



Quaderno di storia del penale e della giustizia

3 / 2021



Il castigo

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito
contemporaneo su giustizia,
diritto di punire e pena



Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

3 / 2021

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-800-7 (print)

ISBN 978-88-6056-801-4 (PDF)

© 2022 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

Comitato di Direzione

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Monica Stronati

Consiglio scientifico

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (FernUniversität in Hagen, Deutschland)

Editing

Francesca Martello

Indirizzo

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: riviste.unimc.it/index.php/qspg

e-mail: luigi.lacche@unimc.it

Editore

eum edizioni università di macerata
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5 - 62100 Macerata; tel. (39) 733 258 6080

web: eum.unimc.it

e-mail: info.ceum@unimc.it

Progetto grafico e impaginazione

Carla Moreschini

I saggi contenuti in ciascun numero del *Quaderno* sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

Sommario

Il castigo

Luigi Lacchè

- 7 I paradossi del castigo

Passaggi

Umberto Curi

- 19 Verso un nuovo paradigma

Adriano Prosperi

- 25 Non uccidere, tra fede e potere

Flavia Stara

- 37 L'umano che deve rimanere. Le sfide allo spazio-tempo del castigo

Alfredo Verde

- 53 Il castigo in una prospettiva psico(socio)criminologica

Antropologie e Storie del diritto penale

Grazia Mannozi

- 73 Il "castigo": dimensione terminologica e meta-significati giuridici. Una lettura a partire dalle radici protoindoeuropee della lingua del diritto

Aglaia McClintock

- 99 *Ius, paricidas, necare*. Castigo e purificazione a Roma

Pierangelo Buongiorno

- 111 Precipizio e castigo. Forme, funzioni e mitologie delle *deiectiones e saxo* in Roma antica

Ettore Dezza

- 131 Le origini della legge penale nella *Summa de maleficiis* di Bonifacio Antelmi

- Michel Porret
141 Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi
- Floriana Colao
159 Percorsi della pena castigo tra attualismo penale, umanesimo penale, giustizia fascista
- Loredana Garlati
177 Punire per (ri)educare. Il fine della pena tra emenda e risocializzazione nel dibattito costituzionale
- Lessico e politica del penale**
- Roberto Cornelli
201 Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale
- Domenico Pulitanò
217 Problema castigo e principio responsabilità
- Roberto Bartoli
231 Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo
- Ombretta Di Giovine
253 Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazioni razionali e istinti emotivi
- Andrea Francesco Tripodi
277 L'idea di pena nei percorsi tracciati dalle Corti europee in materia di *ne bis in idem*
- 293 Abstracts
- 303 Autori

Michel Porret

Il male del castigo: conservare ma limitare la pena di morte nell'età dei Lumi*

E se la pena di morte indistintamente serve a' tiranni per farsi temere, questa pena non può essere quella [che] è più propria delle più moderate società¹.

Il diritto di punire è legato al contratto sociale degno della democrazia. Architetto dell'abolizione politica ma tardiva della pena di morte in Francia (1981), Robert Badinter, che sin dagli anni '70 ha combattuto apertamente contro di essa come avvocato penalista, nota in *Contro la pena di morte* che è meno un atto di giustizia che una vendicativa «pulsione di morte»². Dopo una mozione europea, l'abolizione universale della pena di morte è ora all'agenda del governo.

Purtroppo, è difficile pensare la cultura penale moderna al di fuori del campo della pena capitale che è diventata ingiustificabile nella società liberale e democratica. Invece di prevenire il crimine, dà un esempio di crudeltà lad-dove vuole correggere, legalizza la sofferenza morale e fisica come la tortura, postula che l'individuo sia incorreggibile. Spesso socialmente discriminatoria, la pena capitale distrugge la cooperazione tra cittadini uguali³.

Quel castigo supremo è sempre legato al sentimento sociale di insicurezza che oggi assicura la sua legittimità sociale negli Stati Uniti, dove la cultura del

* Questo saggio in forma non definitiva è la versione ampiamente rivista di: M. Porret, *Maintenir mais modérer, la mort comme peine au temps des Lumières*, in F. Chauvaud (direction), *Le droit de punir du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, PUR, 2012, pp. 27-40. Ringrazio Luigi Lacché per la revisione della mia traduzione.

¹ G. Pelli, *Contro la pena di morte* [composto sul finire del 1760], a cura di Philippe Audegean, Padova, CLEUP, p. 111.

² R. Badinter, *Contro la pena di morte*, Milano, Spirali, 2007 («Prefazione»). Vedere anche il suo libro storico-militante sulle tracce di Beccaria: Id., *L'Abolizione*, Milano, Spirali, 2009. Per il caso francese, il libro narrativo di J.Y. Le Naour, *Histoire de l'abolition de la peine de mort. Deux cents ans de combat*, Paris, Perrin, 2001, «Préface de Robert Badinter».

³ B. Guillaume, *Penser la peine*, Paris, Puf, 2003, pp. 125-129.

linciaggio e della violenza statale motiva durevolmente la pena capitale, nonostante un recente andamento abolizionista tra gli Stati federali⁴. Occasione di errore giudiziario, non preventiva e non dissuasiva, presumibilmente adattata alla gravità del reato di sangue, la pena di morte è attualmente il flagello dei regimi totalitari, degli stati non secolarizzati o autoritari come l'Arabia Saudita, la Cina o l'Iran. Una «giustizia che uccide», secondo Badinter lettore entusiasta di Beccaria e che contravviene ai principi riparatori del liberalismo penale degni del contratto sociale e della società democratica⁵.

Tuttavia, fin dall'Antichità, oltre all'esilio, alla multa e alla detenzione correttiva, la morte come castigo è intimamente legata al diritto di punire monopolizzato dallo Stato⁶. Esso si è rafforzato con l'agostinismo e il tomismo, che alle soglie del Medioevo, hanno tolto il tabù cristiano del «*Non occides!*» contro il nemico irrecuperabile della città di Dio⁷. Diritto regio, secolarizzato davanti ai tribunali penali delle monarchie o repubbliche moderne, la morte penale entrò progressivamente in crisi durante l'Illuminismo. Lo scetticismo moderato fu allora il preludio giuridico, religioso, filosofico e morale dell'ondata abolizionista del XIX secolo a cui Victor Hugo prestò la sua voce generosa, soprattutto nel romanzo naturalista *Le dernier jour d'un condamné* (1829)⁸. Iniziata negli stati liberali e democratici, l'ondata abolizionista ha trasformato l'Europa contemporanea in un Continente per la prima volta libero dalla pena di morte.

Già nel 1576, Jean Bodin definiva i segni della sovranità moderna in uno stato secolarizzato. Giudicare la vita o la morte di un individuo come «ultima risorsa» («*dernier ressort*») è stato e sarà sempre «uno dei principali diritti di sovranità»⁹. Nell'Europa continentale, la nascita dello stato assolutista, di cui Bodin è il grande dottrinario, si basa in particolare sul monopolio che lo Stato

⁴ J.D. Bessler, *Cruel and Unusual. The American Death Penalty and the Founder's Eight Amendment*, Boston, Northeastern University Press, 2012, pp. 222-264; L.P. Masur, *Rites of Execution. Capital Punishment and the Transformation of American Culture, 1776-1865*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 93-116.

⁵ Vedere l'importante « Premessa » di Badinter a Cesare Beccaria, *Des délits et des peines* (traduzione di Maurice Chevalier, Genève, Droz, 1965), Paris, GF Flammarion, 1991, pp. 9-47 (« Présence de Beccaria »). Il libro R. Badinter, *L'esecuzione*, Milano, Spirali, 2008, enuncia le riflessioni abolizioniste dell'avvocato penalista.

⁶ E. Canterella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni della pena di morte nell'antichità classica*, Milano, Rizzoli, 1991; M. Foucault, *Résumé des cours, 1970-1982*, Paris, Julliard, 1989 (« La société punitive », pp. 29-51).

⁷ C. Gauvard, *Condamner à mort au Moyen Âge. Pratique de la peine capitale en France XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Puf, 2018, pp. 107-185.

⁸ J. Picon, I. Violante (sous la direction), *Victor Hugo contre la peine de mort*, «Avant-propos» de Robert Badinter, Paris, textuel, 2001.

⁹ G. Mairet (sous la direction), *Les Six Livres de la République* [1583], Paris, Livre de poche, 1993, p. 167.

esercita sul diritto di punire e la «morte penale»¹⁰. Procuratore fiscale, procuratore del re, procuratore generale: la rinnovata magistratura del pubblico ministero come agente repressivo dello Stato illustra questa trasformazione giuridico-politica del Rinascimento.

Nella monarchia, nel principato e nella repubblica, il pubblico ministero incarna la nuova modernità del diritto penale da cui dipende la nostra cultura giuridica: divieto della vendetta privata, obbligo statale di perseguire il crimine, fine della giustizia compensativa e comunitaria del Medioevo a favore di una giustizia repressiva dello Stato centralizzato, cioè la genesi di una pena che passa dal risarcimento monetario del torto alla sua riparazione supplicatoria ed espiatoria attraverso il corpo del soggetto punito.

Sovranità e morte come castigo

All'alba dei tempi moderni, la trasformazione del sistema penale da parte dello Stato coincide con la trasformazione inquisitoriale legata al diritto canonico (XIII-XVI secolo)¹¹. Istituita per incriminare gli eretici, la procedura inquisitoria fu adottata da tutte le giurisdizioni secolari dell'Europa continentale, sia negli stati cattolici che in quelli riformati. Le tre proprietà della procedura inquisitoria ne assicuravano il successo: documenti scritti, cioè ingresso in una proto-legalità; autorità del giudice istruttore, cioè autonomia dell'indagine penale rispetto alle parti; sistema probatorio naturalistico di interrogazione e perizia, cioè presa di distanza dal sistema probatorio provvidenzialista dell'ordalia medievale¹².

Con il monopolio penale dello Stato e della rivoluzione inquisitoriale che modernizzano i sistemi giudiziari secolari dell'Europa continentale, la morte come punizione divenne l'emblema politico e giuridico dell'"alta giustizia". Campione della giustizia bendata, il boia è l'ultimo ingranaggio della catena penale e retributiva¹³. Pubblicamente, in un corpo a corpo giudiziario, infligge la morte espiatoria sul patibolo per dimostrare che è stata fatta giustizia¹⁴.

¹⁰ J.P. Alline, M. Soula (sous la direction), *La mort pénale. Les enjeux historiques et contemporains de la peine de mort*, Rennes, PUR, 2015, pp. 9-27.

¹¹ G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 65-86.

¹² R. Jacob, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris, Puf, 2014, pp. 17-200.

¹³ A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008; M. Sbriccoli, *La benda della Giustizia: iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in M. Sbriccoli, P. Costa, M. Fioravanti et al., «Ordo iuris»: storia e forme dell'esperienza giuridica, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 41-95.

¹⁴ P. Bastien, *Une histoire de la peine de mort. Bourreaux et supplices 1500-1800*, Paris, Seuil, 2001; R.J. Evans, *Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany 1600-1897*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1996; P. Friedland, *Seeing Justice Done. The Age of Spectacular Capital Punishment in France*, New York-Oxford, Oxford University Press, 2012.

Emblemi del «penale egemonico», le forche e il patibolo illustravano la sovranità assoluta che lo Stato, incarnato nel sovrano, esercitava nella giurisdizione del territorio unificato con la legge scritta¹⁵. Inflitta in nome della sovranità assoluta del re, del principe (Milano) o del magistrato repubblicano (Ginevra, Amsterdam) per proibire la vendetta privata, la morte come punizione fu allora caratterizzata da quella che verrà chiamata «cultura del patibolo», cioè la personificazione della sanzione penale nel corpo dei condannati colpiti d'infamia i cui cadaveri finiscono sul marmo dei chirurghi come «corpi ignobili»¹⁶. Un castigo estremo che può anche essere postumo sui cadaveri dei suicidi trascinati come bestie nelle strade sul graticcio d'infamia¹⁷.

Pena contro un'infinità di delitti atroci (furto, omicidio, reati immorali, «lèse majesté»), supplizio annunciato dal suono della tromba e incarnato nel corpo dell'*Homo criminalis*, espiazione retributiva (male del castigo *versus* male d'infrazione), difesa generale ed esemplarità del supplizio come mezzo di minaccia sociale: tale è la natura composita dello spettacolo del dolore *coram populo*.

Lo scopo del patibolo era quello di affermare che il criminale giudicato e condannato espiasse sulla forca di stato come un ladro pentito davanti al popolo convinto della sua colpa e ipoteticamente adesivo al monopolio statale del diritto di punire, la cui severità rendeva la vendetta inutile e pericolosa. Durante l'Antico regime, sia in forma manoscritta che stampata, le sentenze penali legalizzavano l'economia punitiva della pena capitale come manifestazione dell'alta giustizia statale e come pedagogia del terrore.

Quindi, dal XVI secolo al crepuscolo dell'Illuminismo, la morte pubblica come castigo statale ha caratterizzato uniformemente il diritto di punire in tutta l'Europa continentale, sia cattolica che riformata, imperiale, assolutista, principesca o repubblicana. Ordinato alla porta (Ginevra) o sulla piazza principale della città (Amsterdam, Berlino, Milano, Parigi), l'arsenale della morte penale non è tuttavia uniforme in termini tecnici. Il corpo a corpo del supplizio istituiva ovviamente analogie morali e simboliche con l'atrocità del reato da reprimere (ad esempio: acqua viva o fuoco purificatore per i sodomiti o le streghe, squartamento del regicida che colpiva il corpo del sovrano, impiccagione infame del ladro). Da Parigi a Ginevra via Amsterdam, Berlino, Madrid o Milano, la morte come castigo veniva inflitta pubblicamente in cinque modalità principali. Queste vengono dispienate su una scala penale di gravità

¹⁵ M. Sbriccoli, *Giustizia criminale*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 163-205.

¹⁶ G. Chamayou, *Les corps vils. Expérimenter sur les êtres humains aux XVIII^e et XIX^e siècles*, Paris, La Découverte, 2008, pp. 21-95.

¹⁷ L. Vandekerckhove, *La punition mise à nu. Pénalisation et criminalisation du suicide dans l'Europe médiévale et d'Ancien Régime*, Louvain-la-Neuve, Bruylant Acadamia, pp. 37-58.

decescente per riflettere, oltre la natura e le circostanze dei reati, la morale religiosa e sociale e infine la dottrina della sovranità statale.

La scala penale

In primo luogo, al vertice della scala punitiva, la «pena più rigorosa», cioè lo squartamento o il castigo di «essere trascinato da quattro cavalli» riservato – nel diritto penale dell'assolutismo – al criminale regicida (Clément, Ravailac, Damiens), cioè il reato di *laesae maiestatis* nel primo grado¹⁸. Anche se nel 1975 Michel Foucault afferma che lo squartamento è l'emblema del diritto moderno di punire («il bagliore del tormento») ponendo quello inflitto a Robert Damiens (1757) nella prima pagina di *Surveiller et punir*, questa punizione è diventata anacronistica nel momento stesso della sua ultima applicazione pubblica dopo l'aggressione con il coltello a Luigi XV.

Considerata da Foucault come la norma punitiva del castigo penale, la sua durata, che il filosofo trasforma in una tattica punitiva, deriva dall'inesperienza del boia Sanson, che ha dovuto esumare e esaminare documenti antichi nella cancelleria reale per operare scrupolosamente lo squartamento, che sarà un fallimento sanguinoso a causa di una serie di problemi tecnici, tra cui l'inesperienza dei cavalli¹⁹.

Secondo stadio della scala punitiva: «fuoco vivo» per l'eretico, la strega e lo stregone, l'avvelenatore, il sodomita. Tuttavia, dalla fine dei processi di *maleficium* negli ultimi due decenni del XVII secolo (Francia: *Editto del Re*, luglio 1682), il castigo del fuoco scompare lentamente dalla pratica penale. A volte il cadavere di una persona condannata a morte sulla ruota per sodomia o avvelenamento viene gettato nelle fiamme. La combustione postuma è un ricordo dell'atrocità del crimine. A Toulouse, nel 1762, ingiustamente accusato del parricidio di suo figlio che si è suicidato, gli arti del calvinista Jean Calas vengono spezzati sulla ruota prima che il suo corpo sia gettato sul fuoco²⁰.

Il terzo grado della scala punitiva consisteva nella tortura di «essere spezzati vivi» e poi esposti in agonia sulla ruota allestita nel luogo di punizione, fine al sospiro finale. Conosciuto dagli Antichi, ma dimenticato nel Medioevo, il castigo della ruota fu ripreso dalla legge dell'Impero dopo la *Carolina* del 1532, che legittimava ancora la spada. Adottata in Francia nel 1543, la morte

¹⁸ Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis*, cit.

¹⁹ M. Porret, *A la une de «Surveiller et punir»: l'anachronisme du supplice de Damiens*, in M. Cicchini, M. Porret (sous la direction), *Les sphères du pénal avec Michel Foucault: histoire et sociologie du droit de punir*, Lausanne, Antipodes, 2007 pp. 111-124.

²⁰ M. Porret, *L'aventure affreuse de Calas: crime ou suicide? Antoine Louis mène l'enquête médico-légale*, in J.M. Berlière (sous la direction), *Les grandes affaires criminelles, Du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Perrin, 2020, pp. 59-78.

sulla ruota non era ordinata contro le donne per ragioni di pudore. Si rivolgeva essenzialmente «aux voleurs de grands chemins». Oltre le infrazioni contro la proprietà e le persone, questi ladri commettevano reati notturni o diurni contro la sicurezza delle strade statali. La ruota castigava anche certi assassini condannati per un crimine atroce, cioè omicidio con imboscata o l'avvelenamento. Durante l'Illuminismo, dopo lunghi processi, il bandito parigino Cartouche ed il contrabbandiere dell'Isère Mandrin furono pubblicamente fracassati vivi sulla ruota rispettivamente nel 1721 e nel 1755.

Il quarto livello della scala punitiva era la morte per strangolamento o la «tortura della forca». Noto dal tempo dei Romani (*Furca*, *Strangulatio*), sotto l'*Ancien Régime* questo castigo era riservato ai plebei negli Stati assolutisti mentre sin dal 1720 nella Repubblica di Ginevra viene inflitto a tutti i criminali condannati a morte. Basata su un vero e proprio scontro corpo a corpo tra il boia e il condannato che veniva sollevato in cima a una scala prima di essere lasciato andare nel vuoto per rompergli il collo, l'impiccagione era abituale durante l'Illuminismo per la maggior parte dei criminali di entrambi i sessi condannati a morte. Divenne la forma universale di morte come castigo. Essa si allontanava così gradualmente dalla tortura, una soppressione che la Rivoluzione compirà nel *Code pénal* del 1791.

Il quinto grado della scala punitiva: la morte per decollazione (decapitazione) con la spada e qualche volta completata con l'ascia. Questo castigo era considerato dai penalisti dell'età classica come il «meno rigoroso». A Ginevra, questo castigo scomparve verso la fine del Seicento. Negli Stati monarchici, la decollazione era un privilegio riservato all'aristocrazia per risparmiare loro l'infamia della corda e il contatto fisico con il boia, mentre nei Paesi Bassi repubblicani, in particolare ad Amsterdam, dove il «privilegio della nobiltà» non esisteva, le donne, i borsaioli e gli assassini potevano essere decapitati.

Tuttavia, la storia della decapitazione non si limita all'epoca moderna. Tra il luglio 1789 e il settembre 1791, l'Assemblea Costituente francese stabilì, contro il tradizionale arbitrio, la legalità dei reati e delle pene (*Code pénal*, 1791) abolendo i tormenti dell'Antico Regime, che furono sostituiti dalla semplice privazione della vita, alla quale si aggiunse la pena carceraria. Mantenuta in nome della sovranità assoluta dello Stato rigenerato, la morte come castigo è quella della decollazione per democratizzare il privilegio nobiliare, cioè elevare il plebeo al rango aristocratico. La decapitazione fu sempre inflitta pubblicamente fino al 1939, in modo considerato «indolore», quasi chirurgico, per mezzo della macchina (ghigliottina) modernizzata e fabbricata nel 1792 in nome dell'Illuminismo dai medici filantropi Ignace-Joseph Guillotin e Antoine Louis, e utilizzata a partire dallo stesso anno²¹.

²¹ D. Arasse, *La ghigliottina e l'immaginario del terrore*, Milano, Xenia, 1988; E. Taïeb, *La*

Questo catalogo delle pene capitali illustra la specificità del diritto di punire prima della Rivoluzione: la pedagogia del castigo si basa sulla brutalizzazione espiatoria e corporale dell'*homo criminalis*. Il corpo violato dalla giustizia statale è la misura graduata della severità penale che antepone la punizione e l'eliminazione all'emenda. Il terrore patibolare dovrebbe prevenire il reato. Invariabilmente, le sentenze ripetono la stessa formula: la «pena di morte» naturale «darà paura, terrore ed esempio a tutti gli altri di non cadere in tali [crimini]». Al tempo dell'Illuminismo, questo era il contesto delle pratiche penali che inquadrava il dibattito sulla legittimità o illegittimità della pena capitale, che era applicata in tutta l'Europa continentale, ma in modo decrescente, parzialmente sostituita dai lavori forzati, in particolare nella giurisdizione della Repubblica di Berna.

Gli specialisti del diritto di punire hanno mostrato che dal Rinascimento (monopolio statale del diritto di punire, divieto di vendetta privata) la storia della penalità occidentale è stata una storia di continuo ammorbidimento, di graduale rilassamento, di progressiva moderazione. Sviluppato e indicato prima del 1939 da Norbert Elias per misurare la specificità socio-culturale dell'epoca moderna, il processo di civilizzazione limita progressivamente la violenza interpersonale, rende meno brutali le relazioni sociali, discredita la "vendetta" per contribuire alla costruzione del monopolio statale sulla violenza della guerra e della giustizia. Il processo di civilizzazione distingue anche il diritto di punire. Secondo alcuni storici, il continuo declino dei reati di sangue a favore del crimine appropriativo, contribuì all'allentamento della severità penale, che fu relativamente evidente nel XVIII secolo, in particolare per quanto riguarda la morte come castigo.

Pratica e dottrina

Nonostante la mancanza di una sintesi quantitativa sulla pena capitale nell'Illuminismo europeo, si possono fare alcune considerazioni. Prima di tutto, tre stati europei hanno abolito temporaneamente la pena capitale. Dispotismo illuminato fa rima con moderazione, ma anche abolizionismo. In Russia, sotto il regno di Elisabetta Petrovna, la pena capitale fu sospesa tra il 1741 e il 1762, poi ripristinata da Caterina II. Anche nell'Austria cattolica fu temporaneamente abolita tra il 1781 e il 1787. Nel 1786, nel Granducato di Toscana, laboratorio politico e cameralista dell'Illuminismo, l'abolizione della pena capitale viene aggiunta nella *Leopoldina* all'abrogazione della tortura, della marchiatura a fuoco e della fustigazione²². Per ragioni politiche,

guillotine au secret. Les exécutions publiques en France, Paris, Belin, 2001.

²² L. Tedoli, *La spada e la bilancia. La giustizia penale nell'Europa moderna (secc. XVI-XVIII)*,

gli esperimenti lombardi e austriaci furono brevi. Nell'Impero napoleonico, in Toscana sotto Pietro Leopoldo, la pena capitale fu gradualmente ristabilita dal 1790 (crimini contro lo Stato) e dal 1795 (crimini contro la religione; omicidio, infanticidio, avvelenamento). Lo stesso liberalismo moderato va in rovina in Austria, dove l'imperatore Francesco II ristabilì gradualmente dal 1796 la morte come castigo.

In Francia, prima della Rivoluzione che mantenne la pena capitale, la monarchia di diritto divino non era abolizionista. Oltre alle galere e al bando perpetuo, la morte puniva 115 crimini diversi. La sua applicazione era lasciata all'arbitrio del giudice, che spesso la mitigava con le galere²³.

In Francia la pena di morte segue un declino costante nella maggior parte delle giurisdizioni, in particolare in quelle dei parlamenti di Bretagna, Borgogna, Parigi e nella regione della Provenza. Nel gigantesco territorio del parlamento di Parigi – 40% di quello francese, cioè tra 9 e 10 milioni di abitanti verso la fine del Settecento – i magistrati hanno emesso 45 sentenze a morte sugli 800 imputati condannati annualmente. Se generalizziamo a partire da queste cifre, possiamo stimare che tra il 1750 e il 1789, in Francia, furono giustiziate tra 150 e 160 persone ogni anno, cioè un condannato a morte ogni 60 ore.

Le sentenze emesse dai magistrati del Parlamento di Rennes confermano il lento declino dell'uso della morte come punizione²⁴. Tra il 1720 e il 1739, le condanne a morte rappresentavano il 20% delle sentenze emesse. Sono diminuite costantemente fino alla fine del secolo, dove giungono a meno del 5-6% delle sentenze eseguite. Insomma, come mostrano anche i casi di Neuchâtel, di Ginevra (13 esecuzioni tra il 1755 e il 1790) e dei Paesi Bassi, la situazione generale durante l'Illuminismo fu quella di un declino progressivo della pena capitale seppure con il suo mantenimento per i delitti qualificati da «circostanze atroci»: avvelenamento, crimini di sangue in famiglia (parricidio), stupro di bambini, furto altamente qualificato (notte, furto domestico, uso di armi). Ciò che difficilmente cambia nel contesto del «mantenere ma moderare» è sempre l'ideologia o motivazione penale dell'intimidazione sociale, dell'esemplarità individuale e della prevenzione generale dei reati.

Dagli anni 1760-1770, in questo contesto di conservazione ma di moderazione della morte come castigo, l'Europa dei Lumi conosce un vivace dibattito filosofico sul diritto di punire e la legittimità della pena capitale. Da

Roma, Carocci, 2008, p. 155.

²³ A. Zysberg, *Les galériens. Vies et destins de 60 000 forçats sur les galères de France 1680-1748*, Paris, Seuil, 1987, pp. 10-39.

²⁴ M.Y. Crépin, *La peine de mort au parlement de Bretagne au XVIII^e siècle*, in *Les Parlements de province : Pouvoirs, justice et société du XV^e au XVII^e siècle*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 1996, pp. 341-353.

Montesquieu ai Costituenti del 1789-1791 (in particolare il giurista e membro dell'Assemblea Costituente Adrien Duport di cui il discorso beccariano del 31 maggio 1791 denunciò l'inutilità e il pericolo della pena di morte²⁵), passando per Voltaire, Cesare Beccaria, Joseph Michel Antoine Servan e Gabriel Seigneux de Correvon in Svizzera, la riforma – come sintetizza l'abolizionista Jacques-Pierre Brissot morto sulla ghigliottina del Terrore²⁶ –, determina le condizioni sociali e giuridiche per modernizzare, legalizzare e moderare le pratiche penali nel quadro assolutista o repubblicano.

Secolarizzazione del contenzioso penale affinché la sfera religiosa non invada più la sfera giudiziaria legittimando infiniti supplizi, codificazione dei reati e delle pene per frenare l'arbitrio dei magistrati e garantire la certezza del diritto, abolizione della tortura giudiziaria affinché la verità giudiziaria non dipenda più dalla resistenza fisica di un imputato, individualizzazione della pena proporzionata alla natura del crimine affinché un ladro non sia più punito come un assassino, fine dell'infamia che porta alla recidiva, abolizione delle punizioni corporali e della tortura contrarie alla dignità umana, diritto di difesa (ecc.): rimproverando qualsiasi regime politico non moderato e arbitrario perché senza legalità il riformismo penale propone diverse rotture con la dottrina e gli usi della penalità tradizionale. Questi sono spesso modernizzati, liberalizzati e moderati in anticipo o contemporaneamente al riformismo più radicale.

Dopo il 1760, tra giusnaturalismo e umanesimo, nell'orizzonte di attesa del liberalismo penale, l'illuminismo giuridico amalgama dottrina e pratica che molto spesso generano, rendono possibile o anticipano il riformismo del diritto di punire²⁷. Inserito in quell'orizzonte illuministico, ostile a ogni diritto penale non secolarizzato che distrugge il corpo dell'*homo criminalis*, ritenendo che la punizione sia meno una sanzione morale che politica, abolizionista della tortura come prova e soprattutto della pena capitale per i crimini comuni, a favore delle opere pubbliche per emendare e riabilitare, antepo- nendo la prevenzione alla repressione del crimine qualificato come reato sociale, e sostenendo la legalità contro l'arbitrio, Cesare Beccaria non inventa la modernità del diritto di punire. Ispirandosi al liberalismo moderato di Montesquieu, al sensualismo lockiano e al contrattualismo di Rousseau, tuttavia

²⁵ F. Furet, R. Halévy (a cura di), *Orateurs de la Révolution française*, I. *Les Constituants*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1989, pp. 1291-1295, note sostanziali sul discorso abolizionista di Adrien Duport (31 maggio 1791).

²⁶ G. Cavallaro, *J.P. Brissot criminalista al tramonto dell'ancien régime*, Ferrara, Editrice Universitaria, 1981, pp. 15-180.

²⁷ M.R. Di Simone, *Le riforme del settecento*, in A. Dani, M. Di Simone, G. Diurni, M. Fioravanti, M. Semeraro, *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione* (Lezioni raccolte da M.R. Di Simone), Torino, G. Giappichelli, 2010, pp. 53-73.

indicò risolutivamente ciò che la sua epoca si aspettava per rinnovare lo Stato di giustizia e edificare la civiltà giusta dei Lumi²⁸.

Nella *Die Metaphysik der Sitten* (*La Metafisica della morale*, 1796-97), ironizzando sull'umanità insincera e sui sofismi di Beccaria che non sa interpretare il diritto, Kant approva le pratiche retributive nella penalità del suo tempo come cauzioni egualitarie degli obblighi giuridici tra soggetto e sovrano legittimo. Secondo il filosofo tedesco, la «legge penale è un imperativo categorico». Di conseguenza, per l'uguaglianza di tutti davanti alla giustizia umana, il «diritto di punire è il diritto del sovrano di infliggere sofferenze alla persona che gli è soggetta a causa del suo crimine». In nome dello Stato, vero «*ius talonis* [...] alla sbarra della corte» il castigo penoso culminerà nella morte naturale in qualità di punizione pubblica di chi ha ucciso, in proporzione alla sua «*intima malignità*», ma anche del ribelle politico: «Se il criminale ha commesso un omicidio, deve morire. Non c'è misura comune tra una vita, per quanto dolorosa possa essere, e la morte, e di conseguenza nessuna uguaglianza di crimine e di riparazione, se non con l'esecuzione legale del colpevole»²⁹.

La soppressione della vita come condanna statale è ambigua nel riformismo illuministico. Si potrebbe evocare il consenso dottrinale del suo mantenimento istituzionale, temperato dalla sua moderazione pratica. Mantenere ma moderare la morte come pena per intimidire gli individui irredimibili: dall'alba al tramonto dell'Illuminismo, tale è l'idea formulata, in modo più o meno esplicito, dai dottrinari del diritto penale, dai filosofi e anche da certi letterati che appoggiano la causa riformista del diritto di punire.

Giuristi e magistrati

François Lange alla fine del XVII secolo, Antoine Bruneau nel 1716, Guy du Rousseau de la Combe negli anni 1740, Daniel Jousse dal 1753 al 1777, Pierre-François Muyart de Vouglans dal 1757 al 1780, François Serpillon nel 1767: i grandi dottrinari francesi – avvocati, giudici, magistrati³⁰ – che commentano la dottrina e la pratica secondo l'*Ordonnance criminelle* de Saint-Germain-en-Laye (26 août 1670³¹), ammettono tutti la legittimità della pena

²⁸ M. Porret, *Beccaria. Il diritto di punire*, Bologna, il Mulino, 2013.

²⁹ I. Kant, *Du droit de la punition et de la grâce*, in A. Renaut (sous la direction), *Métaphysique des Mœurs* (II), « Doctrine du droit », II, 49, note E (331), Paris, Flammarion, 1994, pp. 151-160.

³⁰ P. Arabeyre, J.L. Halpérin, J. Krynen (sous la direction), *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, Puf, 2007. Sul liberalismo dei magistrati regi in Francia, vedere l'indagine equilibrata di J.A. Carey, *Judicial Reform in France before the Revolution of 1789*, Cambridge (MSS), London, Harvard University Press, 1981.

³¹ Y. Jeanclos, *La législation pénale de la France du XVI^e au XIX^e siècle*, Paris, Puf (Que sais-je ?), pp. 22-43.

capitale che rimane il segno assoluto della sovranità del re ma anche – idealmente – la barriera dissuasiva contro i reati dei malvagi.

Nel 1780, il più conservatore dei dottrinari francesi, avvocato del Parlamento di Parigi, apologeta e oppositore dei filosofi, Pierre-François Muyart de Vouglans condannò la vulgata penale del suo tempo, rifiutando la moderazione di Montesquieu, il contratto sociale di Rousseau e il lassismo beccariano³². In un tomismo rinnovato, egli considera che l'«ultima punizione» (pena capitale, morte naturale), sempre regolata dalla legge del sovrano, è sempre legittima per «sterminare i malvagi», per frenare la recidiva, per servire da esempio dissuadendo «gli altri dal fare il male», per rinforzare la disciplina pubblica e soprattutto per purgare il corpo sociale e impedire il contagio del male sociale che discende dal peccato originale³³.

Convalidando la filosofia retributiva della punizione espiatoria, Muyart de Vouglans ritiene che la morte penale dipende arbitrariamente dalla «prudenza» dei giudici (p. 52a, 54b) per sanzionare il crimine perfettamente provato. Questo castigo è definitivamente inevitabile quando l'«esperienza» dimostra che le punizioni corporali meno severe sono inefficaci per «arrestare il progresso del crimine» (p. 55a). Eliminazione edificante degli «incorreggibili» (a partire dal XIX secolo, sono chiamati «asociali») e deterrenza dei «crimini atroci» («pericolosità» secondo i penalisti positivisti): questa posizione, ampiamente in linea con quella della magistratura in materia di sicurezza, è talvolta radicalizzata da quello che si potrebbe chiamare un «neo-provvidenzialismo» giudiziario, che stupisce al tempo dell'Illuminismo.

Nel 1771, Daniel Jousse, allievo dell'eminente civilista giusnaturalista Robert-Joseph Pothier, ma anche inquisitore di giustizia presso lo Châtelet d'Orléans, pubblicò i quattro volumi in-4° di una delle più complete sintesi del diritto penale classico: *Traité de la justice criminelle de France* [...], una copia della quale si trovava nella biblioteca di Robespierre³⁴. Ostile al permissivismo beccariano, ma comunque impregnato di liberalismo penale, Jousse legittima la pena capitale come mezzo di intimidazione sociale in termini simili a quelli usati da Muyart de Vouglans. La legittimità del castigo ultimo non è limitata dal terribile caso di errore giudiziario. Infatti, se un individuo viene giustiziato per errore, egli «subisce tuttavia legittimamente la pena di morte meritata

³² M. Porret, *Les "Lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence": Muyart de Vouglans versus Montesquieu*. Seguito da: P.F. Muyart de Vouglans, *Lettre sur le système de l'auteur de L'Esprit des Lois touchant la modération des peines*, «Revue Montesquieu», 1, 1997 (1998), pp. 65-95.

³³ P. Muyart de Vouglans, *Les Lois criminelles dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, pp. 52 (b), 53 (b)-54 (a). Esiste una versione abbreviata italiana: *Le leggi criminali nel loro ordine naturale*, 4 vol., Milano, Tipografia Bugginelli, 1813.

³⁴ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, 4 vol. Paris, Debure Père, 1771. Si veda C. Leveux-Teixeira (sous la direction), *Daniel Jousse: un juriste au temps des Lumières, 1704-1781*, Limoges, PUL, 2007.

altrove in quanto colpevole di altri crimini per i quali la giustizia divina li porta per un'altra via alla punizione che meritano», e questo per «umiliare» i giudici e convincerli della «debolezza dello spirito umano»³⁵.

Se al tempo dell'*Encyclopédie* Diderot e d'Alembert, i dottrinari rimanevano unanimemente legati alla monarchia di diritto divino e alla legittimità intimidatrice ed eliminativa della morte come castigo, certi filosofi – talvolta accusati in quanto lassisti, atei, troppo umani o perfino repubblicani – non erano innovativi riguardo a quella pena. All'ombra del *Léviathan* protettore di tutti, al quale Hobbes affida la spada per intimidire gli uomini che violano il contratto sociale, la discussione sulla morte come punizione critica raramente la sua legittimità politica giuridica, come dimostrano Montesquieu e Rousseau.

Secondo Montesquieu, il cui liberalismo penale s'esprime per la prima volta in alcune delle *Lettres persanes* (1721), «merita un cittadino la morte, allorchè ha violata a segno la sicurezza, che ha tolta la vita, o ha tentato di toglierla. Si fatta pena di morte è come il rimedio della società inferma»³⁶. Sostenendo ovunque la moderazione e la secolarizzazione del diritto di punire per controbilanciare la sovranità assoluta del monarca, Montesquieu aderisce tuttavia alla tradizione platonica della punizione in qualità di terapia sociale.

Per Rousseau nel *Contratto sociale* (1762, II, v), il «diritto alla vita e alla morte» è inseparabile dal potere assoluto del sovrano, che è limitato solo dalla legge formulata secondo la volontà generale. Il «trattato sociale» mira alla conservazione delle «parti contraenti», legittima così l'eliminazione definitiva del suo violatore. Infatti, «ogni malfattore che attacca la legge sociale diventa con i suoi crimini un ribelle e un traditore della patria, cessa di esserne membro violando le sue leggi, e le fa persino la guerra». Come conseguenza di questo stato di guerra nello stato sociale, la «conservazione dello Stato» è «incompatibile» con quella dell'imputato, che deve perire una volta condannato. Il processo dimostrerà che il colpevole «non è più un membro dello Stato». Ne sarà tagliato fuori con l'«esilio come violatore del patto, o con la morte come nemico pubblico». La legge della guerra che legittima l'uccisione dei vinti si applica perfettamente al nemico sociale. Anche se la smisurata severità penale indica la «debolezza del governo», mentre ogni individuo colpevole di un crimine può essere reso «buono per qualcosa», la pena di morte rimane il diritto naturale di ogni società che voglia sopprimere il nemico che minaccia i suoi principi, cioè quello che «non può essere tenuto senza pericolo». Come scudo del patto sociale contro la violenza legata allo stato di natura, come profilassi

³⁵ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, « Préface », « De l'origine et de la nécessité des peines et des formes judiciaires », cit., pp. XXXIX-XL.

³⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, XII, iv, v. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, Venezia, Per Francesco Andreola, 1821, volume secondo, XII, iv, p. 15.

secolarizzata del nemico incurabile, come limite fatale tra lo stato sociale pacificato e lo stato di natura bellicoso, la morte come castigo per Rousseau è una sanzione politica che protegge la popolazione nella città delle leggi.

Nella seconda metà del XVIII secolo, si potrebbero moltiplicare gli esempi che illustrano il consenso a favore della morte come pena su cui Voltaire talvolta esita, a parte i casi del patriarca protestante Calas o dell'irriverente Chevalier de la Barre, entrambi ferocemente giustiziati nel clima di fanatismo generale³⁷. Tra gli intellettuali più noti dopo il 1750 per il loro illuminismo giuridico, Cesare Beccaria, Condorcet, Jeremy Bentham e Giuseppe Compagnoni (che sognò nel 1797 di includere nel suo progetto di «costituzione democratica» il diritto imprescrittibile alla vita garantito dallo Stato ad ogni persona perseguibile³⁸) rifiutarono parzialmente o completamente la pena capitale, che alcuni magistrati illuminati speravano di moderare o abolire, seguendo negli anni 1760-1770 gli esempi del procuratore generale ginevrino Jean-Robert Tronchin o l'avvocato nel parlamento di Besançon Philipon de la Madeleine nel suo famoso *Discours sur la nécessité et les moyens de supprimer les peines capitales* (15 dicembre, 1770)³⁹.

Sottolineando che la pena di morte non è e non sarà mai un diritto, l'abolizionismo definitivo di Cesare Beccaria è rivolto principalmente ai crimini comuni più che a quelli che minaccerebbero o rovescerebbero lo Stato. Jeremy Bentham, che ha ideato il *Panopticon* (1791), un'utopia architettonica per la riforma materiale e morale delle istituzioni penali e degli incarcerati⁴⁰, fa eco al liberalismo di Beccaria quando rifiuta la legittimità della pena di morte.

Bentham: il male del castigo

Tra il 1790 e il 1800, dopo Montesquieu, Cesare Beccaria e William Blackstone, alla luce del diritto comune ma in favore della legalità, Bentham ripensa la tradizione classica del diritto di punire. Nella *Théorie des peines et des récompenses* (1818), pubblicata in francese dal pastore liberale ginevrino Etienne Dumont, Bentham scrive: «La pena capitale si divide in due specie, la morte semplice e quella afflittiva: chiamo semplice quella che

³⁷ M. Porret, *Voltaire justicier*, «Cahiers Voltaire», 8, 2009, pp. 7-28.

³⁸ G. Compagnoni, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia principi di giuspubblico universale*, Venezia, 1797 (Anno primo della Libertà Italiana), VI, «Esame di un dubbio importante sul diritto di vita e di morte», pp. 99-122 (Firenze, Centro Editoriale Toscano, 1987, introduzione di Salvo Mastellone).

³⁹ M. Porret, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au temps des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Droz, 1995, indice generale, «Jean-Robert Tronchin», p. 554; R. Humbert, *Institutions et gens de finances en Franche-Comté, 1674-1790*, «Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté», 1996, p. 408.

⁴⁰ J. Bentham, *Le Panoptique*, Paris, Belfond, 1977.

non è accompagnata da nessuna pena oltre a quella necessaria per realizzarla; afflittiva, quella che è accompagnata da altre pene»⁴¹.

Con questa tipologia binaria, senza filantropismo, Bentham contrappone la pena capitale alla morte come punizione («morte legale») inflitta senza la volontà di produrre sofferenza. Favorevole alla «completa abolizione» della pena capitale e all'istituzione della «reclusione perpetua e laboriosa» come una punizione universale di cui l'esemplarità, l'efficacia e l'utilità oltrepassano la morte legale, Bentham incarna la sensibilità illuminista e beccariana di moderazione e di prudenza nel diritto di punire.

Il padre dell'utilitarismo evoca le «qualità penali che mancano alla pena di morte». La morte come punizione è assimilabile al crimine di omicidio; può quindi essere «popolare»; è efficace nel distruggere il «potere di nuocere»; è esemplare solo nel fatto che produce una passeggera «impressione più viva di tutte le altre punizioni». Il rovescio della medaglia: la morte come punizione non è «convertibile».

Il castigo capitale produce una perdita sociale nel «numero di uomini» che costituisce l'unica ricchezza nazionale come Smith ha dimostrato. La pena capitale è socialmente ineguale nella sua «operazione preventiva»: intimidisce solo gli individui raffinati e non i «ladri» e i «briganti professionisti» che la considerano come un sinistro professionale, allo stesso modo in cui i marinai o i soldati temono il naufragio o il colpo di cannone. L'«infamia del loro stato», nota Bentham, «li rende insensibili all'infamia della tortura».

Non «*rémissible*», la pena di morte permette l'errore giudiziario irreparabile. Il supplizio, tormento del liberalismo penale, è lo strumento per il dispotismo e la tirannia politica. Distrugge le prove testimoniali del reo che risiedono nella «memoria dei criminali». Idealmente, grazie all'Illuminismo del secolo, la forza non è più «popolare», e «lo diventa meno di giorno in giorno, man mano che le menti si illuminano e i costumi si addolciscono».

Ci sono pochi argomenti morali, ma un utilitarismo giuridico ben forgiato, moderno, senza metafisica, che dimostra che Bentham è un abolizionista nel momento stesso in cui i legislatori dell'Assemblea Costituente legalizzano la pena capitale nel codice penale del 1791 staccandola dal regime del supplizio e perpetuando la sua modalità di esecuzione pubblica, in totale continuità con l'Antico Regime nell'idea del suo legame con la sovranità statale.

Se, aggiunto ai pochi discorsi abolizionisti dopo Beccaria, il testo di Bentham è abolizionista, esso possiede anche un altro interesse. In effetti, indica la crisi del regime del supplizio che Michel Foucault ha sottovalutato nel 1975 in *Surveiller et punir* ignorando l'anacronismo dello squartamento

⁴¹ *Théorie des peines et des récompenses*. Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais par Et. Dumont, Paris, Londres, Bossange et Masson, 1818, 2 vol., I, II, xiii, « Des peine capitales », pp. 269-282.

del regicidio Damiens, abominevole punizione pubblica che rivolta l'opinione pubblica dell'illuminismo⁴². Bentham evoca la lenta erosione penale dei «supplizi afflittivi». Secondo lui, la storia del diritto di punire implica un graduale ammorbidimento che va dalla scomparsa della crocifissione a quella dello squartamento o della ruota:

Per esaurire l'argomento, sarebbe necessario passare in rivista i registri criminali di tutte le nazioni; ma quale scoperta utile all'umanità potremmo sperare da una tale ricerca, capace di compensare il suo disgusto? Rinunciamo a questo studio e a queste descrizioni, tanto più volentieri in quanto tutte le pene afflittive sono scomparse dai codici più recenti d'Europa, e poiché, dove non sono state formalmente abolite, non vengono più eseguite. Godiamo di questo felice effetto del progresso dell'illuminismo: ci sono poche occasioni in cui la filosofia può offrire ai governi felicitazioni più giuste e onorevoli⁴³.

Intuitivamente, mostrando che l'utilità migliora la pratica del diritto di punire, che essa aderisce empiricamente alla morale, che riecheggia una nuova sensibilità degli uomini, Bentham afferma ciò che gli archivi della pratica penale dimostrano ovunque. Dopo il 1750, il tempo dell'Illuminismo è quello della crisi nell'economia del tormento, del crepuscolo della pena capitale e dell'emergere di una emotività sociale ostile al "dolore come castigo". In questo modo Bentham formula l'essenza del liberalismo penale che fa entrare in crisi il diritto di punire tradizionale.

La durata del supplizio che violenta il corpo del soggetto punito deve ripugnare al pubblico assiepato davanti alla forca più che moralizzarlo. Da allora in poi, la «pietà segue, il cuore si rivolta, il grido dell'umanità ferita si fa sentire. [...] Queste esecuzioni sanguinose e le storie spaventose che si diffondono su di esse sono il vero principio di questa sorda empatia che si forma contro le leggi e il loro ministro [...]»⁴⁴. Nel momento della riforma penale, per ragioni di sensibilità sociale e di utilità penale, Bentham scredita l'economia del supplizio a causa del suo anacronismo e della sua natura tirannica. Egli rivendica il liberalismo dell'Illuminismo che Voltaire dopo Beccaria ha riassunto nella celebre formula: «Un impiccato è inutile».

Con la sua sensibilità utilitaristica, Bentham squalifica la «punizione afflittiva» [quel] «cerchio in cui è rinchiuso il *male della punizione*»⁴⁵. Tra la punizione della frusta e il marchio del ferro rovente, il castigo corporale degrada la condizione umana perché le «mutilazioni» non riparabili contraddicono l'«economia» del lavoro fisico come principio sostanziale della vita sociale:

⁴² M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 2014, prime pagine.

⁴³ *Théorie des peines et des récompenses*, cit., p. 271.

⁴⁴ Ivi, pp. 274, 275.

⁴⁵ Ivi, p. 120.

A parte la sofferenza organica, le punizioni che colpiscono l'esterno della persona producono i loro effetti svantaggiosi: fisicamente, l'individuo può diventare un oggetto di disgusto; moralmente, può diventare un oggetto di disprezzo: in due parole, il risultato può essere la perdita della bellezza o della reputazione⁴⁶.

Durante l'Illuminismo, la filosofia del rispetto umano ha generato un'antropologia ostile alla sofferenza dell'essere umano. Questa tradizione di compassione altruista si radica nel *Treatise of Human Nature* (1739-1740) di David Hume. Secondo il filosofo scozzese, la compassione, che condanna la sventura, la miseria e la sofferenza morale o fisica, articola una «filosofia naturale della vita quotidiana» che deve essere contenuta dalla dignità. Il risultato è la compassione per l'individuo degradato dalla malattia ma anche dalla punizione smisurata. Quest'etica della compassione culmina in *The Theory of Moral Sentiments* (1759) di Adam Smith che legge Rousseau.

Secondo Bentham, l'emozione altruista scredita la pena capitale perché tutte le torture degradano la persona che le subisce attraverso la sofferenza. Durante l'Illuminismo, coloro che ne furono testimoni indignati, trovarono intollerabile i supplizi inscenati dai tribunali. In *Les Nuits de Paris*, libertino e letterato, Rétif de la Bretonne illustra la sensibilità della compassione illuministica ostile moralmente al castigo corporale e letale:

Rincasò dalla rue Saint-Antoine e dalla Grève. Tre assassini erano stati battuti il giorno prima: non credevo che avrei avuto questo orribile spettacolo, che non avevo mai osato contemplare. Ma mentre attraversavo, ho intravisto un uomo sfortunato, pallido, mezzo morto, sofferente per i dolori della domanda fatta venti ore prima, che scendeva dall'Hôtel de Ville, sostenuto dal boia e dal confessore. [...] Ho visto uno spettacolo orribile, anche se la tortura era attenuata. Lo sfortunato aveva rivelato i suoi complici. È stato strangolato prima del pestaggio. Un laccio emostatico posto sotto l'impalcatura ha stretto una corda passata sul collo del paziente, che è stato soffocato. Per molto tempo il confessore e il boia tastarono il suo cuore, per sentire se l'arteria batteva ancora, e gli orribili colpi non vennero dati finché non batteva più... Me ne andai con i capelli rizzati dall'orrore⁴⁷.

«Mantenere ma moderare»: dagli anni 1750, il calo del ricorso alla pena capitale legato alla critica morale e giuridica dimostra che nel secolo dei Lumi la vita umana, anche quella dell'*homo criminalis*, assume un nuovo valore sociale. Secondo Montesquieu nel 1748, il regime politico determina la natura del diritto di punire: la moderazione della sovranità è la vera forza della spada nel campo penale⁴⁸. Liberali utilitaristi e compassionevoli, i fondamenti della moderazione penale rinforzati da una legge conforme alla morale altruista

⁴⁶ Ivi, p. 121.

⁴⁷ N. Rétif de la Bretonne, *Les Nuits de Paris* (1788), a cura di Jean Varloot e Michel Delon, Paris, 1987, « Dixième nuit : le rompu », pp. 56-57 (il nostro corsivo).

⁴⁸ D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016, cap. VII.

dell'Illuminismo, immagineranno la prigione come una pena correttiva e un modo di reintegrazione sociale.

Nel 1760, Jean-Robert Tronchin, illuminato procuratore generale della Repubblica di Ginevra, grande lettore di Montesquieu, piuttosto sfavorevole alla pena di morte, all'infamia e ai castighi corporali che degradano gli individui senza correggerli, incarnava quel liberalismo penale. La pena capitale non è adatta ai regimi politici moderati come la repubblica. Se essa è «necessaria *forse* in una monarchia, in una città immensa, presso una nazione vivace e suscettibile di forti impressioni», è «eccessiva in una città molto limitata, dove gli individui privati, continuamente sotto gli occhi dei magistrati, possono essere facilmente controllati»⁴⁹. Per Tronchin, sempre sulla soglia dell'equità, occorre mantenere teoricamente la pena capitale nel diritto di punire, ma senza applicarla. Tra Montesquieu, Tronchin, Beccaria e Bentham, la storia culturale dell'illuminismo penale si può scrivere intrecciando le pratiche e le idee del diritto di punire, tra archivio giudiziario, leggi e libri stampati.

⁴⁹ Archivio dello Stato di Ginevra [AEG], P.C. [processo criminale] 10832, «Excès scandaleux» [eccessi oltraggiosi], Conclusions du procureur général [atto d'accusa del procuratore generale].

