti inumani o degradanti riguardano il contesto penitenziario.

I.4. Ma le conseguenze del principio di umanità per la vita in carcere non si limitano al divieto di trattamenti inumani o degradanti in prigione.

Al contrario, in linea col Patto internazionale dei diritti civili e politici (e, in Spagna, con la propria Costituzione), corollario del principio di umanità deve essere la *tendenza rieducativa* della pena privativa della libertà, quanto meno a livello esecutivo. Orbene, dobbiamo essere consapevoli che l'assicurazione della risocializzazione del condannato è qualcosa di completamente estraneo alle possibilità reali del sistema penitenziario. Perciò sarebbe meglio adoperarsi per garantire, da un lato, l'attenuazione o la riduzione del contenuto di stigmatizzazione e di emarginazione inerente a ogni decisione di internamento in carcere, approfittando del periodo di esecuzione penitenziaria per tentare di creare opportunità di partecipazione del detenuto al sistema sociale: senza pregiudizio di possibili interventi terapeutici, la via privilegiata per questo è costituita dall'avvicinamento della vita interna al carcere verso quella esterna, favorendo la comunicazione del detenuto con l'esterno e facilitando il graduale inserimento del condannato alla vita in libertà.

In conclusione, e di fronte al rischio di conversione degli stabilimenti penitenziari in meri depositi di esseri umani<sup>47</sup>, una lettura democratica dell'ideale risocializzativo:

---

44 *Nevmerjitski v. Ucraina*, 2005; *Ciorap v. Moldavia*, 2007. Vedere nello stesso senso, tra le altre, *Hunc v. Turchia*, 2004, sul trattamento applicato a scioperanti della fame con sindrome di Wernicke-Korsakoff.

45 *Frérot v. Francia*, 2007; sempre, sulla perquisizione dei detenuti, *Salah v. Olanda*, *Bayba-sin v. Olanda*, 2006.

46 F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, 55 ss. Vedere anche, T. MONTERO HERNANZ, *La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)*, *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, RI 403783.

47 A. BERISTAIN, *Derecho Penal*, cit., 194 ss.

- *obbliga*, in primo luogo, ad un compromesso con l'umanizzazione dell'universo penitenziario, presupposto di qualunque lavoro risocializzante<sup>48</sup>; e
- inoltre, e, insieme al rafforzamento dei diritti individuali dei detenuti e l'apertura di ampi programmi di relazioni con l'esterno, *richiede* in via prioritaria l'attuazione pratica di azioni efficaci e permanenti di controllo del sovraffollamento delle carceri<sup>49</sup>, che espone a tante difficoltà qualsiasi intervento correzionale adeguato ed efficace;
- infine, *postula* uno sforzo particolare per lo sviluppo di sistemi e meccanismi di esecuzione attenuata, così come nell'applicazione di alternative valide per le pene detentive brevi. Emerge tra queste, insieme alla multa, il lavoro a beneficio della comunità<sup>50</sup>, una pena il cui successo non dipende solamente, come dimostra la pratica, da una regolamentazione normativa adeguata e sufficiente, bensì soprattutto dalla creazione di un'ampia rete di entità pubbliche e private collaboratrici, capaci di configurare un'offerta di attività valide e sufficientemente varia.

II. Se, tradizionalmente, il campo di applicazione del principio di umanità si è incentrato sulle questioni che sono state appena trattate (fissando la sua attenzione sull'autore del reato e presentandosi come uno dei postulati che limitano il potere punitivo dello Stato), a partire dall'insegnamento della Vittimologia a nessuno è sfuggito come una politica criminale ispirata al principio di umanità non solo non può ignorare le esigenze delle *vittime*, ma deve assumere come una delle sue priorità più basilari lo sforzo verso la loro considerazione e soddisfazione. Superando la limitata prospettiva della vittima come soggetto passivo dell'azione o del delitto, il rispetto del principio di umanità nel Diritto penale esige, in questo senso, di far passare le vittime "dall'oblio al riconoscimento"<sup>51</sup>, garantendo tutti i loro diritti,

48 H. KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, 47.

49 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Retos principales del actual sistema penitenciario*, in *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, 134 s.

50 J.A. BRANDÁRIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

51 I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

conferendo loro pieno protagonismo nel sistema penale e collocando il principio di protezione delle vittime allo stesso livello del divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti e dell'orientamento risocializzante della pena.

Trattare le vittime con umanità obbliga a partire dal pieno riconoscimento e rispetto di quello che giuridicamente comporta la loro condizione e, più in particolare, dei loro diritti all'informazione e alla verità, all'accesso alla giustizia e alla riparazione. Anche su questo ultimo aspetto le proposte degli illuministi erano molto avanti per quel tempo, disponendo già la *Leopoldina* la formazione di una cassa con l'importo proveniente dalle sanzioni della multa per indennizzare le vittime in caso di insolvenza o fuga del delinquente, così come per gli imputati e / o detenuti che risultassero assolti senza dolo o colpa di nessuno, programmi che solo nell'ultima parte del passato secolo XX hanno cominciato a trovare riflesso legislativo in alcuni paesi.

In ogni caso, il diritto al risarcimento delle vittime – che dovrebbe, almeno, evitare le situazioni di abbandono –, non dovrebbe essere puramente patrimoniale: a meno che l'aggressione non riguardi beni personalissimi di una certa entità, si dovrebbe ricercare un risarcimento integrale, comprensivo di misure assistenziali e di accompagnamento e l'acquisizione e il godimento di aiuti pubblici per superare la vittimizzazione.

Inoltre, non dobbiamo dimenticare (soprattutto nei periodi come quello in cui oggi viviamo, davanti al rischio di una rivittimizzazione che nessuno vuole) la peculiarità delle macrovittimizzazioni (e specialmente della macrovittimizzazione terroristica)<sup>52</sup>, che sottolineano la dimensione collettiva e intensificano la necessità e l'urgenza di azioni di solidarietà, assistenza e riparazione integrale e l'adozione di tutte le misure appropriate che possano contribuire

- al rafforzamento dei diritti delle vittime (in particolare, al riconoscimento della loro condizione di vittime, alla verità e alla memoria);
- alla protezione contro possibili aggressioni o molestie e la tutela della vita privata; e,
- all'assistenza sul piano fisico, psicologico, familiare, lavorativo, sociale ...

52 A. BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, 33 ss.

Oltre a quanto detto sopra, e nei confronti di coloro che ritengono che la protezione della vittima rimanga ai margini del Diritto penale, bisogna affermare l'importanza e le ripercussioni che comporta il principio di protezione delle vittime, come corollario dell'assioma dell'umanità. Come indicava nella sua tesi di dottorato IÑAKI SUBIJANA, molteplici sono le vie aperte da questo programma, tanto sul piano processuale come su quello sostanziale.

Preminenti tra queste, sotto questo ultimo aspetto:

- la selezione e la tipizzazione adeguata delle ipotesi che sotto il prisma vittimologico meritano un trattamento ben privilegiato o aggravato;
- lo sviluppo della giustizia riparatrice, potenziando la mediazione, migliorando la regolazione della responsabilità civile, trasformando la riparazione in una terza via penale e dotando di un maggiore contenuto riparatore della vittima il lavoro a beneficio della comunità;
- così come, in generale, la collocazione delle “vittime nel centro nevralgico delle sanzioni penali”<sup>53</sup>;
- promuovendo risposte penali che le proteggano, generando barriere ad ulteriori processi di vittimizzazione;
- dando maggiore valore nei processi di commisurazione giudiziale della sanzione penale a considerazioni relative alle loro circostanze; e
- aprendo spazi di partecipazione delle vittime nell'ambito dell'esecuzione.

In questa stessa linea si iscrive l'ultimo auspicio di ANTONIO BERISTAIN, pubblicato nel suo lavoro postumo, dove reclama in maniera espressa<sup>54</sup>:

- l'abolizione dello spirito ed del potere punitivo e vendicativo, che imperano e permeano da secoli il Diritto penale e la giustizia penale, e
- la sua sostituzione con il “paradigma riparatore e riconciliatore”, attraverso un “*Sistema penale vittimocentrico*” (*Justicia victimal*) che, all'opposto del Diritto penale tradizionale,

53 I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio*, cit., 128.

54 A. BERISTAIN, *La religión genera violencia; más genera paz y justicia victimal (Necesidad de Facultades de Teología en las Universidades)*, (pendiente de publicación en el *Libro Homenaje al Profesor Gerardo Landrove Díaz*), 11 s.

innovi ed applichi sanzioni protettive, riparatorie e nobilitatrici delle vittime.

Per ricapitolare, ci sono due piani principali nei quali il contenuto specifico del principio di umanità deve trovare espressione nel Diritto penale contemporaneo:

- Da un lato, come è tradizionalmente inteso, nell'ambito penale e penitenziario, a partire dal:
    - divieto della tortura e di ogni pena e trattamento inumano o degradante con i suoi relativi corollari:
      - criminalizzazione della tortura;
      - divieto di sanzioni puramente distruttive dell'essere umano o dirette solamente a causare sofferenze o umiliazione (come la pena di morte, l'ergastolo e le pene di durata smisurata che finiscono per collocare i condannati in una situazione peggiore di quella dei detenuti a vita); e
      - la tendenza rieducativa della pena, in particolare, se privata della libertà.
    - Inoltre, e con crescente importanza, in termini di attenzione alle vittime di qualsiasi reato. È tempo che queste escano, di fatto, dall'oblio (e anche dall'emarginazione) che hanno sofferto per tanto tempo e che vedano effettivamente riconosciuto il loro diritto ad un *risarcimento integrale*, che:
      - non deve abbracciare solo l'effettiva restituzione, riparazione ed indennità dei danni e pregiudizi sofferti;
      - ma, garantendo tutti gli altri diritti, deve conceder loro pieno protagonismo nel sistema penale, al tempo stesso promuovendo e favorendo la loro partecipazione sociale.
- Traduzione dallo spagnolo di FRANCESCA ROCCHI, Dottore di ricerca in Diritto penale nell'Università di Roma "Tor Vergata" e Assistente universitaria presso la Cattedra di Diritto penale dell'Università di Roma "Sapienza".





## L' *HUMANITAS* NEL PENSIERO DELLA GIURISPRUDENZA CLASSICA

---

Luigi Garofalo

Università di Padova

1. – *Ius est ars boni et aequi*: lo si legge nel passo di Ulpiano che apre il Digesto, la poderosa raccolta di brani provenienti dalla vasta produzione dei giuristi attivi soprattutto nell'età del principato voluta da Giustiniano, a imperitura memoria della loro impareggiabile maestria e a salvaguardia della certezza del diritto da applicare nella concretezza della quotidianità<sup>1</sup>.

Il valore dell'enunciazione, risalente a Giuvenzio Celso figlio – figura eminente tra i *prudentes* che operano nella prima metà del II secolo d.C.<sup>2</sup> – e particolarmente apprezzata dallo stesso Ulpiano, che ne rimarca l'eleganza<sup>3</sup>, è ancor oggi vivamente dibattuto. Secondo la tesi che più convince, messa or non è molto a punto da Filippo Gallo<sup>4</sup>, siamo di fronte a una vera e propria definizione del *ius* valevole sotto il profilo strettamente scientifico costantemente privilegiato dai giuristi e non già, come vorrebbero altre e pur autorevoli opinioni, a un'affermazione carica di vacua retorica<sup>5</sup>, né a una mera rappresentazione della tensione immanente al diritto verso idealità di ordine etico<sup>6</sup> e neppure a una di quelle che la dottrina tedesca chiama “*Leerformeln*”, cioè formule vuote, “in cui

---

1 Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1993, 57 ss. Con C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I, *La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Torino, 1976, 56.

2 Membro del *consilium* di Adriano, il nostro Celso – come precisa F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 190 – coprì più magistrature urbane, tenendo per la seconda volta il consolato nel 129 d.C., e fu governatore della Tracia e forse d'Asia.

3 Cfr. F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI*, LIV, 1988, 8; P. VOCI, “*Ars boni et aequi*”, in *Index*, XXVII, 1999, 1.

4 E compiutamente formulata nel suo contributo *Sulla definizione celsina del diritto*, apparso in *SDHI*, LIII, 1987, 7 ss.

5 Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., 242.

6 Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, 20.

si può, dal punto di vista sostanziale, versare qualsiasi contenuto, e che, in effetti, le singole epoche hanno riempito nei modi che, di volta in volta, erano imposti dalla cultura e dall'assetto socio-economico imperanti<sup>7</sup>. Le parole di Celso, nelle quali inadeguato sarebbe anche scorgere una qualificazione metaforica *per laudem* del *ius*<sup>8</sup>, mirano invero a chiarire che questo, ossia il diritto inteso in senso oggettivo, come esperienza giuridica nel suo complesso, che abbraccia la produzione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto, è il frutto di un'*ars*, cioè di un'attività dell'uomo governata da regole e tecniche<sup>9</sup>, protesa al conseguimento del *bonum* e dell'*aequum*<sup>10</sup>: e dunque alla prospettazione di soluzioni che – a livello normativo, ermeneutico e attuativo – realizzino l'uno e l'altro, mostrandosi conformi a ciò che esigono il canone del rispetto dei *boni mores*, il criterio di razionalità, che impone aderenza alle esigenze della realtà e temperamento degli opposti interessi, e il principio di uguaglianza, il quale postula che a situazioni uguali corrispondano trattamenti uguali e a situazioni disparate trattamenti disparati, operando con riferimento all'organizzazione del gruppo sociale, ai rapporti tra i singoli e tra questi e l'ente personificato o comunque la comunità.

In quanto il *ius* è, secondo la corretta lettura di Celso, il risultato di un'*ars*, è allora evidente che, nella ricostruzione concettuale di questi, di esso, o meglio dello stato di esso, è esclusivamente responsabile chi tale *ars* esercita, ossia l'uomo; così come è evidente che in esso, ovvero nella totalità dell'esperienza giuridica, riposa l'essenza dell'uomo, il quale crea, interpreta e applica il diritto mettendo a profitto tutte le sue capacità: non solo la ragione, pertanto, ma anche

7 Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 38 s.

8 Secondo la proposta di R. Martini, della quale dà conto, prendendone le distanze, lo stesso F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, cit., 9.

9 Secondo P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, I, *L'interpretazione degli atti autoritativi*, Palermo, 1985, 18 s.: "*ars* sta a significare ... ricerca (*skepsis*) e prassi (*praxis*) metodico-specialistica, ovvero, in senso unitario e pregnante, 'esperienza' metodicamente qualificata, il cui '*idion*' epistemologico, inteso nel precipuo significato tecnico di 'individualità scientifica', è dato appunto dalla peculiarità del fine, che Celso riassume nella formula tecnica '*bonum et aequum*'".

10 Come già per il Cerami e il Mantello, da lui esplicitamente richiamati, anche per G. FALCONE, *La "vera philosophia" dei "sacerdotes iuris". Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, XLIX, 2004, 33 [la citazione è dall'estratto], "*l'ars*' di Celso è da intendere in senso teleologico, come ricerca che tende all'applicazione del *bonum et aequum*".

le altre facoltà di cui è dotato, tra le quali la memoria, l'intuizione e il sentimento.

Sbaglieremmo, peraltro, ove pensassimo che la definizione di Celso fosse priva di ricadute sul piano pratico. Come acutamente rileva ancora Filippo Gallo<sup>11</sup>, il giurista, individuando nel *bonum et aequum* la "nota differenziale che ... contraddistingue il diritto nell'ambito del genere *ars*", ha nel contempo "posto il criterio per stabilire quando c'è e quando manca la sostanza del diritto al di sotto dei suoi aspetti formali. La sola apparenza esteriore non basta: perché si abbia diritto è necessario che ne esista anche la sostanza, ravvisata da Celso nel *bonum et aequum*. Una prescrizione che presenti gli aspetti formali della norma, ma fuoriesca dal *bonum et aequum*, non è diritto e, come tale, non va osservata".

Ebbene, a ritenere che l'insegnamento di Celso, pur circolando all'interno di un sistema aperto – qual è quello vigente nel periodo imperiale –, dove domina il *ius controversum* e le opinioni anche discordi dei *prudentes* sono considerate diritto vivo<sup>12</sup>, fosse ampiamente condiviso, come io credo, dovremmo immaginare che le istanze insite nell'idea di *humanitas*, sicuramente partecipi di quanto reclamavano il *bonum* e l'*aequum*, orientassero costantemente l'opera dei giuristi, anche al di fuori dei casi in cui essi motivavano i loro pareri evocando espressamente esigenze umanitarie. E così è, infatti.

Ma procediamo per gradi, cercando anzitutto di lumeggiare i contenuti dell'*humanitas* e il peso da questi esercitato sull'evoluzione dell'ordinamento giuridico romano, agendo come principi attivi sotterranei.

2. – Come ricorda Fritz Schulz nei suoi *Prinzipien des römischen Rechts*, apparsi a Monaco nel 1934 e presto divenuti un classico della dottrina giuridica<sup>13</sup>, la parola *humanitas* è una creazione autonoma dei romani, che non ha esatti corrispondenti nel lessico greco: anche

11 F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, cit., p. 46.

12 Cfr. M. TALAMANCA, *Il 'Corpus iuris' giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 777: "nel *ius controversum* ... tutti i pareri dei giuristi erano diritto, in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare al giudice, che avesse scelto o l'uno o l'altro, di aver deciso *contra ius*; ma, contemporaneamente, il diritto effettivamente vigente nella singola controversia veniva individuato soltanto attraverso la pronuncia del giudice".

13 Essi, per quanto qui interessa, sono da consultare alle pagine 164 ss. della versione italiana curata da V. ARANGIO RUIZ, pubblicata a Firenze nel 1946 con il titolo *I principii del diritto romano*.

il vocabolo *philanthropia* ha infatti un'area semantica più ristretta di quella propria di *humanitas*.

Con questo termine, nato nel circolo del giovane Scipione, console nel 147 a.C., nel quale la filosofia greca era coltivata accanto alla lingua e alla letteratura latina<sup>14</sup>, si dava espressione, sotto l'impulso di talune correnti di pensiero riconducibili soprattutto a Panezio<sup>15</sup>, a un sentimento forte: quello della dignità e sublimità che sono proprie della persona umana e la pongono al di sopra di tutte le altre creature del mondo<sup>16</sup>. *L'humanitas* coglie dunque il singolare valore dell'uomo, che lo obbliga a costruire la propria personalità, a educarsi sul piano culturale e morale<sup>17</sup>, ma anche a rispettare e favorire lo sviluppo della personalità altrui<sup>18</sup>: solo chi avverte questo composito dovere e lo adempie nel concreto dell'esistenza, oltre a chiamarsi uomo, è veramente tale, appunto perché connotato dall'*humanitas*, e si contrappone così, secondo la felice precisazione di Martin Heidegger<sup>19</sup>, all'*homo barbarus*<sup>20</sup>.

14 Cfr. W. SCHADEWALDT, "Humanitas Romana", in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I, 4, Berlin-New York, 1973, 52 ss.

15 Cfr. H. KUPISZEWSKI, "Humanitas" et le droit romain, in *Scritti minori*, Napoli, 2000, 89.

16 Cfr. J. GAUDEMET, *Des "droits de l'homme" ont-ils été reconnus dans l'Empire romain?*, in *Labeo*, XXXIII, 1987, 11 s.

17 Cfr. A. PALMA, "Humanior interpretatio". "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, Torino, 1992, 21.

18 "L'idée de *humanitas* implique une large éducation spirituelle, et une préparation approfondie à la vie civile", dice H. KUPISZEWSKI, "Humanitas" et le droit romain, cit., 89.

19 M. HEIDEGGER, *Lettera sull'"umanismo"*, trad. it., Milano, 1995, 41.

20 Particolarmente significativo in proposito è Gell. 13,17, il quale registra anche il fenomeno della progressiva riduzione di significato di *humanitas*, che finirà per designare unicamente, almeno presso la gente comune, una generica inclinazione e benevolenza verso la specie umana, dopo aver indicato pure, e anzi soprattutto, ciò che nel mondo greco è detto *paideia*, di cui sono manifestazioni l'*eruditio* e l'*institutio in bonas artes*. Proprio sulla base di questo passo, del resto, M. HEIDEGGER, *Lettera sull'"umanismo"*, cit., 41, che pur non lo richiama espressamente, può osservare che "l'*homo humanus* è ... il Romano che eleva e nobilita la *virtus* romana attraverso l'incorporazione' della *paideia* assunta dai Greci". Per altre fonti letterarie che concorrono a chiarire il campo semantico del vocabolo *humanitas*, tra le quali rientrano brani importanti dell'opera di Cicerone e Seneca, cfr. S. RICCOBONO JR., *L'idea di "humanitas" come fonte di progresso del diritto*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, 596 ss.; A. PALMA, "Humanior interpretatio". "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, cit., 21 ss.

Quello di *humanitas* è allora un concetto ampio<sup>21</sup>, che si estende sino a comprendere il riguardo per gli altri, il porre a se stessi dei limiti, il non perseguire esclusivamente il proprio vantaggio, consapevoli che qualche cosa va lasciato al prossimo, l'attribuire ai terzi con cui si sia in particolari relazioni ciò che è conveniente secondo le esigenze dell'individualità di ciascuno<sup>22</sup>.

Ed è un concetto la cui forza costruttiva, sul piano giuridico, si dispiega fin dal primo apparire della parola alla quale è sotteso, se non anche in precedenza<sup>23</sup>, e con notevole intensità, affiorando peraltro in casi circoscritti – che prenderemo in considerazione nel seguito – nelle argomentazioni poste dai giuristi (e dagli imperatori) a sostegno delle loro decisioni<sup>24</sup>. L'influenza dell'idea di umanità sul diritto è “comprensiva e profonda”, sottolinea lo stesso Fritz Schulz<sup>25</sup>, aggiungendo opportunamente che nel campo giuridico “questa idea prende subito quell'atteggiamento caratteristicamente pratico, che la stacca una volta per tutte dalla nebulosa e utopistica speculazione greca”: essa, invero, non tende certo a “risolvere l'ordinamento giuridico in una fraternità generale”, incidendo invece sui singoli ambiti in cui questo si articola in modo più penetrante e comunque

---

21 Esso va comunque tenuto ben distinto da quello, moderno, di 'human rights'. Come sottolinea M. TALAMANCA, *L'antichità e i 'diritti dell'uomo'*, in *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in Atti dei Convegni linnei*, 174, Roma, 2001, 51, non si deve infatti equivocare fra il problema dell'*humanitas* e quello di tali diritti, “fra l'aspetto di un tipo di diritti – di cui, anche nel presente, sono soggette a discussione ed a cautela l'individuazione e le modalità in cui, nella loro effettività, essi si presentano nella concreta fenomenologia giuridica – e quello dei valori che li sottendono, e che possono assumere anche altri modi di evidenziarsi in diversi contesti storici in cui l'operatività non ne è necessariamente correlata all'esistenza di 'diritti dell'uomo' come li intendiamo noi moderni: valori che “nel mondo antico si possono riconnettere alla terminologia di *humanitas*”.

22 Cfr. C. CASTELLO, “*Humanitas*” e “*favor libertatis*”. *Schiavi e liberi nel I secolo*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di G. Guarino*, Napoli, 1982, 138.

23 Ma non così a ritroso come vorrebbe S. RICCOBONO JR., *Idea di “humanitas” come fonte di progresso del diritto*, cit., 590 ss.

24 Dissonante è la voce di C. SANFILIPPO, che nella *Recensione* al lavoro del Maschi citato *infra*, alla nt. 30, in *Iura*, II, 1951, 335, ritiene che, anche a voler credere alla genuinità di tutti i testi classici in cui è menzione dell'*humanitas*, se ne potrebbe solo ricavare che “qua e là, caso per caso, un giurista qualificò *humana* un'opinione o una decisione”; non certo che l'*humanitas* fosse “un principio generale ispiratore dell'ordinamento giuridico romano-classico, dell'ordinamento degli organizzatori e spettatori dei *ludi circenses*”.

25 F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, cit., 166.

differenziato, “nella misura a ciascuno più confacente”. E così, per proporre qualche esempio, nel settore della famiglia l'*humanitas* induceva un miglioramento della condizione della donna e la mitigazione del rigido rapporto potestativo tra genitori e figli; in tema di schiavitù assicurava qualche progresso nel trattamento dei *servi*; in materia negoziale favoriva il consolidarsi della direttiva che impone di “non speculare sulle parole e sulle forme”<sup>26</sup> e di interpretare gli atti secondo il loro contenuto e l’effettiva intenzione delle parti; nell’area del diritto e del processo penale comportava un incremento delle garanzie dell’imputato, giudicato per lo più da un organo terzo rispetto a chi assumeva il ruolo di accusatore, una accentuata limitazione dei casi di applicazione della pena di morte e l’osservanza del duplice principio della personalità della sanzione<sup>27</sup> e della graduazione della medesima in relazione alle circostanze soggettive e oggettive del reato, alla parte in esso avuta dal colpevole e alla sua condotta anteriore e posteriore al fatto criminoso<sup>28</sup>.

Ciò che è racchiuso nella parola *humanitas* riesce dunque a fungere da vero e proprio propulsore, per lo più sommerso, della crescita del sistema<sup>29</sup>: e non poteva essere diversamente, perché l’idea di *humanitas*, che trova il suo fondamento “nella natura razionale e libera dell’uomo, nella realtà dei rapporti fra gli esseri umani”, come evidenzia Carlo Alberto Maschi<sup>30</sup>, implica la costante ricerca di soluzioni normative, ermeneutiche e attuative capaci di soddisfare quelle esigenze di contemperamento degli opposti interessi alle quali deve sempre attentamente guardare chi opera nel campo del diritto, secondo l’insegnamento di Celso.

Qualche volta, tuttavia, l'*humanitas*, come già accennato, va oltre il suo consueto ruolo di invisibile principio informatore dello sviluppo dell’ordinamento ed emerge nel parere del giurista (o nella pronuncia del principe), quale specifico e unico motivo ispiratore della determinazione che vi si legge: ed è proprio a questi casi che

26 Così F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, cit., 182.

27 Cfr. M.I. NÚÑEZ PAZ, “*Humanitas*” y limitaciones al “*ius occidendi*”, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano, 2004, 265.

28 Cfr. L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *‘Iuris vincula’. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli, 2001, 95 ss.

29 Cfr. H. KUPISZEWSKI, “*Humanitas*” et le droit romain, cit., 93.

30 In “*Humanitas*” come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano, in *Scritti in memoria di L. Cosattini*, in *Annali triestini*, XVIII, 1, 1948, 271.

dobbiamo volgere l'attenzione, non senza aver prima indagato sul modo in cui i *prudentes* di età classica contribuivano al "farsi" dell'esperienza giuridica.

3. – Al loro tempo, le regole che componevano quell'ampia parte dell'ordinamento che aveva riguardo ai rapporti intersoggettivi provenivano in modestissima misura da fonti autoritative, quali le *leges rogatae*, approvate dalle assemblee dell'intero popolo, i *plebiscita*, votati dai *concilia* della plebe, le *constitutiones principum* a carattere generale (*edicta* e *mandata*), nonché, ma solo a partire dal II secolo d.C., quando la collettività aveva ormai definitivamente smesso l'esercizio della funzione normativa, i *senatusconsulta*, destinati a loro volta a tramutarsi presto nelle *orationes principum in senatu habitae*. Fermo che anche sulle poche regole così introdotte non mancava comunque l'interpretazione dei giuristi imperiali, volta a chiarirne, e non sempre univocamente, la portata, per le rimanenti che integravano il sistema privatistico sostanzialmente due erano i canali attraverso i quali venivano alla luce: il primo rappresentato dall'attività creativa dei nostri giuristi, che normalmente si esplicava in relazione a singoli casi pratici, fossero essi realmente accaduti o di pura fantasia<sup>31</sup>; il secondo – inariditosi peraltro verso il 130 d.C. per volere dell'imperatore Adriano – dagli editti di alcuni magistrati che presiedevano all'impostazione delle cause, come i pretori, i quali in essi non versavano disposizioni generali e astratte del tenore di quelle che oggi siamo soliti reperire nei testi legislativi, ma si impegnavano a concedere agli interessati di litigare processualmente secondo gli schemi che vi erano elencati per far valere i propri diritti, i cui presupposti erano talora enucleabili, grazie all'imprescindibile ausilio

---

31 Correttamente scrive M. TALAMANCA, *Il "Corpus iuris" giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, cit., 779: "la metodologia dei *prudentes* è essenzialmente casistica e topicamente orientata: essa aggredisce il caso concreto e lo risolve mediante la sussunzione in categorie generali, che non hanno però la rigidità di quelle elaborate dalla scienza giuridica contemporanea a partire dai dati legislativi. A parte i problemi di inquadramento espositivo, caratteristico strumento della giurisprudenza casistica romana è la *regula* che fissa un principio di carattere più o meno generale ... che va in linea di massima applicato ove ricorrano situazioni di fatto che in essa rientrano": tuttavia "la *regula* ... va sempre reimmessa nella concretezza dei nuovi casi che essa è chiamata a disciplinare". Alla medesima, dunque, inerisce un elevato coefficiente di elasticità: come ancora precisa lo studioso, "essa va applicata nei limiti in cui non ricorrano nel caso concreto elementi di fatto specifici che, non tenuti presenti nell'enunciazione del principio, impongano un'altra soluzione, ma può anche essere superata in base ad una diversa considerazione della portata politico-legislativa degli elementi di fatto già tenuti presente".



dei soliti giuristi, esclusivamente da tali schemi (è così, ad esempio, che i pretori, promettendo nei loro editti tutela giudiziale, sulla base di un apposito modello, a chi non ricevesse in restituzione il bene affidato temporaneamente in custodia a un terzo in conseguenza del dolo di costui, oltre a dare pieno riconoscimento giuridico alla figura del contratto di deposito, delineavano le condizioni, sulle quali intervenivano poi i giuristi a scopo di delucidazione, al cui ricorrere sorgeva in capo al deponente la pretesa, protetta appunto sul piano del diritto, alla riconsegna).

Anche rispetto alle regole affioranti per la seconda via, che – diversamente da quelle direttamente individuate dai *prudentes*, confluenti nel *ius civile* – formavano il *ius honorarium* (una gran parte del quale era costituito dal *ius praetorium*), l'apporto dei giuristi era quindi notevole, tanto più che erano proprio costoro che non di rado suggerivano ai magistrati l'inserimento nei loro editti di ulteriori mezzi processuali di tutela. Ma naturalmente i giuristi, per giunta suddivisi – durante il I secolo d.C. e fino alla metà del II – in due scuole contrapposte, quelle dei sabiniani e dei proculeiani, ben potevano professare opinioni diverse tanto a livello di ricostruzione di regole derivanti da fonti esterne a loro quanto a livello di produzione da parte loro di regole nuove: il che rende ragione di quel particolare fenomeno, al quale già si è accennato, che caratterizza il periodo del principato (e non solo questo) e che va sotto il nome di *ius controversum*, per cui tutto ciò che, sul piano giuridico, pensavano i giuristi, anche in modo difforme, era comunque considerato diritto vigente e dunque attingibile dal giudice chiamato a decidere la singola controversia.

D'altro canto, se i pareri, pur divergenti, dei giuristi riuscivano a imporsi come diritto applicabile, ciò si giustifica per l'*auctoritas* che assisteva quelli che li emettevano: un'*auctoritas* fondata soprattutto sul loro sapere tecnico, riconosciuto dalla collettività entro cui vivevano. Le *sententiae* dei *prudentes*, infatti, rappresentavano il frutto di una riflessione condotta con metodo scientifico, non di certo l'esito di capricciose valutazioni di stampo puramente politico e nemmeno di personali pulsioni verso vaghe idee di giustizia. E risiede proprio qui il motivo della perenne attualità del diritto romano, cui continuiamo a guardare nonostante da tempo non valga più come diritto positivo: il suo ergersi a prodotto di una speculazione razionale. Ciò ha infatti permesso a quel diritto, e in

specie a quanto elaborato dalla giurisprudenza classica, di essere ripreso quale diritto applicabile, nell'assenza di *iura propria*, in territori sempre più vasti del continente europeo a partire dall'XI secolo e sino alle grandi codificazioni che si susseguono tra la fine del Settecento e tutto l'Ottocento: esse stesse, del resto, intessute come sono di disposizioni che cristallizzano alcuni momenti del pensiero giuridico medievale e moderno, eretto, come appena detto, su quello romano, si collocano – al pari delle codificazioni ancora più recenti alle quali in qualche caso hanno ceduto il posto – nell'area segnata dall'*ars boni et aequi* praticata dalla giurisprudenza classica, di cui perpetuano il linguaggio e la grammatica concettuale.

Né il quadro tratteggiato era sostanzialmente alterato dalla presenza del principe. Quest'organo, che già sappiamo restio ad avvalersi di *edicta* e *mandata* per introdurre norme generali e astratte atte a disciplinare i rapporti tra privati, incideva sul loro assetto mediante costituzioni a carattere particolare, le quali altro non erano se non statuizioni relative a casi concreti, che assumevano la forma del *decretum* quando decidevano una controversia giudiziaria e quella del *rescriptum* e dell'*epistula* quando indicavano al richiedente (che poteva essere una persona qualsiasi ovvero un magistrato o un funzionario) la soluzione che in punto di diritto si doveva adottare rispetto a una determinata fattispecie: esse dunque, oltre a replicare l'approccio casistico peculiare dei *prudentes*, all'interno del *ius controversum* si ponevano, al pari delle opinioni di questi, come precedenti, pur se particolarmente autorevoli (ma non tanto da precludere una loro successiva valutazione critica in sede di dibattito scientifico<sup>32</sup>) in considerazione dell'organo da cui promanavano<sup>33</sup>.

32 Nell'ambito del medesimo, infatti, accadeva che si valutasse – come nota M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, 22 – “la rilevanza di ulteriori elementi di fatto che si potesse sostenere non aver il *princeps* tenuti presenti nella decisione”.

33 L'attività attraverso la quale il principe arriva a creare nuove norme – osserva M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Bari, 1995, 246 – “è in se stessa episodica”: ed è alla giurisprudenza che “spetta invece una funzione unificatrice”. Fra i suoi compiti vi è infatti anche “quello di guadagnare, o riguadagnare, di volta in volta l'equilibrio ‘formale’ dell'ordinamento”. La giurisprudenza dà dunque rilievo ai criteri – quali l'*aequitas* e l'*humanitas*, come l'autore precisa a pag. 237 – che spesso ispirano quell'attività e non rinuncia a cogliere la forza innovatrice delle statuizioni imperiali: ma di fronte al procedere saltuario di tale attività, “e alle sue ragioni spesso contingenti, essa, in quanto scienza, si considera custode di una *ratio* più profonda, da cui dipende l'unità e la continuità del diritto”.

Senza poi dire che a predisporre le costituzioni in esame, soprattutto dal II secolo d.C., erano proprio dei giuristi, addetti alla cancelleria imperiale: a dimostrazione che tra questa e il ceto dei *prudentes* vi era simbiosi e non certo antagonismo.

4. – Conclusa questa digressione, possiamo tornare al punto donde essa aveva preso avvio: l'*humanitas*, che pur permea di sé l'esperienza giuridica tutta, influenzando potentemente ancorché latentemente sul suo divenire, talora appare esplicitamente invocata nelle decisioni giurisprudenziali e imperiali quale ragione che tecnicamente giustifica la soluzione che vi è enunciata.

Vero è, peraltro, che per un certo tempo si è dubitato della genuinità del richiamo: proprio Fritz Schulz<sup>34</sup>, ad esempio, era così convinto che i giuristi del principato rifiutassero di adoperare la parola *humanitas*, da affermare perentoriamente che là dove essa ricorre nei loro scritti sempre saremmo al cospetto di un'interpolazione, cioè di un'aggiunta di matrice giustiniana<sup>35</sup>. Ma oggi, denunciati dalla dottrina gli inaccettabili eccessi in cui era caduta la critica interpolazionistica, anche con specifico riguardo ai frammenti di età classica nei quali si parla di *humanitas*<sup>36</sup>, possiamo credere, almeno in via tendenziale, alla piena autenticità degli stessi<sup>37</sup>.

Quanto a questi, non è la loro esaustiva rassegna che qui maggiormente interessa<sup>38</sup>: più utile per noi, dato il valore paradigmatico che a tutti può riconoscersi, è ricordare il contenuto di qualcuno, onde toccare con mano la rilevanza che la *ratio humanitatis* assume nell'opera dei *prudentes* e nelle statuizioni del principe<sup>39</sup>.

34 F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, cit., 165.

35 Solo lievemente più cauto è S. RICCOBONO JR., "*Humanitas*", in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto* (Verona, 27-28-29, IX, 1948), a cura di G. Moschetti, II, Milano, 1951, 226.

36 Cfr. infatti, per tutti, C.A. MASCHI, "*Humanitas*" come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano, cit., 277 ss.

37 Cfr. J. GAUDEMET, *Des 'droits de l'homme' ont-ils été reconnus dans l'Empire romain?*, cit., 12; G. CRIFÒ, *A proposito di "humanitas"*, in "*Ars boni et aequi*". *Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von M.J. Schermaier und Z. Végh, Stuttgart, 1993, 79.

38 Essa, del resto, già si trova in A. PALMA, "*Humanior interpretatio*". "*Humanitas*" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, cit., 23 ss.

39 Stando a G. CRIFÒ, *A proposito di "humanitas"*, cit., 87, "lo scrutinio delle testimonianze giuridiche in cui ricorre *humanitas*, *humanus* ecc. permette di rilevare la costanza e, per quanto riguarda la giurisprudenza, il prevalere ... del collegamento con l'evenienza funebre".

Cominciamo da un brano, collocato in D. 34,5,22, di cui è autore Giavoleno Prisco, unico tra i giuristi anteriori a Giuliano<sup>40</sup> – cui l'imperatore Adriano affiderà il compito, espletato intorno al 130 d.C., di fissare in via definitiva il testo degli editti dei magistrati giudicanti, bloccandone così, come già detto, ogni potenzialità innovativa rispetto al diritto vigente – a fare apertamente leva su ciò che è riconducibile all'idea di *humanitas*<sup>41</sup>: vi si dice appunto che è *humanius* ritenere che il figlio pubere sia sopravvissuto alla madre nel caso in cui entrambi periscano in uno stesso naufragio e non si riesca a stabilire chi dei due sia morto per primo.

Proprio di Giuliano sono varie soluzioni che agli occhi suoi o di giuristi posteriori s'impongono perché in linea con quanto l'*humanitas* richiede. In D. 28,2,13 pr., ad esempio, egli, *humanitate suggerente* e in adesione al pensiero di Giuvenzio Celso, si pronuncia così con riferimento all'ipotesi in cui, attribuiti per testamento i due terzi dell'asse al figlio postumo e il residuo all'*uxor* ovvero il terzo alla figlia che sopravvenga e i due terzi alla moglie, nascano un maschio e una femmina: il patrimonio dovrà essere diviso in sette parti, di cui quattro andranno al figlio, due alla moglie e una alla figlia. E ciò di contro alla *regula iuris* per cui il *testamentum* dovrebbe considerarsi *ruptum*, stante la non corrispondenza alle sue previsioni di quanto verificatosi successivamente alla morte dell'ereditando, e in conformità alla reale *mens* di costui, che intendeva beneficiare comunque la moglie, sia che il postumo fosse maschio sia che fosse femmina, volendo per l'uno il doppio della quota della madre e per questa il doppio di quella della figlia. Invece, e ancora ad esempio, in D. 7,1,25,1 (... *sed Iuliani sententia humanior est* ...), 21,1,23,8 (... *et videtur mihi Iuliani sententia humanior esse*) e 44,4,7,1 (... *et habet haec sententia Iuliani humanitatem* ...) Ulpiano dichiara di accogliere, in relazione a questioni diverse, l'opinione di Giuliano in quanto gli sembra assecondare più intensamente le esigenze, specie di equilibrata composizione dei contrapposti interessi, che l'*humanitas* porta con sé.

---

40 Seppure di poco, posto che il primo, attivo tra la fine del I e l'inizio del II secolo d.C., di Giuliano fu il maestro: cfr. C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 58.

41 Cfr. C.A. MASCHI, "*Humanitas*" come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano, cit., 289 s., che della genuinità del passo non sembra però del tutto persuaso.

A ciò che attiene all'*humanitas* è sensibile anche Pomponio<sup>42</sup>, come rivelano alcune sue decisioni: a prescindere da quelle contemplate in D. 8,2,23 pr. (... *et humanius est* ...), 33,5,8,2 (... *humanius autem erit* ...) e 40,4,4,2 (... *attamen humanitatis intuitu valebit legatum* ...), è su una in materia di disposizioni *mortis causa*, riportata in D. 28,5,29, che merita soffermarsi. Avendo il testatore designato come eredi Tizio e Seio, ciascuno per una quota pari a quella per la quale avrà istituito erede il testatore stesso, se ambedue non avessero provveduto a nominarlo quale erede né l'uno né l'altro avrebbe potuto succedergli, secondo quanto riteneva Labeone. Ma per Pomponio *humanius est eum quidem, qui testatorem suum heredem scripserit, in tantam partem ei heredem fore, qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti*: per lui, quindi, più che l'aderenza alla volontà del testatore assumeva qui importanza, veicolata dall'*humanitas*, un'istanza di giustizia sostanziale<sup>43</sup>.

Determinazioni giustificate sulla scorta di ragioni umanitarie si rinvengono poi in tre testi di Marcello, tramandati da D. 5,2,10 pr. (... *humanius erit* ...), 13,5,24 (... *Marcellus respondit ...: est enim humanior et utilior ista interpretatio*) e 28,4,3. In quest'ultimo luogo è riferito di un dibattito svoltosi davanti al tribunale di Marco Aurelio<sup>44</sup>, al quale potrebbe aver assistito pure il giurista, che del *consilium* dell'imperatore era membro<sup>45</sup>. Vi si discuteva dell'efficacia dei legati contenuti in un testamento nel quale più non figuravano eredi, avendo il testatore cancellato i nomi di quelli originariamente indicati. In base a una *humanior interpretatio*, che anche Marcello mostra di approvare, il principe dichiara validi i legati, ancorché essi potessero, e probabilmente dovessero, ritenersi nulli, al pari delle disposizioni a vantaggio degli eredi, per la mancanza di questi. E inoltre decreta che lo schiavo manomesso nello stesso testamento, il cui nome il testatore aveva altresì cancellato, fosse nondimeno libero, in omaggio a quel *favor libertatis* che rappresenta una delle estrinsecazioni dell'idea di *humanitas*<sup>46</sup>.

42 Ne situa l'opera tra Adriano e i *Divi Fratres* C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 56.

43 Cfr. A. PALMA, "Humanior interpretatio". "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, cit., 32 s.

44 Cfr. P. LAMBRINI, *In tema di "advocatus fisci"*, in *SDHI*, LIX, 1993, 333 ss.

45 Cfr. A. PALMA, "Humanior interpretatio". "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, cit., 40.

46 Cfr. C.A. MASCHI, "Humanitas" come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano, cit., 279 s.

A questa si appellano inoltre Trifonino, Scevola<sup>47</sup> e successivamente Papiniano<sup>48</sup>, per dare sostegno a loro opinioni innovative. Papiniano, ad esempio, in D. 16,2,16,1 può sostenere, *humanitatis gratia*, che nei confronti di colui che fa valere un credito derivante da una sentenza di condanna ed esigibile è opponibile in compensazione un credito nascente anch'esso da una sentenza di condanna e non ancora esigibile.

Di Marciano, Paolo<sup>49</sup>, Ulpiano e Modestino<sup>50</sup> sono infine parecchi testi nei quali le costruzioni giuridiche proposte risultano sorrette da quell'*humanitas* che i quattro *prudentes* avvertono come valore che spinge pressantemente verso soluzioni conformi alla ragionevolezza e idonee al bilanciamento degli interessi in gioco. Basti in proposito citare due brani di Ulpiano: il primo dei quali in D. 11,1,11,6, culminante nell'assunto che è *humana*, e perciò da prediligere, la *sententia* secondo cui la risposta data dall'interrogato, per quanto incongrua rispetto alla domanda, non può comunque ridondare a suo svantaggio quando non sia falsa<sup>51</sup>; l'altro in D.

---

47 Il quale, nel frammento riportato in D. 50,1,24, menziona anche una costituzione degli imperatori *Antoninus et Verus* che poggia su considerazioni umanitarie, come ricorda A. PALMA, "*Humanior interpretatio*". "*Humanitas*" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, cit., 45 e nt. 39.

48 Come si apprende da C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 58 s., il primo giurista è attivo a cavallo del I e II secolo d.C.; il secondo tra Marco Aurelio e Settimio Severo; il terzo, che morirà nel 212 d.C., sotto Settimio Severo e Caracalla.

49 La produzione di questi, di poco più vecchio di Marciano, si pone tra Settimio e Alessandro Severo: cfr. C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 56 e 58.

50 Morto dopo il 239 d.C.: cfr. ancora C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 58. Quanto a Ulpiano, è da rinviare alla precedente nt. 1.

51 La *sententia* di Ulpiano, scrive C.A. MASCHI, "*Humanitas*" romana e "*caritas*" cristiana come motivi giuridici, in *Jus*, I, 1950, 272, dando rilievo alla veridicità della risposta dell'interrogato, pur non formalmente esatta, è rispettosa di "uno dei diritti essenziali della persona": perché "chi pronuncia determinate parole in modo consapevole e veritiero ha il diritto che esse vengano rettammente interpretate, non deve subire il danno che deriverebbe da una capziosa, formalistica interpretazione; come chi interpreta ha il dovere di seguire tale criterio. Sono due aspetti, soggettivo ed oggettivo, dell'*humanitas*. L'interpretazione è 'umana' nel senso che l'interprete è sensibile all'idea di *humanitas*, riconoscendo quella 'umanità' che il dichiarante ha l'aspettativa che non venga disconosciuta. Così l'idea di 'umanità' si insinua nei più dettagliati meandri della vita di relazione, nel regolamento e nella tutela che ad essa fornisce il diritto, lo irrorra come una linfa vitale". E questo, conclude l'autore, "è un aspetto eminente del diritto romano classico giunto alla perfetta maturità".

18.3.4.1<sup>52</sup>, dove è riferita un'opinione di Nerazio<sup>53</sup>, dalla quale si evince che il compratore che avesse pagato un anticipo del prezzo, risoltasi la vendita con *lex commissoria*<sup>54</sup>, avrebbe potuto recuperarlo tramite l'*actio ex empto*. E invero, se il venditore, per regola generale, avesse avuto il diritto di trattenere l'anticipo versatogli, Nerazio non si sarebbe espresso nel senso che il compratore, allorché perde la parte di prezzo che ha pagato, fa suoi i frutti, normalmente dovuti in restituzione. Il principio doveva dunque essere questo, che il venditore era tenuto a ritornare l'acconto al compratore, mentre questi era vincolato alla restituzione dei frutti. I contraenti, tuttavia, avrebbero potuto convenire che il venditore fosse esonerato dal dovere di rimborso<sup>55</sup>: ma in questo caso il compratore sarebbe stato sollevato dall'obbligo di rendere i frutti, appunto in base alla *sententia Neratii*, che Ulpiano condivide perché *humana*.

Non mancano, peraltro, testi nei quali si configura come *inhumanus* "un comportamento difforme rispetto al diritto equitativamente valutato"<sup>56</sup>: sono comunque testi giurisprudenziali<sup>57</sup>, talora di commento a costituzioni imperiali, che confermano la crescente rilevanza che l'*humanitas* assume in età classica quale *ratio decidendi*.

5. – Giova riconsiderare, a questo punto, una circostanza già evidenziata, perché illuminante: è solo con Giuliano che la

52 Esaminato in L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in O. TROIANO - G. RIZZELLI - M.N. MILETTI, *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia* (Foggia, 20-21 giugno 2003), Milano, 2004, 104 s.

53 Giurista il cui impegno scientifico si ha sotto Traiano e Adriano: cfr. C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, cit., 58.

54 Cioè la vendita con patto aggiunto dalle parti in virtù del quale essa sarebbe venuta meno ove il compratore non avesse pagato il prezzo entro il termine consensualmente stabilito.

55 La perdita dell'anticipo da parte del compratore, peraltro, si sarebbe trasformata in elemento naturale della vendita con *lex commissoria* in età postclassica, secondo un'autorevole dottrina ricordata da P. ZILLOTTO, *Vendita con "lex commissoria" o "in diem addictio": la portata dell'espressione "res inempta"*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001), a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 503 s., nt. 50.

56 Così A. PALMA, "Humanior interpretatio". "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, cit., 160.

57 Anch'essi riferiti e analizzati da A. PALMA, "Humanior interpretatio". "Humanitas" nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi, cit., 160 ss.



giurisprudenza inizia a ostentare, con una certa frequenza, l'*humanitas* quale *ratio decidendi*: prima di lui, infatti, solo Giavoleno Prisco la richiama espressamente a fondamento di una sua opinione.

Ma noi sappiamo anche che è proprio Giuliano a provvedere alla cd. codificazione degli editti dei magistrati giudicanti, assolvendo un incarico conferitogli dall'imperatore Adriano: di quegli editti grazie ai quali questi magistrati, e in particolare i pretori (titolari, non va dimenticato, di un potere discrezionale fondato sull'*imperium*), riuscivano, inserendovi e rendendo così accessibili agli interessati nuovi mezzi processuali, a integrare il sistema del *ius civile*, a supplirne le lacune e a correggere le sue asperità, in aderenza a quanto richiedeva l'*aequitas*, intesa come complesso dei valori insiti nei rapporti umani ovvero, secondo la raffigurazione di Alberto Burdese<sup>58</sup>, "come esigenza di adeguamento del diritto a sentimenti di giustizia, che è conformità alle istanze dell'ambiente sociale nel contemperamento degli opposti interessi in gioco"<sup>59</sup>.

E allora, constatato altresì che l'*aequitas* era percepita come entità concettuale che assorbiva in sé quanto sotteso all'*humanitas* – tanto che Giustiniano, nelle sue *Institutiones* (e precisamente in 3,2,3), discorrendo in tema di eredità, potrà accennare ai *praetores* che avevano dato luogo a un diritto consono ai dettami dell'*humanitas*, lodandoli poi proprio per questo<sup>60</sup> –, si spiana la via

58 A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 26.

59 Non va peraltro sottaciuto ciò che pur è facilmente immaginabile: ossia che anche dietro ai magistrati giudicanti vi erano i giuristi, i quali ne guidavano sapientemente la costruzione e la modificazione degli editti, mediando così tra le spinte provenienti dall'*aequitas* e lo strumentario tecnico idoneo ad appagarle. Esattamente, quindi, LETIZIA VACCA, in un contributo non ancora pubblicato – che grazie alla cortesia dell'autrice ho avuto modo di leggere (esso comunque apparirà, sotto il titolo *L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi "qui fundaverunt ius civile" a Labeone*, in una raccolta di studi in ricordo di P. Silli curata da G. Santucci) –, precisa: "in questo quadro, l'*aequitas* che giustifica le innovazioni è formalmente riconducibile al pretore, ma la determinazione del suo contenuto concreto in rapporto all'analisi della struttura delle situazioni da tutelare in modo nuovo o differente è il prodotto dell'*ars* del giurista, che indica le soluzioni esplicitando l'*aequitas*, che permea di sé il diritto della *civitas*".

60 In D. 3,1,1,4, del resto, Ulpiano, dopo aver ricordato la proposizione editale "si non habebunt advocatum, ego dabo", aggiunge: *nec solum his personis hanc humanitatem praetor solet exhibere, verum et si quis alius sit, qui certis ex causis vel ambitione adversarii vel metu patronum non invenit*. E in proposito nota C.A. MASCHI, "Humanitas" come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano, cit., 282 s., che non al testo degli editti dei magistrati giudicanti "noi dobbiamo chiedere una dichiarazione di umanità, naturalmente introvabile", ma



a una plausibile supposizione. Isterilitosi il *ius honorarium*, gli unici interpreti delle esigenze sprigionanti dall'*aequitas*, anche sotto il profilo formale, rimanevano i giuristi, unitamente al principe, con cui collaboravano: solo loro erano in grado di tradurre quelle esigenze in nuove soluzioni tanto normative, sia pure sempre di impianto casistico, quanto interpretative e applicative del diritto preesistente. Essi non godevano però di uno spazio creativo illimitato: le decisioni che prospettavano dovevano invero presentare comunque un margine di compatibilità con l'ordinamento complessivo, pur caratterizzato dal *ius controversum*, in cui si calavano. Per questo è probabile che i *prudentes*, specie allorché avvertissero l'opinione propria (o del principe) come di rottura, tale cioè da forzare il sistema senza peraltro vulnerarlo, sentissero nel contempo il bisogno di rin vigorirne la solidità attraverso l'espresso richiamo ora dell'*aequitas*<sup>61</sup> ora dell'*humanitas*, che pur stava dentro alla prima<sup>62</sup>, a seconda di quella che apparisse loro più pertinente<sup>63</sup>.

6. – Giunti al termine del nostro viaggio all'interno della giurisprudenza classica, che ci ha restituito l'immagine di una classe di scienziati costantemente ispirata dall'idea di *humanitas*, sulla quale infatti, anche quando non lo proclama, eleva le architetture giuridiche più ardite, resta da meditare sull'attualità della sua lezione. Ma su questo punto ha già scritto, e in modo impareggiabile, Luigi Labruna<sup>64</sup>, sicché è quasi giocoforza ripetere le sue parole.

---

essenzialmente alla giurisprudenza, "che, riflettendo sul contenuto di *humanitas*, ritiene talvolta opportuno richiamarla e qualche volta anche usare questo vocabolo".

61 Si legge in M. TALAMANCA, *Idee vecchie e nuove su Cels.-Ulp.* 26 'ad ed.' D. 12,4,3,7, in *BIDR*, C, 1997 (ma pubblicato nel 2003), 611, che, nella produzione dei giuristi, "le predicazioni relative all'*aequitas*, e più spesso all'*aequum* (*esse, videri*), servono ad introdurre soluzioni non immediatamente deducibili dalle *sententiae* nel *ius controversum*, e soprattutto quelle che vanno ad urtare – sulla base soltanto dell'*auctoritas prudentium* – contro taluni principi rigidi e consolidati nel tempo".

62 All'*humanitas*, secondo G. CRIFÒ, *A proposito di "humanitas"*, cit., 79, "è possibile riconoscere lo stesso valore e la stessa funzione espressi dall'*aequitas*".

63 Resta troppo indeterminata, a mio modo di vedere, la relazione tra *aequitas* e *humanitas* in J. DAZA, "Aequitas et Humanitas", in *Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1229 s.

64 Nell'ambito del contributo intitolato *Tra Europa e America Latina: principi giuridici, tradizione romanistica e "humanitas" del diritto* – che riproduce una *lectio doctoralis* tenuta dall'autore in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* da parte della Facoltà giuridica dell'Universidad de Buenos Aires –, pubblicato in *Roma e America. Diritto romano comune*, XVII, 2004, 30 e 32.

“Il primo dovere di chi crea, applica, insegna, interpreta il diritto è quello di riflettere sui suoi fondamenti, sulla centralità dell’uomo rispetto alle leggi, che debbono essere prodotte al fine di garantire ed esaltare la persona umana, nella sua complessità ed in un mondo in cui si incontrano sempre più le diverse culture. Nel grande tesoro della giurisprudenza romana, in cui... sono le radici del diritto occidentale, anche su questo problema centrale della modernità rinveniamo un’apertura, un’indicazione di metodo che non deve essere ignorata. ‘Tutto il diritto (*omne ius*) è costituito a causa degli uomini: *hominum causa constitutum est*’ ammoniva Ermogeniano, in un testo non a caso tramandatoci da Giustiniano nei *Digesta*. ... L’umanità del diritto, e dunque anche l’umanizzazione della pratica giuridica, di cui la società oggi ha particolarmente bisogno, segna la strada per l’attuazione dei diritti umani, per la realizzazione del diritto vero”. Dobbiamo allora comprendere e trasmettere la consapevolezza “che *aequitas* e *humanitas*, equità e umanità, sono categorie giuridiche di grande profondità. Storicamente recepite nella cultura che in libertà si riconosce nella comune matrice romanistica e nei ‘valori comuni dell’Occidente’. Esse determinano la differenza tra le società che partecipano della civiltà del diritto e quelle repressive, nelle quali ... ‘il concetto stesso di uomo è la parodia dell’uguaglianza di tutto ciò che è fatto ad immagine di Dio’. Certo, se guardiamo alla realtà, al quotidiano, pure in culture giuridiche di elevato livello possiamo notare che talvolta, ancora, ‘Gewalt und Grausamkeit’ sono al servizio del ‘diritto’. Ciò però non deve significare, mai più, inclinazione di quest’ultimo alla durezza, all’iniquità, all’inumanità: bisogna smascherare qualsiasi ordinamento, qualsiasi ‘diritto’, che non ponga l’uomo al centro della sua scala di valori. Recuperare *aequitas* e *humanitas* contro ogni barbarie. Costruire un diritto che sia sempre più equo e più umano, perché possa servire all’uomo, nel solco profondo della nostra alta tradizione giuridica comune, che ci mostra come il diritto possa e debba essere posto al servizio dell’umanità e dell’umanesimo”.



## È TEMPO DI UMANIZZARE IL CARCERE: VERSO LA RESTITUZIONE DELLA DIGNITÀ AI DETENUTI(\*)

---

**Pietro Buffa**

Provveditore regionale dell'Amministrazione penitenziaria dell'Emilia Romagna e del Triveneto. L'ultimo suo libro è *Prigioni. Amministrare la sofferenza* (Edizioni Gruppo Abele, Torino 2013).

Il carcere continua a essere luogo della disegualianza, dell'abbandono, della disumanità. Continua cioè a essere quello che, per Costituzione, non dovrebbe essere. L'anno scorso però è accaduto un fatto nuovo. Il nostro Paese è stato condannato dalla Corte di Strasburgo per i diritti dell'uomo a risarcire sette detenuti che avevano fatto ricorso per le condizioni disumane di reclusione. Quella sentenza è un punto di non ritorno perché obbliga l'Italia a umanizzare la detenzione. Ma si può cambiare il carcere? È possibile rendere compatibile la dignità con l'assenza di libertà? E come argomentare contro chi ritiene che sia legittimo intaccare la dignità di chi ha violato la legge?

Una preoccupazione di base per gli altri nella nostra vita individuale e di comunità può fare la differenza nel rendere il mondo migliore che così appassionatamente sogniamo. (Nelson Mandela)

La vicenda è nota. Il 27 maggio del 2013 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha respinto il ricorso alla sentenza di condanna nei confronti dell'Italia "per trattamento inumano e degradante" emessa il precedente 8 gennaio e riguardante il ricorso presentato da sette persone detenute.<sup>1</sup>

Con tale decisione la sentenza originaria ha assunto carattere definitivo e pertanto l'Italia ha – da quella data – un anno esatto per ridurre il sovraffollamento carcerario e umanizzare le condizioni di

---

<sup>1</sup> La sentenza, nota come "sentenza Torreggiani", ha riguardato sette ricorsi depositati tra il 2009 e il 2010 da altrettanti detenuti, tre italiani, due marocchini, uno ivoriano e uno albanese, che lamentavano di aver subito un trattamento inumano e degradante. Erano stati infatti detenuti in celle triple con meno di quattro metri quadrati a testa a disposizione.

vita dei detenuti. Questo, da un punto di vista giudiziario, ma anche sostanziale, segna un *punto di non ritorno*.<sup>2</sup> Ma si può veramente pensare di umanizzare la vita di una persona costretta in carcere?

## DIGNITÀ E CARCERE

Prima di provare a rispondere a questa domanda, è necessario soffermarsi su come mai – dopo molti anni di offuscamento o, come dice Stefano Rodotà (2013, p. 103), di una eclisse dello spirito pubblico incapace di “prendere i diritti sul serio” – la questione della dignità in carcere sia riemersa con tale forza da determinare le sentenze di condanna e gli obblighi derivanti.

## UNA STORIA CHE PARTE DA AUSCHWITZ

Questa è una storia che parte da lontano. L'inviolabilità della dignità umana affermata e sancita nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è un pensiero che affonda le sue radici nell'inumanità di Auschwitz e nella negazione della dignità che vi veniva praticata. Tutte le costituzioni occidentali riportano il segno di questa matrice legata alla consapevolezza di quanto avvenuto nel corso del secondo conflitto mondiale. Così devono essere lette le prescrizioni costituzionali italiane e, per quanto ci riguarda, l'articolo 27, 3° comma, e il suo richiamo all'umanità delle pene.

Da tutto questo ha preso inizio un lungo cammino che, via via, ha fatto emergere una persona “inviolabile”, da rispettare in ogni momento e in qualsiasi luogo. In questo senso i diritti sono penetrati anche nelle *istituzioni totali*. Con riferimento al carcere italiano Francesca Vianello (2012, p. 90) attesta l'inizio di questo percorso a partire dalle lotte dei detenuti degli anni '70 e dalla successiva statuizione di norme interne e internazionali finalizzate a stabilire le condizioni minime per poter affermare il rispetto dei diritti e della dignità anche all'interno di un carcere.

Ma gli enunciati costituzionali – si sa – non rappresentano una barriera insormontabile e sufficiente. Molte di quelle prescrizioni sono rimaste in parte inapplicate. Come ricorda Rodotà (2013, p. 103), l'età dei diritti non è mai un tempo pacificato, un luogo dove

2 La Corte ha infatti qualificato tale decisione come “sentenza pilota”. Ciò significa che troverà pertanto applicazione in relazione a reclami analoghi.

vivere al riparo da insidie, un serbatoio dal quale attingere senza fatica.

## UNA NUOVA ATTENZIONE ALLA QUESTIONE

E oggi? Oggi, seguendo il pensiero di Rodotà, si può affermare che è all'opera un "nuovo costituzionalismo", che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni (ivi, p. 7). È avvenuto un passaggio concettualmente fondamentale: se fino a pochi anni fa l'attenzione delle norme era centrata sul *soggetto*, oggi si assiste al passaggio da questo elemento impersonale a quello più concreto di *persona*. Da qui, una nuova antropologia, espressa attraverso la "costituzionalizzazione della persona" (ivi, p. 183).

Questo nuovo tipo di sensibilità si è fatto via sempre più acuto anche grazie alle opportunità offerte dal sistema delle comunicazioni, dalla rete che avvolge l'intero mondo (ivi, p. 94). Oggi viviamo in un contesto sociale così allargato in cui, e per cui, i diritti non vengono più (o quantomeno non solo più) calati dall'alto da un legislatore impersonale, bensì possono nascere o riaffermarsi anche dal basso e germogliano quasi spontaneamente dall'infinito pullulare di iniziative diverse indotte da un innegabile bisogno di diritti che si manifesta ovunque e sfida ogni forma di repressione. La riflessione di Rodotà ci porta a constatare che stiamo passando da una situazione nella quale il riconoscimento dei diritti era unicamente affidato a costituzioni e dichiarazioni dei diritti, che tuttora mantengono un elevato valore non solo simbolico, a una nella quale quel che conta sono sempre meno le classiche *istituzioni della normazione*, ovvero i parlamenti, e sempre più le *istituzioni del rispetto e dell'attuazione*, ovvero la dimensione giudiziaria (ivi, p. 47).

## TRA FALLIMENTI POLITICI E CORTI DI GIUSTIZIA

Ci troviamo così di fronte a un mutamento strutturale che fa ormai delle Corti di giustizia l'epicentro della garanzia dei diritti fondamentali. Secondo questo punto di vista, oggi la magistratura, su alcune grandi questioni sociali, è diventata come una *pattumiera dei conflitti sociali*. Su quella che Rodotà definisce la "frontiera tra diritto e società", il primo soggetto a essere incontrato è ormai, in modo sempre più massiccio, proprio il giudice (ivi, p. 101). Si determina così una situazione nella quale è la magistratura a dover procedere alla selezione delle domande.

Mentre la politica, in presenza di domande sociali di cui si riconosce forza e rilevanza, può decidere di non prenderle in considerazione, al giudice questa possibilità è preclusa.

Emblematica, da questo punto di vista, la sentenza Torreggiani. Il ricorso intentato da Torreggiani e altri detenuti che lamentavano condizioni di vivibilità infami è il caso di un'assenza di risposta politica che infine è stata colmata, non a caso, da una Corte di giustizia, attraverso una sentenza pilota che, in definitiva, mette sotto scacco lo Stato italiano con le sanzioni pecuniarie previste.

## **INSOSTENIBILITÀ DEL “PRISONFARE”**

È duro constatare che è alla luce di questa sentenza, e non di una riflessione politica, che si sta tentando di umanizzare la pena detentiva.

Per la verità, già prima di questa sentenza si è cominciato a ragionare di “riduzione del penitenziario”. Ma ciò avviene, secondo il parere di diversi autori, non in ragione di scelte sui limiti e le forme della penalità, bensì per contingenze strutturali. Prima di tutte l'insostenibilità economica di politiche securitarie basate sul ricorso al carcere (il cosiddetto *prisonfare*).

## **DALLO STATO SOCIALE ALLO STATO PENALE**

Recentemente Stefano Anastasia (2013) ha evidenziato come la grave crisi economica stia entrando in collisione con la tendenza alla penalità indotta dall'ideologia neoliberista.

Dopo che negli ultimi quarant'anni si è registrato un progressivo parallelismo tra la crescita dello Stato penale e lo smantellamento dello Stato sociale (dal *welfare state* al *prisonfare*), con il conseguente aumento della popolazione detenuta, negli ultimi anni la *mass incarceration* è finita sotto processo e i nostri regimi politici sono di fronte a un bivio: continuare a perseguire politiche di sicurezza fondate sulla privazione della libertà o invertire la rotta e riscoprire politiche di sicurezza sociale compatibili con il rispetto dei diritti fondamentali di tutti i cittadini?

Anastasia si dice convinto che, al termine della parabola di sviluppo della crisi, il rapporto tra pena e società cambierà nuovamente. I primi segnali sono a portata di mano. La crisi finanziaria, iniziata nel 2008, ha raggiunto livelli per

certi versi insostenibili e in questo contesto è avvenuto uno scarto sostanziale nell'equilibrio penitenziario testimoniato dall'interrompersi della crescita della carcerazione. Questo è evidente nel contesto statunitense, ma anche in Italia si sta registrando una leggera, seppur significativa, contrazione delle presenze.

Ciò che nel ciclo della prosperità occidentale era ancora possibile, ovvero trasferire risorse dallo Stato sociale allo Stato penale, nella nuova congiuntura non lo è più. Per questo motivo dapprima si è arrestato il ricorso massivo alla carcerazione e via via si è stati costretti a ridurre anche la qualità della detenzione, sino a intaccare la dignità degli uomini che vi sono sottoposti.

Oggi il ricorso al carcere non solo non è più sostenibile economicamente, ma è entrato in conflitto con i principi di umanità che legittimano l'esistenza dei sistemi penitenziari.

## **LIVELLI DI DETENZIONE CONTRARI AL SENSO DI UMANITÀ**

Secondo Anastasia – e non si può che concordare con lui – il *prisonfare* non solo ha raggiunto il limite di sostenibilità economica, ma è entrato in conflitto anche con i principi di umanità che legittimano l'esistenza e il funzionamento dei sistemi penitenziari nati sull'onda dell'Illuminismo e sulle ceneri dei supplizi pubblici (ivi, pp. 124-126). Da questo si è generata una nuova attenzione della giurisdizione alle condizioni di esecuzione delle misure restrittive della libertà.

Gli attuali livelli di detenzione non ce li possiamo più permettere, almeno se vogliamo tener fede al divieto dei trattamenti contrari al senso di umanità.

Siamo quindi di fronte a una "scelta di civiltà", che tuttavia non prende le forme e gli atti di una nuova politica penale più attenta all'uomo, ma quella dell'emergenza e della contingenza.

Non a caso Elisabetta Grande (2011), rispetto agli interventi in materia penitenziaria, distingue tra quelli più genuinamente umanitari, che fa rientrare nella sfera dell'*humanitarianism*, e quelli necessitati da questioni economiche che, sfruttando un'assonanza linguistica anglofona particolarmente efficace, fa rientrare in un atteggiamento piegato alla logica dell'*humonetarianism*.



## PUÒ BASTARE UN INDULTO?

Come ci ricorda Giuseppe Mosconi (2010), il sovraffollamento è ormai stabilmente il termine che sintetizza, nell'opinione pubblica ma anche nella riflessione scientifica, l'immagine del carcere. Si tratta tuttavia di una riduttiva semplificazione, perché il sovraffollamento non spiega tutto, soprattutto non spiega se stesso (Anastasia, 2013, p. 112). Perché la vera questione di fondo è che esso dipende dalla politica criminale adottata.

## LA STORIA INSEGNA DI NO

Se le carceri sono strapiene è perché la politica in questi anni ha cavalcato la richiesta, più o meno indotta, di sicurezza attraverso il sempre più frequente ricorso alla carcerazione quale strumento di assicurazione sociale, senza tener conto delle conseguenze che questo avrebbe determinato sull'impianto giudiziario e penitenziario. A lungo andare la giustizia, nei luoghi deputati alla sua amministrazione e nei meccanismi che la governano, ha dovuto fare i conti con gli effetti di queste scelte generando così il suo esatto contrario, ovvero l'ingiustizia diffusa e, da questa, la perdita della dignità per molte persone.

Salvatore Verde in uno dei suoi contributi (2011) si esprime scetticamente sulla possibilità di un cambiamento del carcere di fronte alla marea crescente del sovraffollamento. Dal suo punto di vista la politica si troverà costretta al ripristino di quella consuetudinaria applicazione di provvedimenti indulgenziali che da sempre hanno gestito il nostro sistema dell'esecuzione penale.<sup>3</sup> Ce lo dice la storia; l'istituto dell'amnistia è stato da sempre usato quale strumento deflattivo di un sistema perennemente al collasso in ragione di una politica criminale che non ne ha mai tenuto conto.

Secondo le previsioni di Verde (ivi, p. 67), per far fronte all'attuale crisi penitenziaria sarà necessario un indulto o un'amnistia, o entrambi, ogni 4-5 anni. Al di là della validità di tali previsioni, rimane il fatto che l'amnistia può ben essere definita come il fallimento della politica perché consente di sviare le vere cause del problema ed evitare di affrontare questioni oggi gestite penalmente, anche se di natura spiccatamente politico-sociale.

<sup>3</sup> Si pensi solo che dal 1865 al 1899 sono stati adottati 58 provvedimenti di clemenza, dal 1900 al 1948 ne sono seguiti altri 148 e dal 1948 ad oggi altri 19.

## OCCORRE UNA INVERSIONE DI ROTTA

Ma, apparentemente in modo paradossale, è segno di debolezza politica anche la mancata adozione di iniziative parlamentari indulgenziali, perché non permette neppure di sfollare un sistema ormai in larga parte alla frusta. Il sovraffollamento – ce lo ricorda Anastasia (2013, p. 112) – mette in discussione almeno una ventina delle Regole contenute nelle Raccomandazioni Europee in materia penitenziaria ed è ormai innegabile che lo spazio a disposizione, o meglio *non* a disposizione, per i detenuti in cella sia una questione che deve essere affrontata e con urgenza.

Tuttavia non sarebbe auspicabile l'adozione di misure indulgenziali e deflattive alle quali non facciano contestualmente seguito provvedimenti di più largo respiro, sia strutturali che di politica criminale. In tal senso vanno lette le sconfortanti affermazioni di Marco Ruotolo (2011, p. 130), secondo cui se non cambiano le politiche sociali e penali non solo il problema del sovraffollamento è destinato a permanere, ma nemmeno possono porsi basi sufficientemente solide per consentire l'attuazione dei principi costituzionali e dell'ordinamento penitenziario.

Occorre primariamente una significativa inversione di rotta nelle politiche penali e sociali, altrimenti il carcere rimarrà luogo della diseguaglianza, dell'abbandono, della disumanità e continuerà ad essere ciò che, per Costituzione, non dovrebbe essere (ivi, pp. 123-124).

## NON RIPETERE L'INDULTO DEL 2006

Il rischio oggi è di ripetere quanto già visto dopo l'indulto del 2006.<sup>4</sup> Il 31 luglio di quell'anno il sistema penitenziario era ingolfato da 60.710 detenuti e tutti temevano, anzi molti lo davano per certo, il tracollo del sistema stesso. L'indulto ridusse tale agglomerato umano di diverse migliaia di unità, tanto che il 30 settembre di quell'anno la presenza risultava essere di 38.326 unità e fu il punto di minore affollamento raggiunto a seguito del provvedimento (con una diminuzione di ben 22.384 detenuti nel sistema).

Questo non diede tuttavia spazio a riforme di consolidamento o a misure organizzative migliorative della qualità della vita dei detenuti. Anzi, in quell'estate molte sezioni furono chiuse in modo

<sup>4</sup> Legge 31 luglio 2006, n. 241.

da poter aumentare l'aliquota degli operatori da inviare in ferie, con il risultato che la compressione nelle celle dei reparti rimasti aperti non diminuì particolarmente. Segno che il sovraffollamento è spesso agitato quale causa di tutti i mali, ma in realtà risulta essere un granitico alibi nella sua "oggettività" per non intraprendere la strada delle cose possibili.

Secondo i dati ufficiali, nel giro di soli tre anni da quella data la popolazione detenuta è risalita e ha superato i livelli del 2006, se solo si pensa che al 30 settembre del 2009 risultavano presenti 63.630 detenuti, saliti sino a 66.897 il 31 dicembre del 2011 e oggi attestati a 64.879.<sup>5</sup>

## **LA DIGNITÀ È COMPATIBILE CON L'ASSENZA DI LIBERTÀ?**

Detto ciò, rimane il fatto che l'Italia deve rientrare nei parametri dell'umanità penitenziaria stabilita nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e di quest'onere è stato investito l'esecutivo. E qui torniamo alla domanda iniziale: si può rendere compatibile la dignità con l'assenza di libertà?

### **"NO, PERCHÉ IL CARCERE È LUOGO DELLA DEUMANIZZAZIONE"**

La profonda coazione indotta dalla pena detentiva sembra ridurre questa affermazione a una vera e propria eresia. Non a caso Ruotolo (ivi, p. 15), citando Haberle, afferma che il carcere mette in dubbio la dignità: forse non solo la dignità dell'uomo, ma dell'umanità stessa. Di primo acchito, dunque, la carcerazione, per le sue caratteristiche di annichilimento, subordinazione e degradazione, non parrebbe lasciare spazio alla dignità umana.

Quando l'uomo cessa di essere persona e diventa cosa – dice Ruotolo – non ha più senso parlare di dignità (ivi, p. 22). In effetti molti autori, a partire da Erving Goffman (1968), hanno descritto il processo di degradazione e istituzionalizzazione derivante dall'incarcerazione, evidenziandone le conseguenze profonde sia in chi le vive direttamente sia nelle persone che lo gestiscono.

Secondo questo punto di vista il carcere non mancherà mai di essere un luogo di degradazione fisica e morale della persona

<sup>5</sup> Dato riferito al 30 novembre del 2013 e comprensivo di 832 detenuti ammessi al regime di semilibertà.

che vi viene costretta (Anastasia, 2013, p. 127). Un luogo di deumanizzazione, per citare Philip Zimbardo (2009, p. xxix):

La deumanizzazione è come una cataratta corticale che obnubila il pensiero di un individuo e gli fa percepire altri individui come subumani, facendo sì che alcuni giungano addirittura a vedere queste altre persone come nemici che meritano di essere tormentati, torturati, annientati.

Tra le testimonianze di alcuni degli studenti che rivestirono il ruolo di guardia nell'ormai famoso esperimento sugli effetti della vita detentiva, condotto da Zimbardo presso l'Università di Stanford, si ritrovano le percezioni deumanizzanti dei loro colleghi che rivestivano il ruolo di detenuti. Uno, in particolare, giunse ad affermare di aver perso il contatto con la loro umanità dimenticando che erano persone.

### **“NO, PERCHÉ È IMPOSSIBILE UMANIZZARE IL CARCERE”**

Detto questo, il discorso sembrerebbe chiudersi inesorabilmente.

Ma è così? Davvero incidere sulle modalità di gestione carceraria non può scalfire una affermazione di tale apparentemente irrevocabile portata? Anche da questo punto di vista diversi autori si dicono fortemente scettici se non addirittura decisamente pessimisti.

Una parte di questi argomenta tale convincimento con riferimento alle caratteristiche burocratico-organizzative. È il caso di Michel Crozier (1969) che, nella sua ottica di studio delle organizzazioni, descrive il carcere come un apparato lento, pesante, inutilmente complicato e poco efficiente e incapace di correggere i propri errori.

Altri si focalizzano sulle caratteristiche intrinseche alla logica della condizione penitenziaria. Già Donald Clemmer, anni addietro (1941), si era espresso in maniera scettica rispetto alla concreta possibilità di modificare l'essenza penitenziaria che, nella sua ottica, è costituita dal processo di adattamento al contesto culturale carcerario, da lui denominato e da allora conosciuto come *prisonizzazione*. Per dare conto del suo pensiero egli utilizzò la metafora della cinematografia e affermò che “si possono cambiare scenari, costumi e copioni, ma il cinema rimane sempre uguale a se stesso”.

Anni dopo Thomas Mathiesen (1996) concluse uno studio comparativo sulla situazione penitenziaria norvegese tra gli anni Settanta e Ottanta rilevandone l'immutabilità nei suoi elementi essenziali. Una parte della dottrina più critica, a partire da quegli anni, ha focalizzato la sua attenzione sulle funzioni penitenziarie, dimostrando l'inefficacia di quelle dichiarate e rimarcando che lo strumento penale e quello penitenziario altro non farebbero che riprodurre l'esclusione sociale.

## **“NO, PERCHÉ LA DEGRADAZIONE È QUANTO LA SOCIETÀ CHIEDE AL CARCERE”**

Ancora ultimamente Anastasia (2013, p.127), ripercorrendo la copiosa letteratura in materia, si è detto convinto che non c'è mutamento dell'istituzione penitenziaria che ne possa cambiare l'identità. Il carcere non mancherà mai di essere un luogo di degradazione fisica e morale della persona che vi viene costretta. Secondo questa visione delle cose, l'obiettivo della pena detentiva è la degradazione dello status del condannato e la sua qualificazione essenziale è dunque la sua natura afflittiva.

Senza tanti giri di parole Anastasia chiarisce che la degradazione del detenuto, la sua sofferenza fisica e psichica, sono quanto la società chiede al carcere e cercare di invertire il senso di questa domanda sociale è tanto apprezzabile quanto irrealistico. Anche alla luce di queste posizioni, il cambiamento parrebbe idealmente e concretamente impossibile.

## **I PREGIUDIZI DA RIMUOVERE PER UMANIZZARE LA PENA**

Ma a questo punto della storia la questione che stiamo affrontando è un onere che lo Stato *deve* onorare. Il nostro Paese deve rientrare nei parametri dell'umanità penitenziaria stabilita nelle sentenze della Corte europea. Per dirla con Rodotà, i corpi, tanti corpi, sono in carcere perfettamente visibili, però con un viso come stravolto, cancellato, ma la loro figura rimane e il problema diviene, appunto, quello di restituirle una faccia, renderla di nuovo riconoscibile, attrarla nella realtà (Rodotà, 2013, p. 140).

Per far ciò, occorre dunque andare a cercare quei quadri di riferimento teorici che ci aiutino a capire come poter conciliare dignità e detenzione. Quadri che saranno necessari sia per affrontare

la dialettica che accompagnerà e contrasterà, da più parti e per motivi diversi, un processo di cambiamento di tale portata, sia per guidarci nella ricerca degli approcci e delle risposte alle contraddizioni che si dovranno affrontare.

Per umanizzare il carcere occorre cercare quei quadri di riferimento teorici che ci aiutino a superare i pregiudizi e a rendere possibile il conciliare dignità e detenzione.

## **IL PREGIUDIZIO CHE IL CARCERE SIA UN ORDINAMENTO SEPARATO**

Vi è un primo grande pregiudizio da rimuovere per procedere a umanizzare il carcere: è quel modo di considerare il sistema-penitenziario come *ordinamento separato*, al punto da postulare un rapporto di supremazia speciale tra l'istituzione e il detenuto. Scrive a riguardo Giorgio Berti (1987, p. 355):

Si potrà raggiungere la pienezza della garanzia costituzionale anche rispetto alle persone detenute quando sarà del tutto cancellato il convincimento che la sospensione delle libertà per effetto della carcerazione comporti anche la sottoposizione del condannato a regole speciali che vogliono la sua completa soggezione non solo a tali regole, ma anche a coloro che le fanno rispettare.

Stefano Rodotà, affrontando il tema dei diritti più in generale, considera il nesso che intercorre tra la dignità e la rimozione degli ostacoli che di fatto la limitano. E individua con nettezza il “pubblico dovere” di costruire un contesto in tal senso facilitante.

Questa prospettiva implica *un'istituzione che sia più che una amministrazione di cose* (Rodotà, 2013, p. 196); ossia che senta il dovere di rimuovere gli ostacoli che si manifestano nell'ambito delle sue funzioni rispetto ai diritti dei loro affidati.

Questo approccio ovviamente riguarda le istituzioni pubbliche in genere, ma è un pensiero essenziale nel campo penitenziario. Rodotà incalza su questo tema affermando che proclamare un diritto non significa assicurarne il rispetto, l'applicazione, l'effettività. Per tutto questo servono istituzioni che incarnino questa funzione. E se, come abbiamo visto, vi è oggi una inerzia politica, rimane il fatto che le Amministrazioni, compresa quella penitenziaria italiana, incarnano istituzionalmente, oseremmo dire ontologicamente, quella funzione.

Questa è una delle affermazioni fondamentali su cui basare l'azione riumanizzante del carcere. Rodotà (ivi, p. 75) ci sprona a

non cedere alla tentazione, travestita da realismo, di affermare che, fino a quando non è pienamente realizzabile, un diritto è come se non esistesse.

A riguardo, le Raccomandazioni europee sottolineano che i diritti delle persone in carcere non possono essere subordinati alla carenza di risorse. Tanto più che molti dei diritti oggi negati od offuscati necessitano, più che di risorse aggiuntive, di un più generale cambio di atteggiamento personale e collettivo. Questo significa affermare il principio che è compito di una Amministrazione e dei suoi componenti trovare le soluzioni, senza approfittare degli alibi che si celano nel fluire quotidiano della cosa pubblica.

## **IL PREGIUDIZIO CHE IL CARCERE SIA IMMODIFICABILE**

Un secondo pregiudizio ha a che fare con una visione stereotipata del carcere quale istituzione data per inevitabile, le cui forme e modalità vengono date per ineluttabili. Questo vale per l'esterno quanto per l'interno dell'organizzazione penitenziaria.

Il dare per scontato il carcere e le sue forme diventa così un fattore di rischio per la stessa possibilità di innovarlo. Tale rischio pervade non solamente l'uomo comune, ma anche il personale dell'Amministrazione e coloro che frequentano il penitenziario come il volontariato e le stesse figure di garanzia.

Ogni innovazione – com'è noto – è sempre accompagnata da ripulsa. Chiunque abbia provato a innovare una prassi sa bene cosa significhi superare le ansie e le resistenze dei collaboratori. Gianfranco Poggi (2013, p. 56) rimarca questa frustrante sensazione evidenziando che

di per sé, ogni tentativo di innovazione istituzionale richiede uno sforzo consapevole e persistente per riformare e, per quanto possibile, mettere fuori gioco gli assetti istituzionali esistenti. Chi si impegna in questo sforzo è costretto a fare i conti con la naturale inerzia di quegli assetti in quanto fatti compiuti (...). Si deve innanzitutto sfidare l'assunto che ciò che già esiste merita di continuare a esistere, e il sospetto che chi cerca di metterlo in questione (...) lo faccia in realtà per ragioni non confessate, improprie e interessate.

È quanto è avvenuto anche in questa occasione, dove all'azione umanizzante alcuni hanno opposto il loro diniego sostenendo che si trattasse solo di uno stratagemma ministeriale per risparmiare uomini nella gestione dei detenuti.

Tutto questo rischia di produrre un effetto autoreferenziale che non può che irrigidire il sistema rendendo improbo non solo il tentativo di una sua improbabile riforma, ma anche la sua umanizzazione.

## **CONDIVIDERE L'IDEA DI DIGNITÀ**

A fronte di un quadro così complesso è necessario partire da una visione condivisa dell'elemento essenziale del processo di umanizzazione, ovvero della dignità di una persona sottoposta alla restrizione detentiva. Senza questa condivisione diventa impossibile mettere in moto un'intera Amministrazione.

Non sarà un caso se Ruotolo (2011, p. 121), tra i pregiudizi da superare, colloca anche il mancato radicamento dell'idea che il rispetto della personalità sia un dovere nei confronti del detenuto allo stesso modo che nei confronti del soggetto libero, come se il fatto di essere detenuto comporti la diminuzione della propria dignità. Ruotolo spezza questa concezione monolitica della dignità adottandone una visione composita. I suoi approfondimenti teorici gli consentono di affermare che essa può essere vista secondo *due diverse prospettive*.

## **I PERICOLI DI UNA VISIONE DINAMICA DELLA DIGNITÀ**

Nella prima prospettiva la dignità prende le sembianze di una meta che si raggiunge attraverso le proprie azioni (ivi, p. 19). È la cosiddetta *concezione dinamica della dignità* per la quale la violazione delle regole può determinare, se ne estremizziamo le conseguenze, la perdita o la mancata conquista della dignità.

Forte è la corrispondenza tra questa concezione e le riflessioni di Günther Jakobs che ha concettualizzato l'esistenza di un vero e proprio *diritto penale del nemico*,<sup>6</sup> che si affianca al diritto penale ordinario. I due diversi filoni penalistici garantirebbero livelli

---

6 Al cospetto delle misure adottate dal governo statunitense nei confronti di tutti i sospettati di terrorismo islamico-fondamentalista, che prevedevano la totale privazione dei diritti, Günther Jakobs vi intravede la genesi di un nuovo tipo di diritto penale: quello, appunto, del nemico che si affianca al diritto penale ordinario



diversi di garanzia e si rivolgerebbero rispettivamente a chiunque, di volta in volta, venga identificato come un nemico all'interno di una data società o come un ordinario cittadino rispetto al quale regolare i "normali" rapporti giuridici. Due sono i concetti portanti della costruzione teorica di Jakobs: la figura del *nemico* e quella, conseguente, di *non persona giuridica*.

### **La figura del "nemico"**

Dal primo punto di vista, secondo questo autore, chiunque venga percepito come inopportuno e sgradevole può essere considerato un nemico. Tale concetto, quindi, si caratterizzerebbe per i suoi confini mobili e indefiniti che possono ampliarsi tendenzialmente all'infinito, anche solo sulla spinta di percezioni e verità di senso comune (Dal Lago, 1998).

In tal senso il diritto penale del nemico non si occuperebbe di *crimini* diversi da quelli considerati ordinari, bensì di *autori* diversi da quelli ordinari, ovvero coloro che, rappresentando un pericolo per la società, sono da neutralizzare per difendersi dalla minaccia che determinano. Ai nostri fini è importante riportare lo sviluppo logico di tale teorizzazione. Qualificare un criminale come un nemico consente di trasferire la questione dal piano del diritto a quello della guerra e questo, a sua volta, permette l'adozione dei linguaggi e dei metodi propri della guerra in base ai quali il nemico diventa un pericolo da annientare.

Tale qualificazione di nemico serve a screditare l'avversario inducendone una degradazione sostanziale e nei suoi confronti si sviluppa la convinzione e soprattutto la pratica della neutralizzazione, anche preventiva, alla commissione di un reato o in aggiunta rispetto ad una pena prevista.

### **La figura della "non persona giuridica"**

Il secondo asse portante del modello di Jakobs è costituito dal concetto di *non persona giuridica*. Secondo quest'ottica, la violazione di una norma lederebbe i diritti dei membri dell'intera comunità giuridica e chi ne è l'autore infrangerebbe il contratto sociale ponendosi al di fuori di esso e perdendo, per questo fatto,

---

(cfr. Jakobs G., Cancio Melià M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid 2003).

tutti quei diritti che quel contratto gli garantiva. Egli diventerebbe in tal modo una *non-persona in diritto*. Il nemico sarebbe così privato di una personalità giuridica e come tale trattato nell'ambito di una relazione non giuridica.

Se analizziamo la legislazione penale dell'ultimo decennio intravediamo con una certa agilità una serie di norme che possono accostarsi, anche in Italia, all'evoluzione che Jakobs ha teorizzato. Le discipline penali in materia di immigrazione clandestina, di stupefacenti e, più in generale, l'incremento delle cause di ostatività alle misure alternative alla detenzione rientranti nell'articolo 4bis dell'ordinamento penitenziario e il peso che è stato dato alla recidiva nella negazione di tale possibilità, sono tutti esempi di un aumento di penalità in ragione, più che di un comportamento, dell'appartenenza a categorie di persone considerate pericolose.

Orbene noi riteniamo che tali teorizzazioni, attraverso il dibattito pubblico in una fase storica dominata dall'insicurezza e dalla paura sociale, filtrino nella quotidianità delle persone comuni. Zimbardo parla di una "immaginazione ostile" per descrivere la costruzione psicologica che si radicherebbe nelle menti dei cittadini e che trasformerebbe gli altri nel nemico. In questo caso come in quello della concezione dinamica della dignità si giunge a considerare la possibilità di escludere la possibilità stessa di avere una dignità (Ruotolo, 2011, p. 23).

## **RICONOSCERE CHE VI È ANCHE UNA DIGNITÀ INNATA**

Si esce da questa prospettiva solamente se si assume che la dignità individuale sia la somma di diverse dimensioni e non si restringa a una visione dinamica. In ciascun individuo – ci suggerisce Ruotolo – si sommano una dignità *innata* che spetta sempre e comunque e una dignità *acquisita* frutto delle azioni di quell'individuo, che può essere conquistata o perduta e successivamente riconquistata (ivi, p. 25).

La dignità "innata" sarebbe una *dote* che spetta all'uomo in quanto tale, indipendentemente dal valore o dal disvalore dei suoi atti (ivi, p. 19). Questa *concezione statica della dignità* consente alle persone di non diventare cose e le loro malazioni non possono mai giustificare un trattamento inumano o degradante nei loro confronti. In tal senso la carenza di *dignità acquisita* non potrà giustificare la completa privazione dei diritti, ma solo alcune limitazioni proporzionate alla gravità dei comportamenti negativi tenuti.

È interessante accostare queste considerazioni con quelle di Rodotà. Anche secondo questo autore, se la persona non può essere separata dalla sua dignità, neppure il diritto può prescindere o abbandonarla (Rodotà, 2013, p. 187). Ruotolo aderisce all'opzione concettuale della dignità innata e statica e ricerca nella Costituzione le aree acquisite e inalienabili della dignità (umanità) che non possono essere derogate neppure in stato di detenzione.

Secondo questo autore, in genere si limita erroneamente il riferimento costituzionale alla situazione detentiva, riducendolo all'ambiguo concetto della funzione detentiva prevista all'articolo 27. Per Ruotolo (2011, p. 16), viceversa, l'indicazione più forte è quella del valore del *libero sviluppo della personalità*. Per assicurare tale possibilità è essenziale che la detenzione non aggravi le sofferenze inerenti ad essa, come richiesto dalla Regola 102 delle Raccomandazioni europee penitenziarie vigenti, e che all'interno del carcere siano garantite condizioni di vita umane.

Secondo Ruotolo sono diverse le disposizioni costituzionali che presuppongono l'esigenza della protezione della dignità umana aderendo, quindi, a una idea di dignità come dote disponibile anche per le persone in esecuzione penale.

## **NON ESSERE PRIGIONIERI DEL PASSATO**

Umanizzare il carcere (principio di umanità) dunque non è solo oggi necessario, ma possibile. Non è solamente una Corte di giustizia europea che ci condanna, è la stessa storia che lo sta facendo. Viviamo infatti un tempo di grande travaglio e difficoltà, che però non giustifica le inerzie.

Dobbiamo tutti essere consapevoli del fatto che oggi è in corso una vasta e complessa operazione di fondazione, ridefinizione, estensione, moltiplicazione dei diritti e sulla base di tale consapevolezza dobbiamo agire. Per farlo non possiamo rimanere arroccati nel passato, nelle presunte e rassicuranti prassi che hanno tutelato noi e chi ci ha preceduto in un altro tempo, senza tanto riguardo al fatto che la strada che stavamo percorrendo si stava sempre più allontanando da quella tracciata dalle norme.

Ci piace allora concludere con una frase di Rodotà (2013, p. 25) che guarda al futuro:

Parlando di diritti, bisogna sempre guardare lontano, frequentare il futuro, non rimanere prigionieri del passato.

E bisogna avere in essi una fede appassionata, magari ingenua, che sostenga lo sforzo continuo di una costruzione dei diritti sempre incompiuta, sempre insidiata.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Anastasia S., *Metamorfosi penitenziarie*, Ediesse, Roma 2013.
- Berti G., *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova 1987.
- Clemmer D., *The Prison Community*, The Christopher Publishing House, Boston 1941.
- Crozier M., *Il fenomeno burocratico*, Etas Kompass, Milano 1969.
- Dal Lago A. (a cura di), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Costa & Nolan, Genova-Milano 1998.
- Goffman E., *Asylums. Le istituzioni totali, i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino 1968.
- Grande E., *La Corte suprema degli Stati Uniti e l'ordine alla California di ridurre il numero dei prigionieri: humanitarianism o humoneterianism?*, in "Antigone", 2-3, 2011, pp 13-25.
- Mathiesen T., *Perché il carcere?* Edizioni Gruppo Abele, Torino 1996.
- Mosconi G., *Il carcere in Italia*, in Associazione Italiana di Sociologia, *Mosaico Italia. Lo stato del Paese all'inizio del XXI secolo*, FrancoAngeli, Milano 2010, pp. 418-424.
- Poggi G., *La burocrazia: natura e patologie*, Laterza, Roma-Bari 2013.
- Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari 2013.
- Ruotolo M., *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011.
- Verde S., *Il carcere manicomio: le carceri in Italia fra violenza, pietà, affari e camicie di forza*, Sensibili alle foglie, Carrù 2011.
- Vianello F., *Il carcere: sociologia del penitenziario*, Carocci, Roma 2012.
- Zimbaro P. G., *L'effetto lucifero: cattivi si diventa?*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2008.

(\*) Questo articolo costituisce un'anticipazione di un lavoro di riflessione più ampio intorno ai diritti, alle resistenze e alle contraddizioni di un percorso verso la restituzione della dignità ai detenuti.



# LA LEGALITÀ DELLA MINACCIA O USO DI ARMI NUCLEARI

---

**Tommaso di Ruzza**

Ufficiale della Santa Sede presso il Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace.

Nel 1996 la Corte internazionale di giustizia ha reso il noto parere sulla Legalità della minaccia o uso di armi nucleari<sup>1</sup>. Nell'avviso si affermano sei punti (a-f), fra i quali i seguenti due: 1. Non esiste nel diritto internazionale, né consuetudinario, né convenzionale, un divieto generale e universale della minaccia o uso di armi nucleari come tali (b); 2. La minaccia o uso di armi nucleari sarebbero contrari al diritto internazionale, e in particolare al diritto umanitario, tuttavia, non si può affermare la loro liceità o illiceità come legittima difesa, qualora sia in gioco la sopravvivenza dello Stato (e). Il caso ha sollevato gravi questioni sul piano morale e giuridico e ha diviso la Corte. Fra i dissenzienti, il giudice Weeramantry afferma che il parere contrasta con il principio fondamentale della dignità umana da cui dipendono tutte le norme giuridiche. Il giudice Higgins denuncia un non liquet della Corte sulle armi nucleari<sup>2</sup>. Dopo dieci anni, l'umanità si confronta con una realtà, quella del "post-11/9", assai diversa. Da un lato, la speranza nel progresso e nella globalizzazione<sup>3</sup>. Dall'altro lato, la paura legata al terrorismo, la corsa agli armamenti e la sfiducia nelle Nazioni Unite. Mutato il contesto, muta anche il ruolo strategico delle armi nucleari. In questa sede riflettiamo sullo status giuridico della minaccia o uso di armi nucleari, alla luce della dottrina sociale della Chiesa.

## 1. LE ARMI NUCLEARI "COME TALI"

Il ragionamento della Corte sembra orientato ad un rigido formalismo giuridico: in assenza di una norma speciale

---

1 ICJ, Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory opinion, Reports 1996.

2 JUDGE WEERAMANTRY, Dissenting opinion, p. a; JUDGE HIGGINS, Dissenting opinion, n. 1. Cfr. nota 1.

3 Cfr. G. CREPALDI, Globalizzazione: una prospettiva cristiana, Siena, 2006, p. 75.

(consuetudinaria o scritta) non è possibile affermare la liceità o illiceità della minaccia o uso di armi nucleari come tali (*nullum crimen sine lege*). Anzitutto, giova chiedersi cosa contraddistingue le armi nucleari (come tali) dalle altre. In generale, sembra corretto affermare che esse si distinguono per la capacità di produrre effetti indiscriminati – meccanici, termici o radioattivi – fatali per l'uomo e l'ambiente, nel breve e nel lungo periodo<sup>4</sup>. Secondo stime della Weapons of Mass Destruction Commission, le bombe di Hiroshima e Nagasaki, ciascuna dalla carica energetica inferiore ai 20 kiloton<sup>5</sup>, hanno causato la morte di circa 200.000 persone e gravi danni all'ambiente<sup>6</sup>. Delle circa 27.000 armi presenti nell'arsenale nucleare ufficiale (12.000 sempre schierate)<sup>7</sup>, alcune superano i 20 megaton<sup>8</sup>. Una minaccia per l'umanità e il pianeta.

Un'obiezione mossa a tale analisi è la pretesa natura non indiscriminata di alcune armi nucleari (ad esempio, le cosiddette armi intelligenti o pulite). Tuttavia, l'obiezione ha il limite di trascurare gli effetti radioattivi indiscriminati causati da tutte le armi nucleari. Inoltre, come sottolinea Giovanni XXIII, è giustificato il timore che i soli esperimenti nucleari siano fatali per la vita sulla terra<sup>9</sup>.

Su tali basi, la Chiesa è ferma nella condanna morale delle armi nucleari, poiché ogni azione bellica indiscriminata "è delitto contro Dio e contro la stessa umanità"<sup>10</sup>. Sul piano giuridico, tale giudizio si è tradotto nel sostegno al diritto umanitario e nell'adesione della Santa Sede al Trattato sul divieto generale dei test nucleari e al Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari (TNP), considerati un mezzo per promuovere la pace e scongiurare il rischio di devastazione che minaccia l'umanità<sup>11</sup>.

4 Cfr. WORLD HEALTH ORGANISATION, *Effects of nuclear war on health and health services*, 1983 (A/36/12).

5 1 kiloton = energia liberata dall'esplosione di 1000 tonnellate di tritolo.

6 WEAPONS OF MASS DESTRUCTION COMMISSION, *Weapons of terror*, Stockholm, 2006, p. 60.

7 Cfr. nota 6, p. 36.

8 1 megaton = 1000 kiloton (energia liberata dall'esplosione di 1.000.000 di tonnellate di tritolo).

9 GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, AAS 55 (1963), n. 60.

10 CONCILIO VATICANO II, *Gaudium et spes*, AAS 58 (1966), n. 80.

11 HOLY SEE, *Declaration of adhesion to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons* (25 February 1971). Reperibile nel sito delle Nazioni Unite: [disarmament.un.org](http://disarmament.un.org).

## 2. IL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE

La Corte, non trovando una norma speciale che vieti la minaccia o uso di armi nucleari, ricorre al diritto internazionale dei conflitti armati (*ius in bello*), e precisamente ai principi generali del diritto umanitario. Fra questi, tre in particolare sono degni di nota, tutti sanciti dal Protocollo I addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Anzitutto, il principio di necessità, per cui è vietato l'uso di armi che per loro natura causano danni o sofferenze non necessari (articolo 35/2)<sup>12</sup>. Il secondo, è il principio di distinzione, che vieta l'uso di armi che non distinguono i combattenti dai non combattenti (articolo 48). Infine, il principio di tutela dell'ambiente, che vieta l'uso di armi fonte di danni estesi, persistenti e gravi all'ambiente naturale (articolo 35/3). In altri termini, il diritto dei belligeranti di scegliere armi e metodi di guerra non è illimitato (articolo 35/1).

In una più ampia prospettiva, i suddetti principi affondano le proprie radici nel valore inderogabile della dignità umana, primo fra i principi permanenti della dottrina sociale della Chiesa<sup>13</sup>. Questo valore è alla base della cosiddetta clausola Martens, secondo la quale, durante un conflitto armato, la persona umana rimane sotto la protezione e l'autorità del principio di umanità (Protocollo I, articolo 1/1). Esso esprime la stessa ratio del diritto umanitario, racchiusa nella massima "*inter arma caritas*", sovversiva della regola bellica "*silent enim leges inter arma*" (Cicerone, *Pro Milone*).

Sul piano strettamente giuridico, inoltre, i principi generali del diritto umanitario – come riconosce la stessa Corte<sup>14</sup>– costituiscono norme imperative del diritto internazionale generale (*ius cogens*). Quel tipo di norma "accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale nel suo insieme come norma alla quale non è consentita alcuna deroga" (Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, articolo 53).

Da quanto rilevato, sembra ragionevole, nonché corretto sul piano giuridico, affermare che sia lo stesso diritto internazionale generale a vietare la minaccia o uso di armi nucleari come tali.

12 Principio, questo, affermato, sin dal XVII secolo, per specifiche armi (veleno e armi avvelenate) ed esteso ad ogni tipo di arma dalla Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868. Cfr. A. ROBERTS – R. GUELF, *Documents on the laws of war*, Oxford, 2000, p. 53

13 GIOVANNI XXIII, *Mater et magistra*, AAS 53 (1961), n. 203.

14 Cfr. nota 1, n. 83.



Questo, è forse bene precisare, non tanto, per un'analogia iuris con il divieto di altre armi, ma secondo la logica giuridica per cui, da un imperativo generale (sono vietate le armi dagli effetti indiscriminati), mediante una proposizione descrittiva (le armi nucleari hanno effetti indiscriminati), si giunge a un imperativo concreto (sono vietate le armi nucleari)<sup>15</sup>.

La Corte, tuttavia, non reputa i suddetti elementi sufficienti per affermare un divieto assoluto della minaccia o uso di armi nucleari come tali.

### 3. LA POSSIBILE ESISTENZA DI UNA NORMA SPECIALE

Ma è poi certa l'assenza di una norma speciale sulla minaccia o uso di armi nucleari come tali? Nel 1961, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la Dichiarazione sul divieto di uso di armi nucleari e termonucleari, dove si afferma che "l'uso di armi nucleari e termonucleari è contrario allo spirito, alla lettera e ai fini delle Nazioni Unite"<sup>16</sup>. Alla dichiarazione hanno fatto seguito due importanti risoluzioni sulla natura permanente e sul dovere di stretta osservanza del divieto<sup>17</sup>. Inoltre, dal 1978, ogni sessione, l'Assemblea Generale adotta una risoluzione contenente le cosiddette assicurazioni negative, cioè l'impegno delle potenze nucleari al non-uso di armi nucleari<sup>18</sup>.

Due, le possibili interpretazioni dell'attività dell'Assemblea Generale. Anzitutto, le dichiarazioni citate potrebbero valere come specificazione di un divieto generale, espresso dal diritto umanitario e implicito nella Carta delle Nazioni Unite. Inoltre, le dichiarazioni potrebbero essere valutate come esercizio di una delle attività tipiche dell'Assemblea Generale, cioè la promozione dello "sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione" (Carta delle Nazioni Unite, articolo 13). Come nota la migliore dottrina giuridica<sup>19</sup>, le dichiarazioni, pur non essendo fonte autonoma di obblighi (cosiddetto *soft law*), certificano l'opinione iuris e la prassi degli stati, elementi costitutivi di una norma consuetudinaria – l'esempio

15 Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 65.

16 Risoluzione 1653 del 1961, articolo 1/a.

17 Risoluzione 2160 del 1966 e Risoluzione 2936 del 1972.

18 Cfr. nota 6, p. 72.

19 Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 55; A. CASSESE, *International law*, Oxford, 2005, p. 196.

classico è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, non vincolante in sé, ma riconosciuta come diritto consuetudinario.

La Corte valuta questi elementi, ma non rileva una norma speciale. Sarebbe stato apprezzabile un maggiore approfondimento della questione.

#### **4. DETERRENZA NUCLEARE, PRIMO E SECONDO USO**

Durante la Guerra Fredda le potenze nucleari (membri permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite) si sono dissuase dal primo uso di armi nucleari con la teoria della deterrenza difensiva. In caso di attacco nucleare, la potenza attaccata – direttamente, o mediante un alleato – avrebbe reagito con le armi nucleari (secondo uso). Nella dottrina militare si parla anche di teoria MDA (mutua distruzione assicurata).

Malgrado abbia sinora scongiurato una guerra nucleare, la deterrenza non sembra degna di essere una teoria permanente delle relazioni internazionali. Infatti, per dissuadersi a vicenda dal primo uso, gli stati devono disporre di arsenali sempre più sofisticati. Causando l'effetto contrario di abbassare il livello di sicurezza ed elevare il rischio di guerra. Come sottolinea il Concilio Vaticano II, la deterrenza "non è la via sicura per conservare saldamente la pace, né il cosiddetto equilibrio che ne risulta può essere considerato pace vera e stabile"<sup>20</sup>.

Dopo l'11/9, adducendo la lotta contro il terrorismo le potenze nucleari hanno ampliato le dottrine della deterrenza e della legittima difesa. Quanto alla deterrenza, gli Stati Uniti sono stati i primi ad affermare che "il concetto tradizionale di deterrenza non è adatto alla lotta contro il terrorismo"<sup>21</sup>.

La posizione è chiarita dal documento sulla politica di sicurezza del 2006, dove si trova che "sia l'offesa che la difesa sono necessarie per dissuadere agenti statali e non statali ... un arsenale nucleare sicuro, credibile e affidabile continua a svolgere un ruolo decisivo"<sup>22</sup>.

La nuova impostazione – che possiamo definire deterrenza offensiva – si discosta da quella classica e sembra favorire, anziché

20 Cfr. nota 10, n. 81.

21 The National Security Strategy of the United States of America, Washington, 2002, p. 15. Reperibile nel sito della Presidenza degli Stati Uniti: [whitehouse.org](http://whitehouse.org).

22 The National Security Strategy of the United States of America, Washington, 2002, p. 22. Reperibile nel sito della Presidenza degli Stati Uniti: [whitehouse.org](http://whitehouse.org).

dissuadere, il primo uso di armi nucleari. Negli ultimi anni anche Francia, Gran Bretagna e Federazione Russa hanno rivisto la propria politica militare<sup>23</sup>. Da ultimo è stato il Parlamento Europeo ad affermare “la necessità che l’Unione elabori una politica non solo reattiva” per combattere il terrorismo<sup>24</sup>. Attualmente, tra i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, solo la Cina rinuncia, formalmente, al primo uso di armi nucleari<sup>25</sup>.

A ben vedere, la deterrenza offensiva tende a svalutare la diplomazia preliminare all’uso della forza armata per evitare o risolvere una controversia internazionale<sup>26</sup>. Essa, inoltre, sembra esprimere la tendenza delle potenze nucleari - o degli stati che ambiscono a diventarlo - all’unilateralismo nelle relazioni internazionali. Gli arsenali, i test nucleari, sono atti di forza per sancire il proprio ruolo regionale o internazionale. Nel lungo periodo, la deterrenza offensiva prospetta un “equilibrio della paura” contrario al fine delle Nazioni Unite di “sviluppare relazioni amichevoli tra le nazioni” (Carta delle Nazioni Unite, articolo 1/2).

La Santa Sede ha respinto il rilancio della deterrenza, e nell’intervento alla Conferenza di esame del 2005 del TNP afferma: “È giunto il momento di rivedere l’intera strategia della deterrenza. La Santa Sede non ha mai approvato la deterrenza nucleare come misura permanente, né può farlo oggi, poiché è evidente che essa sollecita lo sviluppo di armi sempre più sofisticate, e impedisce un reale disarmo nucleare”<sup>27</sup>.

## 5. LA LEGITTIMA DIFESA: ATTUALE, ANTICIPATA E PREVENTIVA

Alcune potenze nucleari hanno ampliato il concetto di legittima difesa sino ad includervi la difesa preventiva (da un attacco non imminente, ma possibile). Questa, giova precisare, si distingue dalla difesa attuale (da un attacco in corso) e dalla difesa anticipata (da un

23 Cfr. nota 6, p. 89.

24 PARLAMENTO EUROPEO, Dimensione esterna della lotta contro il terrorismo internazionale, Risoluzione 50/2007, Preambolo B.

25 Cfr. nota 6, p. 72. Per la Gran Bretagna cfr. Il documento *The future of the United Kingdom’s nuclear deterrent*, London, 2006. Reperibile nel sito del Parlamento Britannico: [parliament.uk](http://parliament.uk).

26 Cfr. J. G. MERRILLS, *International dispute settlement*, Cambridge, 2005.

27 HOLY SEE, *Intervention at the 2005 Review Conference of the parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, New York, 4 May 2005. Reperibile nel sito della Santa Sede: [vatican.va](http://vatican.va)

attacco imminente), che la maggioranza degli stati considera lecite secondo l'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite sulla legittima difesa.

La difesa preventiva – cosiddetta “guerra preventiva” – non è una novità nelle relazioni internazionali<sup>28</sup>. Tuttavia, dopo l'attacco in Iraq del 2003, essa divide la comunità internazionale e preoccupa le Nazioni Unite, che sconsigliano una “riscrittura o reinterpretazione dell'articolo 51”<sup>29</sup>.

La questione è complessa, ma sembra difficile conciliare il concetto di “guerra preventiva” con il divieto della minaccia e dell'uso della forza armata, sancito dall'articolo 2/4 della Carta delle Nazioni Unite, e in generale con la missione delle Nazioni Unite di “assicurare che la forza delle armi non sarà usata” (Carta delle Nazioni Unite, Preambolo 6).

Tornando al parere del 1996, la Corte è incerta sull'illiceità della difesa nucleare, qualora sia in gioco la sopravvivenza dello stato. Come nota il giudice dissenziente Koroma, la Corte supera la portata dell'articolo 51, che non prevede un'eccezione ai canoni della legittima difesa nel caso sia in gioco la sopravvivenza dello stato<sup>30</sup>.

Sono almeno tre gli argomenti contrari alla difesa nucleare. Anzitutto, essa è ostacolata dal principio di separazione fra *ius ad bellum* e *ius in bello*. Secondo il diritto internazionale dei conflitti armati (*ius in bello*), l'agredito deve reagire con una difesa legittima, anche in caso di aggressione illegittima per il diritto internazionale sull'uso della forza armata (*ius ad bellum*). In altri termini, una violazione dello *ius ad bellum* non autorizza la violazione dello *ius in bello*<sup>31</sup>. Per quanto la conclusione sia difficile, in base ai principi generali, un attacco nucleare che minacci la sopravvivenza dello stato (contrario allo *ius ad bellum*) non legittima la difesa nucleare (contraria allo *ius in bello*).

In secondo luogo, la difesa nucleare non sembra rispettare una delle condizioni per la legittimità della difesa, cioè il bilancio delle

---

28 Cfr. le “guerre preventive” di Israele contro Egitto (1967), Libano (1975) e Iraq (1981), e dell'Iraq contro l'Iran (1980).

29 UNITED NATIONS HIGH LEVEL PANEL ON THREATS, CHALLENGES AND CHANGE, *A more secure World: our shared responsibility*, New York, 2004, n. 192.

30 JUDGE KOROMA, *Dissenting opinion*, cfr. nota 1.

31 Cfr. M. SASSÒLI – A. BOUVIER, *How does law protect in war?*, Geneva, 1999, p. 86.

conseguenze. Nel solco di una lunga tradizione morale e giuridica, il magistero della Chiesa afferma che non è legittima la difesa – anche se proporzionale all’offesa – qualora essa provochi mali più gravi del male da eliminare<sup>32</sup>. La suddetta condizione è stata di recente affermata da un rapporto delle Nazioni Unite sulla legittimità dell’uso della forza armata in generale<sup>33</sup>.

Infine, la difesa nucleare sembra in sé inopportuna, considerata la natura delle armi nucleari. Si è notato come nella comunità internazionale avanzi il concetto di difesa preventiva. Ammettere la difesa nucleare legittimerebbe la difesa nucleare preventiva – quindi l’escalation delle ostilità verso la guerra totale<sup>34</sup>, la rinuncia al diritto umanitario e, in definitiva, l’auto-eliminazione dell’umanità.

Si sarebbe indotti a ritenere che le armi nucleari abbiano segnato la fine dei canoni classici della legittima difesa e della cosiddetta “guerra giusta”. L’affermazione, per molti versi realistica, non può essere sostenuta. Infatti, piuttosto che sancire la fine dei canoni della legittima difesa, sembra più corretto valutare le condizioni per un disarmo nucleare generale. Questo ci consente di introdurre uno dei principi fondamentali della dottrina sociale della Chiesa in tema di disarmo, il principio di sufficienza. Secondo tale principio, lo stato deve possedere solo le armi necessarie per la legittima difesa dei popoli<sup>35</sup>. Tale “sufficienza”, giova notare, va intesa anzitutto in termini qualitativi, quindi gli stati devono possedere solo il tipo di armi che consente di difendere, e non di eliminare i popoli.

## CONCLUSIONI

La Corte internazionale di giustizia, nel parere del 1996 sulla Legalità della minaccia o uso di armi nucleari ha lasciato agli stati la scelta politica sul divieto della minaccia o uso di armi nucleari come tali. Questo ha costretto la Corte ad un avviso incerto – la minaccia o uso di armi nucleari sarebbero contrari al diritto internazionale. Un non liquet sulle armi nucleari, secondo i giudici dissenzienti.

32 PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, Compendio della dottrina sociale della Chiesa, Città del Vaticano, 2004, n. 500. Sulla dottrina della difesa legittima si è distinta la seconda scolastica spagnola (XVI secolo). Cfr., inter alia, F. DE VITORIA, *De iure belli*, Milano, 2005.

33 Cfr. nota 29, n. 208.

34 A. CASSESE, *Violenza e diritto nell’era nucleare*, Bari, 1986, p. 61.

35 PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Il commercio internazionale delle armi*, Città del Vaticano, 1994, p. 13.

La Corte sembra aver sottovalutato la natura delle armi nucleari e il diritto internazionale vigente. Come afferma l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, "la continua esistenza di armi nucleari minaccia l'umanità e il loro uso avrebbe effetti catastrofici"<sup>36</sup>. Su tali basi, sarebbero stati diversi gli argomenti per rilevare un divieto del diritto internazionale generale. In particolare, la Corte avrebbe potuto valorizzare i principi generali del diritto umanitario, che vietano la minaccia o uso di armi dagli effetti indiscriminati. Inoltre, non è certa l'assenza di una norma speciale che vieti la minaccia o uso delle armi nucleari come tali.

Fra le questioni lasciate irrisolte, la legittimità della difesa nucleare avrebbe meritato una maggiore attenzione. La cosiddetta Guerra al Terrore<sup>37</sup> mette infatti in crisi il paradigma di guerra e i canoni classici del diritto umanitario. Già il Concilio Vaticano II denuncia il terrorismo come "nuovo metodo di guerra"<sup>38</sup>.

Come si comprende, il terrore non si sconfigge con l'equilibrio della paura basato sulla deterrenza e la difesa preventiva. Il terrorismo nucleare minaccia l'umanità. Le potenze nucleari potrebbero reagire con una difesa nucleare preventiva, minacciando l'umanità. Di converso, l'ordine internazionale non si fonda neanche sul semplice benessere o sul progresso tecnico-scientifico<sup>39</sup>. Esso va ricercato per altre vie.

a) Anzitutto, andrebbe eliminato il diritto di guerra degli stati. Come insegna la *Gaudium et spes* "La guerra non è purtroppo estirpata dalla umana condizione. E fintantoché esisterà il pericolo della guerra non si potrà negare ai governi il diritto di una legittima difesa"<sup>40</sup>. Ammettere la finitezza della condizione umana, e con essa il diritto alla legittima difesa, non implica il diritto di muovere guerra. Al contrario, la finitezza umana rende necessaria la razionalizzazione della forza nelle relazioni sociali. Quindi l'eliminazione "dall'organizzazione internazionale dei presupposti

36 Risoluzione 61/83 del 2006, Preambolo 1.

37 Cfr. The United States National Strategy for Combating Terrorism, Washington, 2006. Reperibile nel sito della Presidenza degli Stati Uniti: [whitehouse.org](http://whitehouse.org).

38 Cfr. nota 10, n. 79. Per un recente saggio sulla pace e la guerra nella prospettiva della Chiesa Cattolica, e in particolare su pace, nichilismo e fondamentalismo nel mondo contemporaneo cfr. CARDINALE RENATO RAFFAELE MARTINO, *Pace e Guerra*, Siena, 2005, pp. 59 ss.

39 Sul fondamento filosofico della pace cfr. S. COTTA, *Dalla guerra alla pace*, Milano, 1989, pp. 117 ss.

40 Cfr. nota 10, n. 79.

etici, giuridici e politici della guerra<sup>41</sup>. Come avverte Giovanni XXIII, “riesce quasi impossibile pensare che nell’era atomica la guerra possa essere utilizzata come strumento di giustizia”<sup>42</sup>.

Più precisamente, bisogna promuovere il diritto umanitario, che Benedetto XVI annovera “tra le espressioni più felici delle esigenze che promanano dalla verità della pace”<sup>43</sup>. I segni dei tempi – come la Guerra al Terrore o le armi di distruzione di massa – non mettono in discussione la vocazione del diritto umanitario, cioè l’umanizzazione dell’uso della forza armata e dei suoi effetti. Le autorità competenti e gli esperti sono chiamati a compiere ogni sforzo per lo sviluppo del diritto umanitario e il suo adattamento alla realtà.

b) In secondo luogo – consapevoli della necessità degli armamenti per la difesa dei popoli – occorre perseguire un disarmo nucleare generale. Questo, nel quadro di un disarmo integrale. Come si trova nella *Pacem in terris*, infatti, la riduzione ed eliminazione degli armamenti “sono impossibili o quasi, se nello stesso tempo non si procedesse ad un disarmo integrale; se cioè non si smontano anche gli spiriti, adoprando sinceramente a dissolvere, con essi, la psicosi bellica”<sup>44</sup>. Quindi, continua l’enciclica, all’equilibrio degli armamenti si deve sostituire la vera pace alimentata dalla reciproca fiducia<sup>45</sup>. La centralità della fiducia nel disarmo nucleare è affermata dallo stesso TNP, che obbliga gli stati a negoziare “in buona fede misure effettive per l’eliminazione delle armi nucleari” (articolo VI).

c) Infine, andrebbe perseguito “un grado superiore di ordinamento internazionale”<sup>46</sup> per realizzare il bene comune dell’umanità. Il diritto all’ordine internazionale è un diritto umano riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 (articolo 28). Questo diritto, giova precisare, non è riducibile al semplice ordine giuridico. Esso va collocato in un più ampio ordine morale e sociale. Ordine che abbraccia sia le relazioni fra singole persone, sia quelle fra comunità di persone, sino a formare l’ordine della famiglia umana. E che va fondato su solide basi. Come insegna Giovanni XXIII “le

41 L. STURZO, *La comunità internazionale e il diritto di guerra*, Roma, 2003, p. 5.

42 Cfr. nota 9, n. 67.

43 BENEDETTO XVI, *Messaggio per la celebrazione della Giornata Mondiale della Pace (2006)*, *Nella verità, la pace*, n. 7. Reperibile nel sito della Santa Sede: [vatican.va](http://vatican.va).

44 Cfr. nota 9, n. 61.

45 Cfr. nota 9, n. 61.

46 GIOVANNI PAOLO II, *Sollicitudo rei socialis*, AAS 80 (1988), n. 43.

comunità politiche, le une rispetto alle altre, sono soggetti di diritti e doveri; per cui anche i loro rapporti vanno regolati nella verità, nella giustizia, nella solidarietà operante, nella libertà. La stessa legge morale, che regola i rapporti fra i singoli esseri umani, regola pure i rapporti tra le rispettive comunità politiche<sup>47</sup>.

Pertanto, è necessario rivalutare le Nazioni Unite, e in particolare le garanzie sull'uso individuale e collettivo della forza armata previste dalla Carta delle Nazioni Unite. Sarebbe inoltre opportuna l'attuazione dell'articolo 43 della Carta delle Nazioni Unite, che prevede la creazione di una forza mondiale per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Infatti, "fin quando l'uso della forza non sarà ristretto ai soli obiettivi di polizia il problema del disarmo resterà quello che è ora, cioè la ricerca di un equilibrio interstatale in materia di armamenti"<sup>48</sup>.

Il disarmo è anche "una questione psicologica, un orientamento dei popoli e degli stati verso un sistema internazionale che elimini la guerra come atto di fede nella pace"<sup>49</sup>. In tale prospettiva, l'umanità è chiamata a riscoprire il senso della convivenza politica e la vocazione del diritto, che per Tommaso d'Aquino è un "comando della ragione ordinato al bene comune"<sup>50</sup>. L'ordine giuridico è un mezzo per realizzare il bene comune, e il segno di una società umana (*ubi societas, ibi ius*). Sarebbe quindi antiggiuridico, nonché immorale, ammettere la legalità della minaccia o uso di armi nucleari, in sé capaci di eliminare la stessa società umana.

- Traduzione di Giorgio Bonoli.

47 Cfr. nota 9, n. 47.

48 Cfr. nota 41, p. 233.

49 Cfr. nota 41, p. 233

50 S. TOMMASO d'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4.



