

IL VALORE DELLA VITA NEL CODICE PENALE UNIVERSALE AUSTRIACO DAL CONCEPIMENTO ALLA PENA DI MORTE. CONSIDERAZIONI E CONFRONTI

Nello scritto che segue cercheremo di considerare alcuni concetti fondamentali riguardanti la vita nel Codice Penale Universale Austriaco (CPUA), facendo un paragone anche col Codice Penale Italiano (CPI): il confronto si prospetta interessante per le tradizioni diverse a cui i due codici si ispirano e per i tempi diversi in cui sono stati redatti¹. Su alcuni problemi fondamentali si accennerà anche alla posizione attuale della Chiesa cattolica. Verranno inoltre citati alcuni casi di applicazione pratica del Codice Austriaco, come risultanti da atti processuali del *Tribunale provinciale di Vicenza* nel periodo 1830-1852, raccolti da Claudio Povolo².

Ci occuperemo quindi brevemente di situazioni in cui la vita è in grave pericolo o è perduta del tutto: aborto, infanticidio, esposizione di un infante, duello, omicidio, uccisione per legittima difesa, suicidio, pena di morte.

Aborto

Nel CPUA, ancorché ciò non sia esplicitamente dichiarato, la vita inizia dal concepimento, e quindi l'aborto volontario o procurato è un attentato alla vita. All'aborto è dedicato il Capo XVII consistente nei §§ 128-132. L'aborto è quindi collocato tra il capo riguardante l'omicidio e quello riguardante l'esposizione di un infante. Il § 128 dichiara delitto l'aborto, senza nessuna distinzione riguardante il numero di giorni trascorsi dal concepimento o l'età della donna. L'aborto "attentato ma non eseguito" è punito con il carcere tra 6 mesi e un anno, mentre se è stato consumato la pena è del carcere duro da uno a cinque anni. Chi cagiona l'aborto contro la volontà della donna è punito col carcere duro tra uno e cinque anni, e se c'è stato pericolo di vita per la donna, tra cinque e dieci anni.

In Italia dopo l'unità il delitto di aborto era inserito nei reati contro la persona. Il CPI del 1930 lo aveva inserito in un nuovo Titolo, il X, intitolato: "Dei delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe", che prevedeva, agli artt. 545-555, pene severe per i reati di aborto sotto qualsiasi forma, di propaganda anticoncezionale e di atti diretti a rendere non fecondi uomo o donna. Si sovrapponeva il principio della tutela della vita a quello del numero come potenza nazionale. L'intero titolo è stato abrogato dalla L. 22 maggio 1978, n. 194 che ha titolo "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza". In questo caso come in altri è usato il termine "interruzione (volontaria) della gravidanza"; il termine "aborto" compare in un punto solo della legge, all'art. 1, terzo comma, dove si dice che non deve diventare un mezzo per la regolazione delle nascite. All'art. 14, primo comma, è usata l'espressione "procedimenti abortivi"; nel resto della legislazione il termine manca totalmente, quasi fosse esorcizzato.³

¹ Dal punto di vista dell'organizzazione dei due codici, possiamo notare che solitamente il CPUA in un paragrafo definisce il delitto e in un altro (spesso il successivo) stabilisce la pena, mentre il CPI spesso non definisce il delitto ma si affida al significato usuale del termine, e tratta reato e pena all'interno dello stesso articolo.

² Nel corso di questo scritto: CPI = Codice Penale Italiano (in vigore dal 1° luglio 1931, aggiornato al 15 aprile 2004); CPUA = Codice Penale Universale Austriaco (1803, entrato in vigore nel Lombardo-Veneto il 1 gennaio 1816); CCC = Catechismo della Chiesa Cattolica. Per il CPI il riferimento è all'edizione a cura di G. Ferrari, Hoepli, 2004; per il CPUA il riferimento è alla ristampa anastatica, con scritti di autori vari, raccolti da S. Vinciguerra, CEDAM, 1997. Per il CCC il riferimento in capoversi (cpv.) è al testo italiano dell'edizione del 1999, Libreria Editrice Vaticana. Con P indicheremo l'opera: C. Povolo, *La discrezionalità del giudice*, Storia del Diritto e delle Istituzioni Giuridiche dal Medio Evo all'età contemporanea", a.a. 2004-2005.

³ La legge sopradetta ha resistito nel 1981 a due referendum contemporanei di segno opposto, l'uno promosso dal Movimento per la Vita, che tendeva a rendere più restrittive le condizioni per abortire, l'altro promosso dal Partito Radicale che tendeva alla completa libertà di aborto. La vittoria del "no" in entrambi i referendum ha fatto sì che la legge sia rimasta in vigore senza modifiche fino ad oggi.

L'interruzione della gravidanza è soggetta a certe regole, che però in parte sono di applicabilità estremamente larga. Ci sono due distinzioni diverse: a seconda che la donna sia sotto o sopra i 18 anni, e a seconda che il feto abbia raggiunto oppure no il 90° giorno.

Per la gestante maggiorenne di fatto prima del 90° giorno l'aborto è "quasi" libero, perché la richiesta della donna può essere motivata, oltre che da cause fisiche e psichiche, anche semplicemente "dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante" o "dalle circostanze in cui è avvenuto il concepimento"⁴. In questi ultimi due casi, che non si basano su esami clinici, la verifica della situazione è affidata ad un consultorio o al medico di famiglia, che, dopo aver esposto tutti i supporti sociali a tutela della gravidanza e della maternità, esamina la situazione con la gestante ed eventualmente con chi è indicato come padre del concepito. Terminato questo esame, viene rilasciato un certificato di avvenuta consultazione, con il quale, dopo sette giorni di ripensamento se il caso non è urgente, la gestante può rivolgersi ad un centro per l'interruzione della gravidanza. Il padre del concepito, o quello indicato come tale, rimane totalmente estraneo al processo decisionale. È la donna che può consentire o negare la partecipazione dell'uomo ai contatti con le strutture sanitarie, ed è la donna l'unica ad effettuare la scelta definitiva e a portarne la responsabilità anche psicologica.

Chi, medico o altra persona, pratica l'interruzione della gravidanza senza osservare le regole sopradette è punito con la reclusione da uno a tre anni. La donna è punita con una multa di 51 € tale reato è escluso dalla depenalizzazione, ai sensi della L. 24 nov. 1981, n. 689, art. 34, lett. b).

Dopo il 90° giorno l'interruzione è consentita soltanto nel caso di grave pericolo di vita della donna o nel caso di situazioni patologiche del nascituro che determinino un grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna. Se l'interruzione della gravidanza avviene dopo il 90° giorno senza che ricorrano questi motivi, la donna viene punita con l'arresto fino a 6 mesi, mentre chi lo procura è punito con la reclusione da uno a quattro anni. L'aborto nei casi consentiti ha avuto spesso la dizione popolare di "aborto terapeutico", che tuttavia non compare mai nella legge.

Chi procura l'aborto senza il consenso della donna è punito con la reclusione da quattro a otto anni.

La minore di anni 18, così come la donna interdetta, non è mai punibile.

Come si vede non c'è nessuna difesa o considerazione del feto in quanto potenziale essere umano.

Il CPUA è più severo con la donna e meno con chi la aiuta. Infatti confrontando i due codici la donna appare assai maggiormente colpevolizzata in quello austriaco: la donna *deve* essere madre a qualunque costo per lei, fisico o psichico, e qualunque sia la conformazione del bambino. Il CPUA è ancora ancorato a una concezione cattolica della vita: la vita inizia con il concepimento, non c'è differenza tra embrione e feto formato, la prole viene al primo posto rispetto alla salute della madre. Se tanti elementi erano ancora sconosciuti, come la possibilità di malformazione grave del feto, tuttavia il problema della salute della madre si poneva anche allora, e il diritto della donna alla propria salute non era affatto tutelato in questo caso. Non esistendo la possibilità di aborto terapeutico e quindi di scelta, il padre del concepito non è menzionato nel CPUA; l'aborto è un delitto la cui effettuazione è addossata solo alla donna e a chi eventualmente la aiuta.

Il CPI, oltre a prevedere i casi in cui l'interruzione volontaria della gravidanza non è un delitto, è molto più blando anche nel caso in cui tale interruzione è un reato. Va anche ricordato che la legislazione sull'aborto in Italia ha fortemente risentito del forte incremento delle nascite negli anni

⁴ Ricade in questa dizione il concepimento avvenuto in caso di stupro.

Cinquanta del XX secolo, e la conseguente politica di pianificazione familiare e di paternità e maternità coscienti; pur essendo insistito che l'aborto non è un metodo di limitazione delle nascite, tuttavia il delitto di aborto, anche quando si configura come tale, è considerato assai meno grave che un omicidio premeditato.⁵ In qualsiasi caso la donna va incontro ad un massimo di sei mesi di reclusione, in confronto al carcere duro fino a cinque anni del CPUA.

La posizione della Chiesa cattolica è estremamente intransigente:

"La vita umana deve essere rispettata e protetta in modo assoluto fin dal concepimento. Dal primo istante della sua esistenza, l'essere umano deve vedersi riconosciuti i diritti della persona, tra i quali il diritto inviolabile di ogni essere innocente alla vita."⁶ "Fin dal primo secolo la Chiesa ha dichiarato la malizia morale di ogni aborto provocato. Questo insegnamento non è mutato. Rimane invariabile."⁷ "Chi procura l'aborto, se ne consegue l'effetto, incorre nella scomunica *latae sententiae*".⁸

La diagnosi prenatale è moralmente lecita, se "rispetta la vita e l'integrità dell'embrione [...]. Ma è gravemente in contrasto con la legge morale quando contempla l'eventualità, in dipendenza dai risultati, di provocare un aborto: una diagnosi [...] non deve equivalere ad una sentenza di morte."⁹ Non risulta quindi ammesso neppure l'aborto terapeutico.

Infanticidio ed esposizione

Simile all'aborto è l'*infanticidio*, che può avvenire sia per atto criminoso deliberatamente commesso, sia per abbandono dell'infante. Il CPUA prevede (§ 122) l'infanticidio nello stesso Capo XVI in cui si tratta dell'omicidio. La donna che commette infanticidio è punita con il carcere durissimo a vita se il figlio è legittimo, indipendentemente se la morte sia stata intenzionalmente procurata o sia sopravvenuta per abbandono; se il figlio non è legittimo, vi è il carcere duro da dieci a vent'anni in caso di morte intenzionalmente procurata, e da cinque a dieci anni in caso di morte sopravvenuta per abbandono.

Nel CPI l'art. 578 è intitolato "Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale", e tale delitto punisce la madre con la reclusione da quattro a dodici anni e non contempla una differenza tra i figli nati entro o fuori dal matrimonio¹⁰. Inoltre è esclusa l'aggravante che negli altri casi di omicidio va applicata quando l'omicida è un ascendente. Chi aiuta la madre nell'infanticidio è punito con la reclusione fino a ventun anni, ma la pena può essere ridotta da un terzo a due terzi se ha agito al solo scopo di favorire la madre. Il codice quindi si mostra più clemente con la madre reale autrice dell'infanticidio che non con chi la aiuta, riconoscendo alla madre un motivo

⁵ Negli anni subito successivi all'istituzione della legge n. 194 in Italia si ebbe una percentuale abbastanza alta di aborti, che arrivò nel 1982 a 16,7 aborti per 1000 donne in età feconda. Un calo successivo ha stabilizzato la cifra sui 9,3-9,5 per 1000 negli ultimi dieci anni. Contemporaneamente il numero medio di figli per donna scendeva costantemente da 1,68 del 1980 a 1,18 del 1996 (fonte ISTAT). La percentuale di aborti è nettamente superiore tra le donne nubili se calcolata su tutte le singole zone d'Italia, salvo che nel Sud e nelle isole, dove è nettamente superiore tra le donne sposate; sull'intera Italia vi è una leggera prevalenza tra le donne nubili. Probabilmente non vi è ancora una uscita totale dalla clandestinità.

⁶ CCC, cpv. 2270.

⁷ CCC, cpv. 2271.

⁸ *Codex Iuris Canonici*, canone 1398, citato in CCC, cpv. 2272; si incorre nella scomunica *latae sententiae* per il fatto stesso di aver commesso il delitto.

⁹ Congregazione per la Dottrina della Fede, Istr. *Donum vitae*, 3 (1988); la citazione è in CCC, cpv. 2274.

¹⁰ La riforma del diritto di famiglia del 1975 ha mantenuto la dizione "figli legittimi" per i figli nati da genitori sposati tra loro e durante il periodo del matrimonio, mentre ha abolito la dizione "figli illegittimi", attribuendo la dizione "figli naturali" a figli che non soddisfano la condizione di figli legittimi. I figli naturali sono quasi completamente equiparati a quelli legittimi, salvo alcune differenze sulla patria potestà e sull'eredità.

comprensibile, anche se non giustificabile, di questo suo atto, e ritenendo che il sopprimere la propria creatura sia già un dramma che colpisce la madre stessa. Chi aiuta una madre nell'infanticidio è invece equiparato ad un correo in un omicidio generico; tuttavia l'aver agito in aiuto della madre è circostanza molto facilmente invocabile e difficilmente contestabile in base a prove oggettive, ma anche nel caso del massimo sconto di pena resta la reclusione per sette anni.

Si nota qui una durezza della pena nel CPUA non riscontrata nel CPI; se consideriamo che il carcere durissimo perpetuo è semplicemente una morte lenta, notiamo come l'essenza della famiglia sia fortemente protetta tramite una pena estremamente deterrente. Qualche perplessità su tale punizione dell'infanticidio è espressa dal Beccaria¹¹, che ha dubbi anche sulle pene per l'adulterio e l'omosessualità (detta *attica venere*). Egli nota che questi reati sono conseguenti alla forza irresistibile di attrazione sessuale e al disonore che ne verrebbe quando diventassero palesi certe pratiche, e segnala la necessità di prevenirli, piuttosto che di reprimerli:¹²

L'infanticidio è parimente l'effetto di una inevitabile contraddizione, in cui è posta una persona che per debolezza o per violenza abbia ceduto. Chi trovasi tra l'infamia e la morte di un essere incapace di sentirne i mali, come non preferirà questa alla miseria infallibile a cui sarebbero esposti ella e l'infelice frutto? La miglior maniera di prevenire questo delitto sarebbe di proteggere con leggi efficaci la debolezza contro la tirannia, la quale esagera i vizi che non possono coprirsi col manto delle virtù.

Io non pretendo diminuire il giusto orrore [...]; ma [...] mi credo in diritto di cavarne una conseguenza generale, cioè che non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo.

La Chiesa cattolica ritiene l'infanticidio, al pari del parricidio, del fratricidio e dell'uxoricidio, un omicidio particolarmente grave. Preoccupazioni eugenetiche o di igiene pubblica non possono giustificare nessuna uccisione, fosse anche comandata dai pubblici poteri.¹³

Può rasentare l'infanticidio l'*esposizione* dell'infante, che consiste nell'abbandonare "all'evento la sua conservazione" (CPUA, § 133). Si tratta pur sempre di un abbandono, che può avere effetti tragici se l'infante muore, o effetti minori se l'infante è raccolto subito da chi si può prendere cura di lui. Il CPUA distingue se l'esposizione è avvenuta in luogo in cui non fosse facile che l'infante ricevesse rapidamente soccorso oppure in luogo dove certamente qualcuno lo avrebbe trovato. Se comunque è sopravvenuta la morte dell'infante la pena è da uno a dieci anni di carcere, eventualmente duro. L'usanza di portare il figlio che non si vuole tenere ad un istituto religioso, con la ruota che garantiva l'anonimato della madre e la sicura protezione dell'infante, era largamente praticata e non era un delitto¹⁴.

Il CPUA considera quindi molto grave un così forte attentato alla discendenza, che si aggiunge al fatto di non prevedere l'aborto terapeutico sotto nessuna forma. Il caso di una malformazione del feto era non sempre prevedibile prima del parto; tuttavia agli inizi dell'Ottocento figli con gravi malformazioni fisiche spesso avevano vita breve.

¹¹ Cesare Beccaria (1738 - 1794), marchese e giureconsulto milanese, scrisse l'opera *Dei delitti e delle pene*, pubblicata dapprima anonima a Livorno nel 1764, ma diventata subito famosa anche per la traduzione in francese che le dette una grande visibilità europea.

¹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di R. Fabietti, Mursia, 1973, pag. 93.

¹³ CCC, cpv. 2268.

¹⁴ La frequenza del cognome "Esposito", che veniva appunto dato spesso ai bambini accolti da tali istituti, indica quanto l'esposizione fosse una pratica abituale.

Il CPI invece non menziona esplicitamente l'esposizione. Una situazione intermedia era trattata nell'art. 592: "abbandono di un neonato per causa di onore", che evidentemente parlava dell'abbandono di un figlio nato fuori dal matrimonio. Tale articolo è stato però abrogato dall'art. 1 della L. 5 agosto 1981, n. 442. Per il CPI rimangono quindi due casi: quello già menzionato come infanticidio per abbandono dell'art. 578, e quello ricompreso nell'art. 591, che contempla l'abbandono di minore degli anni 14 insieme all'abbandono di persona incapace di badare a sé stessa, sia essa un bambino, un ammalato, un anziano, o in terra straniera. L'ampiezza entro la quale il giudice può disporre la pena (tra sei mesi e cinque anni) ha relazione appunto con la vastissima casistica di questo reato. La pena è da tre ad otto anni se deriva la morte dell'abbandonato, e la pena è aumentata se il delitto è commesso da un genitore.

Interessante è il concetto di *onore*, che, anche se non esplicitamente menzionato, è alla base di certe scelte sulla gravità o meno di un delitto. Il Beccaria ne tratta in questo modo:¹⁵

V'è una contraddizione rimarcabile fralle [*sic*] leggi civili, gelose custodi più d'ogni altra cosa del corpo e dei beni di ciascun cittadino, e le leggi di ciò che chiamasi *onore*, che vi preferisce l'opinione. Questa parola *onore* è una di quelle che hanno servito di base a lunghi e brillanti ragionamenti, senza attaccarvi veruna idea fissa e stabile. [...]

Quest'*onore* dunque è una di quelle idee complesse che sono un aggregato non solo d'idee semplici, ma d'idee parimente complicate, che nel vario affacciarsi della mente ora ammettono ed ora escludono alcuni de' diversi elementi che le compongono; né conservano che alcune poche idee comuni, come più quantità complesse algebriche [*sic*] ammettono un comune divisore. Per trovar questo comune divisore nelle varie idee che gli uomini si formano dell'onore è necessario gettar rapidamente un colpo d'occhio sulla formazione delle società. Le prime leggi e i primi magistrati nacquero dalla necessità di riparare ai disordini del fisico dispotismo di ciascun uomo; questo fu il fine istitutore della società, e questo fine primario si è sempre conservato [...] alla testa di tutti i codici, anche distruttori; ma l'avvicinamento degli uomini e il progresso delle loro cognizioni hanno fatto nascere una infinita serie di azioni e di bisogni vicendevoli gli uni verso gli altri [...]. Da quest'epoca cominciò il dispotismo dell'opinione, che era l'unico mezzo di ottenere dagli altri quei beni e di allontanare quei mali, ai quali le leggi non erano sufficienti a provvedere. E l'opinione è quella che tormenta il saggio ed il volgare, che ha messo in credito l'apparenza della virtù al di sopra della virtù stessa [...]. Quindi i suffragi degli uomini divennero non solo utili, ma necessari, per non cadere disotto del comune livello. [...] Quest'*onore* è una condizione che moltissimi uomini mettono alla propria esistenza [...], un momento di ritorno allo stato di natura, ed un ricordo al padrone dell'antica uguaglianza.

Secondo la Chiesa cattolica, "l'onore è la testimonianza sociale resa alla dignità umana, e ognuno gode di un diritto naturale all'onore del proprio nome, alla propria reputazione e al rispetto."¹⁶

Un interessante caso concreto è trattato in P¹⁷, tramite il quale si può vedere come sia stata condotta l'investigazione in un caso di supposto infanticidio, poi rivelatosi effettivo. Innanzitutto, perché di infanticidio si possa parlare, si deve accertare che ci sia stato un parto e che il bambino sia nato vivo e vitale¹⁸. L'imputata, Giovanna Sella, era "libidinosissima"¹⁹ giovane", e cinque anni prima aveva già avuto un figlio che aveva spedito alla pia casa degli esposti a Vicenza. A detta della comunità ella era nuovamente incinta, e improvvisamente non fu più turgida, del che fu informata la

¹⁵ C. Beccaria, *Op. cit.*, pagg. 42-44.

¹⁶ CCC, cpv. 2479.

¹⁷ "La solitudine dell'infanticida", pp. 298-312.

¹⁸ Il bambino può essere vivo alla nascita, ma privo degli organi che gli consentono una vita all'esterno dell'utero, o con funzioni vitali talmente ridotte che ne segue la morte quasi immediatamente. Le funzioni vitali che vengono subito verificate sono la circolazione e il respiro. Attualmente i presidi ospedalieri consentono la respirazione anche in bambini fortemente prematuri, nei quali la funzionalità polmonare è ancora molto ridotta. Ciò non era al tempo del caso che qui viene esposto.

¹⁹ Il testo in P porta "libidinossima", probabilmente un errore di trascrizione.

deputazione comunale, la quale a sua volta espose il caso alla pretura per le opportune indagini²⁰. L'inquisita viene incarcerata²¹ e dapprima nega di essere stata incinta, affermando di avere avuto semplicemente una amenorrea, dalla quale sarebbe guarita dopo un anno con cure mediche; a tale negazione si unisce la di lei madre Domenica Marzarotto, che pure doveva essere bene informata, in quanto dormiva nello stesso letto con la figlia per la ristrettezza di spazio nella loro povera abitazione. Un'ispezione medica stabilisce invece che c'è stato un parto recente, e che non era il primo.

L'inquisita dichiara allora che per vergogna aveva mentito, che aveva effettivamente partorito una bambina "nata viva e ben nutrita", e che la madre le aveva prestato assistenza. Dichiara ancora che, d'accordo con il padre, ella aveva consegnato la neonata ad un cugino che la portasse all'ospizio, cosa che il cugino le aveva garantito esser stata fatta. Tuttavia questa dichiarazione viene smentita dalla madre, che continua a dichiarare sotto giuramento di non essere minimamente al corrente né di gravidanza né di avvenuto parto. Il giovane indicato come padre peraltro dichiara di non essere lui "l'autor della gravidanza, perché la giovane si abbandonava a più illeciti amori, però egli l'ebbe carnalmente più volte a trattare", e quindi le aveva dato del denaro per la circostanza del parto.

L'inquisita ritratta ancora una volta e dichiara di aver partorito da sola senza l'aiuto di nessuno, ma che l'infante è nato morto, e che lei l'ha seppellito di fronte alla porta di casa. Il cadaverino viene dissepolto e una commissione medica accerta invece che il feto era nato vivo ed aveva respirato, e che la morte doveva attribuirsi a soffocazione per compressione del torace. Messa alle strette, Giovanna confessa di aver messo le dita nella bocca della neonata perché non gridasse, e di averla buttata sotto le coperte per nascondere il fatto, non negando che in quest'atto possa esservi stata una involontaria compressione del torace. La madre Domenica Marzarotto dichiara di non essere al corrente dell'avvenuto parto, ma di aver portato a lavare dei panni insanguinati al fiume Astico; tuttavia il luogo da lei indicato era proprio dove fu trovata sepolta la placenta, il che faceva fortemente supporre che la madre fosse ben cosciente della situazione e avesse aiutato la figlia nel parto, occultandone poi la placenta. Domenica si contraddice più volte sia sui luoghi che sui tempi.

A seguito di tali risultanze, Giovanna Sella viene imputata di infanticidio, mentre nei confronti della madre Domenica, passibile di una imputazione per correità o per prestato aiuto alla "delinquente", si decide di non procedere ulteriormente (un consigliere invece si esprime nel senso di doversi procedere anche contro la madre). Giovanna Sella resta in carcere, mentre la madre viene rimessa in libertà²².

Il processo che ne segue nulla aggiunge a quanto era già emerso in sede di istruttoria, salvo il fatto che il padre nei mesi precedenti aveva invitato più volte Giovanna a portare il nascituro all'ospizio, e quindi non poteva essere accusato di correità²³. La madre risulta chiaramente colpevole di "aiuto prestato ai delinquenti" (Capo XXVII) tramite occultazione (§ 193), ma non può essere punita in quanto parente del reo in linea ascendente (§ 195). Pertanto risulta punibile soltanto Giovanna Sella, per la quale vengono proposti 16 anni di carcere duro da scontarsi in Padova²⁴. Il relatore rileva la

²⁰ Il § 264 del CPUA recita: "Nell'infanticidio un indizio legale più vicino nasce dal concorso delle seguenti circostanze: cioè, che insieme al repentino visibile cambiamento nel corpo non appaia il bambino, e dalla visita in conseguenza d' un tal segno praticata risulti la certezza d' un parto poc' anzi seguito." Era quanto per l'appunto la comunità aveva notato, e la visita poi confermerà.

²¹ Si tratta di quello che la legislazione italiana oggi direbbe "custodia cautelare in carcere", dizione ai sensi dell'art. 11 della L. 28 luglio 1984, n. 398, che sostituisce le precedenti dizioni "carcerazione preventiva" e "custodia preventiva".

²² All'epoca non veniva corrisposto alcun compenso per eventuali carcerazioni patite ingiustamente.

²³ CPUA, § 5: "Reo del delitto non è solamente quegli, che n' è l'immediato autore, ma ogni altro autore che col mandato, col consiglio, coll'istruzione, coll'approvazione apre l'adito al misfatto".

²⁴ Come rilevato in P, p. 311, nota 109, un mese dopo il tribunale modificò la decisione del luogo di pena, in quanto una legge del 1826 stabiliva che per le donne la casa di reclusione fosse a Venezia.

pesante pravità dell'intenzione ma pur sempre qualche attenuante, come la confessione, e si mantiene discosto dalla pena massima, che sarebbe stata di 20 anni. Un altro consigliere vede nella confessione un pentimento e si orienta per una pena di dodici anni. Trattandosi di infanticidio di figlio illegittimo, la reclusione per dodici anni resta ancora superiore al minimo previsto di dieci anni. Tale sentenza viene decisa il 10 agosto 1849 e confermata in appello il 29 agosto.

Facciamo qui un solo brevissimo accenno ad alcuni singolari casi di infanticidio tramite "maleficium" effettuato da streghe²⁵. Il periodo è antecedente a quello qui trattato, ma dà l'idea di quanto fosse diffuso l'infanticidio in tutte le epoche. Sui cadaveri dei "putti rotti" furono rilevati segni di lividi, ferite, e altre lesioni che si diceva fossero causate dalle streghe a cui i bambini con malattie o deformazioni erano stati mandati per farli guarire.

In P è trattato anche un caso di esposizione²⁶. Si tratta qui non di una consegna di due bambine alla casa centrale degli esposti, bensì di una mancata consegna con abbandono, che quindi costituisce il reato di esposizione. Due sconosciuti avevano abbandonato sotto un portico di una casa un cesto con dentro due bambine nate sane, dall'apparente età di tre giorni. Il cesto fu rinvenuto presto dall'abitante della casa, Lucia Agasa; questa fece subito chiamare il parroco che le battezzò, e quindi fu deciso che Giovan Battista Cavaion portasse le infanti all'istituto balliatico di Vicenza. Prima di mettersi in viaggio il Cavaion le fece allattare da sua moglie, puerpera di dodici giorni, ma una era troppo infreddolita e non volle succhiare. Durante il viaggio a Vicenza le bambine furono ancora allattate da una puerpera sconosciuta. Pur nella freddezza burocratica degli atti processuali traspare una scena carica di tenerezza: due donne che allattano neonate non loro, prestando aiuto ad un uomo offertosi a trasportarle, ma che non le può nutrire.

Il delitto di esposizione era evidente, in quanto le bambine non erano state consegnate a nessuno, ma abbandonate. Erano nate da un unico rapporto extra-coniugale di tale Maria Pernechele Pesavento, la quale, per evitare che il marito sfogasse la sua ira sulle due innocenti, aveva deciso di inviarle alla casa degli esposti a Vicenza, e le aveva affidate per il trasporto e la consegna ai fratelli Antonio e Giuseppe Caffenaro, pagando due napoleoni d'argento²⁷. I due fratelli si assunsero il compito, ma non lo portarono a compimento, sia per la fatica di andare a Vicenza, sia per il fatto che uno dei due aveva la moglie che stava molto male e non voleva staccarsene per lungo tempo. Essi tornarono dalla madre dichiarando di aver eseguito la commissione, e uno di questi chiese il saldo del compenso pattuito. Pertanto i due fratelli furono imputati di esposizione, e uno di essi anche di truffa ai danni di Maria Pernechele. Il processo doveva appurare se l'esposizione, in particolare all'aria fredda del mattino, fu un puro abbandono dell'esistenza delle due bambine all'evento, o se invece i due stettero di vedetta da lontano finché non videro che qualcuno le prendeva. I due fratelli asserivano di essersi allontanati soltanto dopo che era suonata la campana della messa e una donna era uscita nel portico e aveva preso le bambine; altre testimonianze sull'ora ritardata del suono della campana della chiesa li smentivano. I Caffenaro fecero poi una piena confessione con la proposta di restituire il denaro avuto come compenso non meritato; tale loro comportamento, unito alla considerazione dell'indigenza delle loro famiglie, fece sì che i giudici li condannarono a pene miti, due mesi l'uno e un mese l'altro.

Si nota qui che nessuna colpa è addossata alla madre che si voleva liberare delle due bambine facendole portare ad un ospizio per trovatelli: il reato di esposizione è addossato ai due fratelli che dovevano portare le bambine all'ospizio. L'ultima nota del tribunale è la trasmissione degli atti alla pretura di Asiago, che veda se sia il caso di procedere contro Maria Pernechele per adulterio.

²⁵ Vd. O. Di Simplicio, *Witchcraft and infanticide (16th - 18th centuries)*, in *Acta Histriae*, 10, 2000, 2, pagg. 411-442.

²⁶ "La coscienza del giudice", pagg. 18-26.

²⁷ Il napoleone d'argento era il nome dello scudo d'argento da 5 lire; il napoleone d'oro valeva invece 20 lire. Coniati con l'effigie di Napoleone nel 1800, erano ancora moneta corrente nel 1837, data del processo.

L'adulterio appartiene nel CPUA alle gravi trasgressioni di polizia, in particolare è trattato nel Capo XIII, § 247. In tale articolo non vi è disparità tra uomo e donna, salvo che la situazione possa creare dubbi "sulla legittimità del successivo parto".²⁸

Duello

Il duello fu nel corso dei secoli un mezzo di prova utilizzato in controversie giudiziarie civili e penali; chi vinceva il duello vinceva la causa. Tracce antiche del duello si possono riscontrare nel diritto germanico e negli umbri. In età comunale cadde in disuso, e rimase come espressione di superiorità piuttosto che mezzo per dirimere una questione.

Il CPUA lo considera un delitto e considera reato sia la sfida a duello, sia la sua accettazione. Le pene sono assai gravi; anche quando non ne sortisse conseguenza alcuna, la pena sarebbe del carcere duro da uno a cinque anni. Nel caso di morte di uno dei contendenti la pena è da dieci a venti anni di carcere duro, e l'ucciso viene sepolto in terra sconsecrata. I padrini sono puniti col carcere duro da uno a cinque anni.

Il CPI collocava il duello tra i delitti contro l'amministrazione della giustizia, in quanto i duellanti tentavano di farsi giustizia da soli. Ciò comportava una particolare mitezza nel caso di conseguenze anche gravi come la morte o le ferite; restavano le pene per l'uccisione o il ferimento quando il duello avveniva fuori dalle regole concordate dai padrini, o con disparità di armi, o quando risultasse dalle condizioni che la fine del duello si aveva solo in caso di morte di uno dei due contendenti ("duello all'ultimo sangue"). Era punita anche l'offesa pronunciata contro chi non volesse partecipare al duello e addirittura la sfida in sé, quand'anche il duello non avvenisse. L'intera materia era regolata dagli artt. 394-401; l'art. 18 della L. 25 giugno 1999, n. 205 li ha aboliti tutti, e quindi il duello in sé non figura più come un reato, bensì le eventuali conseguenze come lesioni, ferimenti o uccisioni.

Anche considerando gli articoli recentemente aboliti nel CPI, la differenza tra i due codici è notevole. La pena nel CPUA è dura, ma anche qui non è così dura come per un omicidio.

Interessante può essere vedere come il Beccaria considerava il duello²⁹. Egli cita la "necessità degli altrui suffragi", cioè la necessità della stima degli altri: questa, unita all'anarchia delle leggi, dette origine all'istituzione del duello:

l'uomo d'onore si prevede esposto [...] a divenire il bersaglio degli insulti e dell'infamia, che colla ripetuta loro azione prevalgono al pericolo della pena. Per qual motivo il minuto popolo non duella per lo più come i grandi? Non solo perché è disarmato, ma perché la necessità degli altrui suffragi è meno comune nella plebe che in coloro che, essendo più elevati, si guardano con maggiore sospetto e gelosia.

²⁸ Nel diritto italiano esisteva il reato di adulterio che era punito con la reclusione dell'adultera (non dell'adultero) e del correo. Tale norma fu dichiarata incostituzionale nel 1968, in quanto trattava in modo difforme l'uomo e la donna (l'uomo era punito solo se il suo adulterio era stabile e notorio come concubinato); da allora l'adulterio non è più reato. Fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975 esso aveva rilevanza giuridica ai fini della separazione per colpa; dopo di allora non è più previsto come causa specifica di separazione, ancorché possa esser considerato dal giudice nella causa di separazione come elemento che rende "intollerabile la prosecuzione della convivenza". Per la Chiesa l'adulterio è un'ingiustizia, che compromette il bene della generazione umana (CCC, cpv. 2381).

²⁹ Vd. C. Beccaria, *Op. cit.*, pp. 44-45.

Di questa ricerca di reputazione e difesa della propria onorabilità non resta traccia nel CPUA; anzi l'eventuale morte o ferimento grave di uno dei contendenti privava di un elemento la classe di appoggio all'Imperatore costituita dalla nobiltà.

Notiamo che il *Codex Iuris Canonici*, al canone 2351, stabilisce la scomunica *latae sententiae* per i duellanti e tutti i complici, compresi i padrini, che pur cercano una riconciliazione; nella scomunica vengono inclusi anche i semplici spettatori.

In P si trova un "Duello rusticano"³⁰, di cui trattiamo dopo perché non ha le connotazioni di un duello, ma si tratta semplicemente di un litigio iniziato per burla e finito tragicamente.

Omicidio, uccisione e legittima difesa

L'*omicidio* è definito nel CPUA come noi oggi definiremmo l'omicidio doloso, cioè commesso con la volontà di uccidere. Infatti il § 117 così recita:

Quegli, che colla risoluzione di ammazzare una persona la tratta in modo, che le ne derivi necessariamente la morte, si fa reo del delitto d' *omicidio*.

Le varie specie sono elencate nel § 118: proditorio, con rapina, per mandato, semplice. La pena è la morte, anche per l'eventuale mandante e chi ha prestato aiuto (§ 119).

L'omicidio non è invece definito nel CPI, ma si espone la pena per "chi cagiona la morte di un uomo". Infatti nel Titolo XII "Dei delitti contro la persona", al Capo I "Dei delitti contro la vita e la libertà individuale", l'art. 575 così recita:

Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con una pena non inferiore ad anni ventuno.

La mancata definizione dell'omicidio comporta tuttavia un'imprecisione, perché, come si evince poi dalle pene, l'art. 575 si riferisce ad un omicidio *volontario*, non ad un qualsiasi omicidio. Infatti l'art. 584, *Omicidio preterintenzionale*, così recita:

Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti preveduti dagli articoli 581 e 582, cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni.

I due articoli menzionati riguardano le percosse e le lesioni personali. E ancora l'art. 589, *Omicidio colposo*, così recita:

Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Pertanto, nonostante che anche questi due articoli parlino di "cagionare la morte", la pena non raggiunge i ventuno anni, che dovrebbero essere comminati, a norma dell'art. 575, per qualsiasi omicidio.³¹ Nell'art. 576 sono elencate delle aggravanti: la pena è aumentata (da 24 a 30 anni) se si tratta di un familiare (salvo che ascendente o discendente); la pena è l'ergastolo (commutato dalla pena di morte) se si tratta di ascendenti o discendenti, oppure se l'omicidio è effettuato tramite veneficio o altri mezzi insidiosi, o se si tratta di un omicidio premeditato.

³⁰ Pagg. 120-140.

³¹ I due articoli 575 e 584 parlano di "morte di un uomo", mentre il 589 parla di "morte di una persona". Il significato è lo stesso, ma è strana la forma diversa.

Numerose legislazioni straniere dividono l'omicidio in due categorie, quello premeditato e quello occasionale. Il CPI invece non rileva questa distinzione, ma negli artt. 576 e 577 elenca un complesso sistema di circostanze per le quali la pena viene aumentata. Il CPI ritiene la tutela della vita umana un interesse non solo del singolo, ma dell'intera comunità, tanto che nell'art. 579 è punito anche l'omicidio del consenziente³², con la reclusione da sei a quindici anni.

Il § 123 del CPUA definisce come *uccisione* l'aver causato la morte di una persona tramite azione intrapresa con intenzioni nemiche, ma non diretta ad ammazzarla. È la situazione che il CPI classifica come *omicidio preterintenzionale* (art. 584). La distinzione operata dal CPUA è estremamente opportuna, specie in confronto a quanto sopra evidenziato riguardo all'imprecisione del CPI.

Alla *legittima difesa* è dedicato il § 127 del CPUA, che esclude l'esistenza dell'omicidio, quando l'uccisione avviene per "opporre una necessaria giusta difesa"; ciò tuttavia deve essere provato con certezza. Il CPI risolve il problema a monte e non lo limita al solo omicidio, ma a qualsiasi reato. Infatti l'art. 52 recita: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui [...] sempre che la difesa sia proporzionale all'offesa." Una considerazione troppo analitica farebbe notare una differenza sostanziale tra due articoli che consentono la legittima difesa: il CPUA asserisce che l'uccisione per legittima difesa non costituisce delitto, il CPI non esclude esplicitamente la sussistenza del delitto, ma dice che l'autore non è punibile. Dal punto di vista pratico hanno lo stesso effetto, ma non significano la stessa cosa.

La Chiesa cattolica condanna fermamente l'omicidio, diretto e volontario, come anche qualsiasi azione atta a provocare indirettamente la morte di una persona. Dichiara tuttavia la liceità della legittima difesa: "Chi difende la propria vita non si rende colpevole di omicidio anche se è costretto a infliggere al suo aggressore un colpo mortale."³³ La posizione della Chiesa è quindi più vicina al CPUA che al CPI. Viene invece esplicitamente condannato l'eccesso di difesa.

In P vengono presentati due casi: un omicidio per rapina³⁴ e un omicidio per legittima difesa³⁵.

Il primo caso riguarda tal Antonio Caldana e altri membri della sua banda, che taglieggiava la regione con furti, rapine, minacce, aiuti ai delinquenti. Il Caldana insieme a due complici opera una rapina ai danni di Antonio Forestan, proprietario di un piccolo podere che coltivava insieme ai suoi familiari; nella rapina il Forestan rimane ucciso. Se la responsabilità del Caldana fosse assodata ci sarebbe la pena di morte; ma il Caldana era in un gruppo di tre che vengono mal ricordati dai testimoni, e gli altri due possibili autori dell'omicidio sono già deceduti all'epoca del processo. In realtà il processo è impiantato tutto sull'attendibilità dei testimoni e sulla precisione del loro ricordo. Il Caldana è comunque in carcere per numerosi altri furti, anche in varie chiese, e secondo le testimonianze di un altro carcerato si era lasciato andare ad una confessione; ma successivamente la nega, e fornisce anche un alibi. L'inchiesta preliminare si concluderà con un'assoluzione per insufficienza di prove riguardo all'imputazione di omicidio.

³² Nell'omicidio del consenziente è compresa attualmente anche l'eutanasia. In vari paesi europei ed extraeuropei si sono formati movimenti per l'eutanasia, che hanno portato a modifiche dei codici: infatti alcuni ora prevedono l'eutanasia come reato autonomo, distinto dall'omicidio, con pene attenuate. In Olanda l'eutanasia è depenalizzata dal 1993. In Italia l'eutanasia non ha ancora trovato il consenso per essere diversa dall'omicidio (che sarebbe anche premeditato), ancorché con l'attenuante dell'alto valore morale. La Chiesa cattolica dichiara l'eutanasia "moralmente inaccettabile" (CCC, cpv. 2277), e ammette solo la rinuncia all'"accanimento terapeutico".

³³ CCC, cpv. 2264.

³⁴ "Il contrabbandiere e ladro Antonio Caldana di Conco"; il processo per omicidio è alle pagg. 62-70.

³⁵ "Duello rusticano", pagg. 120-140.

Il secondo caso si può riassumere così. Due contadini, semiubriachi, vengono a diverbio per futili motivi. Uno dei due aveva mal compreso uno scherzo, si scambiano qualche parola di troppo, il diverbio finisce in litigio, e questo degenera in rissa; uno dei due tira fuori un coltello, l'altro si difende, e nella colluttazione che ne segue proprio chi aveva estratto il coltello rimane ferito gravemente in più punti e resta sul terreno fradicio di pioggia. L'altro, anch'egli ferito, si allontana, ignaro della gravità delle ferite inferte a sua volta. La morte segue dopo qualche ora per dissanguamento. L'uccisore viene dichiarato non punibile, avendo egli agito per legittima difesa, anche in considerazione del fatto che nessuna grave ostilità era mai stata evidente tra i due.

Suicidio

Il CPUA contempla l'attentato di *suicidio* e il suicidio stesso come gravi trasgressioni di polizia contro i doveri d'ufficio pubblico. Chi ha tentato di suicidarsi e non è riuscito a portare a termine il suo disegno non ha commesso un delitto, ma deve presentarsi in tribunale, dove verrà ammonito: il suo attentato ha offeso tanti doveri.

Secondo il CPI chi aiuta altri nel suicidio o ne determina la volontà viene punito con la reclusione da 5 a 12 anni; se il suicidio non avviene, ma una lesione grave o gravissima, da 1 a 5 anni. Se ciò succede nei confronti di un minore di anni quattordici, il fatto è trattato come un omicidio. Il tentativo di suicidio non è considerato reato.

Per la Chiesa Cattolica il suicidio è contrario all'amore di sé ed è un'offesa all'amore del prossimo³⁶; tuttavia il suicida non è più ritenuto anima senza salvezza: "Non si deve disperare della salvezza eterna delle persone che si sono date la morte. Dio, attraverso le vie che egli solo conosce, può loro preparare l'occasione di un salutare pentimento."³⁷

Pena di morte

Oppositori e sostenitori della pena di morte si confrontano e si combattono da secoli; tale pena è comunque spesso accettata anche dagli oppositori in caso di guerra o rivoluzione. Ci vuole un altissimo senso di civiltà per escludere la pena di morte anche in situazioni in cui la morte è così frequente e prossima. Tra i forti oppositori della pena di morte ci fu il Beccaria, che ne scrisse nell'opera *Dei delitti e delle pene*. Tale opposizione viene spesso attribuita alle teorie illuministiche, ma ebbe sostenitori assai precedenti³⁸.

Il Beccaria ritiene giustificata la pena di morte in due casi soltanto. Primo: che il colpevole, ancorché in carcere, "abbia ancora tale libertà e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione"; secondo: "quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita"³⁹. In tutti gli altri casi egli la ritiene ingiusta e inopportuna. Non era il solo a pensarla così;

³⁶ CCC, cpv. 2281.

³⁷ CCC, cpv. 2283.

³⁸ Una appassionata perorazione contro la pena di morte è ad esempio quella di Cardano nel 1560, quando il figlio primogenito Giovanni Battista, reo confesso di assassinio tramite veleno della moglie che lo tradiva e dei suoceri, fu condannato alla decapitazione e giustiziato. Nel terzo libro del *De utilitate* si legge: "Giustamente il popolo romano fece una volta una legge per la quale nessun cittadino romano per nessun crimine, salvo che per tradimento della patria, fosse condannato a morte. Lo dice anche Cicerone. Infatti si sa che la pena più grave era l'esilio. Così agivano contro i colpevoli gli adoratori degli idoli, che non conoscevano il vero Dio; e noi, piissimi cattolici, puniamo con una morte crudelissima uomini accusati di colpe dubbie e delitti non sicuri, o persone imbrogiate dalla malvagità di altri?"

³⁹ C. Beccaria, *Op. cit.*, pp. 77-78.

già Elisabetta Petrovna, che regnò in Russia dal 1741 al 1761, non permise durante il suo regno nessuna esecuzione capitale, e quindi abolì la pena di morte anche formalmente.

A differenza di quanto si pensa generalmente, la pena di morte continua a figurare nel CPI, ma tutti gli articoli in cui figura la pena di morte rimandano, in nota, ad una legge del 1944 che ha tramutato la pena di morte in pena dell'ergastolo. Tuttavia tali articoli non sono stati sostituiti con legge, per cui la pena di morte esiste ancora "tipograficamente", ma non più giuridicamente.

La storia della pena di morte in Italia ha alti e bassi. Era prevista dalle legislazioni pre-unitarie (ad eccezione della Toscana) e fu abrogata dal codice Zanardelli nel 1889. Fu reintrodotta nel 1926 per i più gravi reati politici e quindi estesa anche ad alcuni reati comuni, come l'omicidio aggravato e la strage, dal codice Rocco del 1930 (in vigore dal 1° luglio 1931). Essa fu quindi abolita dal Decreto Legislativo Luogotenenziale 10 agosto 1944, che stabilì che nel CPI, dove si legge "pena di morte", questa va sostituita con l'ergastolo⁴⁰. Fu tuttavia ripristinata nello stesso anno per i delitti più gravi di fascismo e collaborazionismo con il governo fascista o germanico, ed estesa nel 1945 ai più gravi episodi di banditismo. Solo nel 1948, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la pena di morte fu esclusa con una sola eccezione: infatti l'art. 27 della Costituzione così recita:

non è ammessa la pena di morte, salvo i casi previsti dal codice militare di guerra.

Successivamente la L. 13 ottobre 1994, n. 589, ha abolito la pena di morte anche dal codice militare di guerra e dalle leggi di guerra, sostituendola con la pena massima prevista dal codice penale. Pertanto attualmente in Italia la pena di morte non è prevista per nessun delitto.

Non vi fu in queste varie occasioni, né in altre successive, una completa ricalibratura delle altre pene, per cui attualmente è prevista la pena massima dell'ergastolo per delitti di gravità diversa⁴¹.

Per poter fare un confronto tra CPUA e CPI bisogna vedere per quali delitti figura "tipograficamente" nel CPI la pena di morte, ancorché questa sia poi stata tramutata in ergastolo. Essi non sono pochi, ma sono unicamente delitti contro lo stato e in più l'omicidio, e sono solitamente in una situazione aggravata, rispetto ad un delitto di base, a seguito della particolare posizione del reo o per conseguenze realizzatesi. Inoltre nel caso di anche una sola circostanza attenuante la pena di morte era sostituita con la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Era punito con la morte:

- a) un cittadino che porti le armi contro lo Stato, *se esercita un comando superiore o funzioni direttive* (se invece non è in tale posizione è punito con l'ergastolo) (art. 242);
- b) chi tiene intelligence con uno stato estero affinché muova guerra all'Italia, *e poi la guerra segue* (art. 243);
- c) chi distrugge o carpisce documenti concernenti la sicurezza dello Stato, *se il fatto ha compromesso la preparazione o l'efficienza bellica dello Stato o le operazioni militari* (art. 255);

⁴⁰ È da notare che lo stato italiano ancora nel 1944, pur trovandosi in piena guerra con larga parte del territorio occupato da truppe dei diversi contendenti, aboliva la pena di morte nel codice penale ordinario e nel codice militare di pace.

⁴¹ Nel 1981 ci fu un referendum tendente ad abolire la pena dell'ergastolo, col fine di tramutarla in un massimo di trenta anni di reclusione. Ciò avrebbe reso necessaria una ricalibratura (al ribasso) di tutte le altre pene. Il risultato del referendum fu di non abolire la pena dell'ergastolo, che quindi rimane nell'ordinamento giuridico italiano. È prevista tuttavia tutta una serie di provvedimenti che consentono anche ai condannati all'ergastolo di poter uscire dal carcere dopo almeno dieci anni e in particolari condizioni. Uno di questi provvedimenti è la grazia concessa dal Capo dello Stato, che può essere concessa ovviamente anche per pene minori. Negli ultimi anni i provvedimenti di grazia sono stati tra un minimo di circa 1000 ad un massimo di 2500 l'anno, il che ha trasformato l'istituto eccezionale della grazia in un "correttivo generalizzato delle distorsioni della legge penale e processuale penale" (*Diritto*, Garzanti, 2001).

- d) chi si appropria di segreti, *se il fatto ha compromesso la preparazione o l'efficienza bellica dello Stato o le operazioni militari* (art. 256);
- e) chi promuove un'insurrezione armata, *e l'insurrezione avviene* (art. 284);
- f) chi commette un fatto diretto a suscitare una guerra civile, *e la guerra civile avviene* (art. 286);
- g) chi usurpa un potere politico o un alto comando militare, *e ciò compromette l'esito delle operazioni militari* (art. 287);
- h) chi attenta alla vita e all'incolumità personale di un capo di stato estero, *se da questo fatto ne è seguita la morte* (art. 295)⁴²;
- i) chi compie atti tali da porre in pericolo l'incolumità pubblica, *se ne deriva la morte di più persone* (art. 422);
- j) chi causa un'epidemia, *se ne deriva la morte di più persone* (art. 438);
- k) chi commette un omicidio *se vi sono certe circostanze aggravanti (efferatezza, veneficio, per motivi abietti, per sottrarsi alla cattura e altri)* (art. 576).

Il CPUA raggruppa tutti i delitti sopra menzionati contro lo stato dalla a) alla g) come *alto tradimento* e commina per esso la pena di morte "ancorché sia rimasto senz'alcun effetto, e tra i limiti d' un mero attentato" (§ 53), mentre il § 56 garantisce l'impunità assoluta ai delatori, anticipando così certe norme attuali italiane sul pentitismo.

Il codice austriaco aveva la pena di morte nelle versioni precedenti al codice di Giuseppe II, varato nel 1787, con un codice di procedura penale del 1788. Nel codice giuseppino tale pena era stata abolita. Il codice del 1803 la reintroduce, possiamo dire "a malincuore", perché nella presentazione dell'imperatore Francesco II si legge:

Nel determinare la specie delle pene Ci siamo trovati nella necessità, per motivi preponderanti, d'introdurre di nuovo per alcune specie di delitti la pena di morte, anche fuori del giudizio *statario*. Questa però fu limitata a que' delitti, che non possono condursi ad effetto, se non dietro una piena riflessione, e che per la loro influenza sommamente pericolosa alla pubblica, e privata sicurezza costringono la Legislazione ad un tanto rigore. Ne' delitti meno pericolosi abbiamo potuto mitigare secondo l'inclinazione del Nostro cuore il rigore delle leggi anteriori, e mediante una più esatta gradazione nella durata della pena porre de' limiti alla sentenza del giudice secondo i gradi del danno proveniente dai delitti.

Vi è qui quasi un ricerca di giustificazione per avere nuovamente introdotto la pena di morte. Restava comunque il giudizio *statario*, cioè quello effettuato sul posto, come talvolta i giudizi durante una guerra o una rivoluzione. Al giudizio *statario* il CPUA dedica un intero capitolo, il Capo XVI, di ben 14 paragrafi dal § 500 al § 513. È un giudizio che consiste "nell'esser brevissima l'inquisizione del delitto, nell'essere tosto giudicato il reo, e nell'immediata esecuzione della sentenza" (§ 500). L'istituzione di tale giudizio è una sospensione delle garanzie che ha l'imputato nel processo ordinario⁴³. Se il capitano del circolo (struttura militare) ne ha ravvisato la necessità, esso viene istituito, e viene pubblicamente annunciato a suon di tamburo che il giudizio *statario* è nella sua attività. Il giudizio *statario* può essere istituito in caso di ribellione, se non è stata ancora

⁴² Sembra paradossale che non figurasse nel CPI uguale pena per chi attenta alla vita e all'incolumità personale del Capo dello Stato italiano. Ciò è spiegabile in termini temporali. In realtà l'art. 276 prevedeva la pena di morte per chi attentava alla vita del Re; tale articolo fu cambiato con L. 11 novembre 1947 n. 1317 che sostituì al Re il Presidente della Repubblica; in quel momento la mentalità giuridica era già vicina all'abolizione totale della pena di morte, che entrerà in vigore con la promulgazione della Costituzione meno di due mesi dopo; pertanto nella nuova redazione dell'articolo la pena di morte non compariva più, già sostituita da quella dell'ergastolo.

⁴³ In Italia esiste la *legge marziale*, che attribuisce ogni competenza al potere militare, e sopprime le garanzie a tutela dei diritti civili. Essa può essere istituita per un periodo limitato di tempo a seguito di guerra o gravi calamità ed è un istituto eccezionale; solitamente anche in situazioni di estrema emergenza la Costituzione garantisce la continuità della giurisdizione ordinaria.

sedata, ma anche in situazioni di reiterazione sempre più frequente di rapine, omicidi e incendi dolosi. Il collegio giudicante è nominato rapidamente, agisce rapidamente pur raccogliendo tutte le testimonianze necessarie, giudica solo del fatto specifico, se la responsabilità dell'imputato è provata oppure no, ed emette la sentenza sul posto. Se non viene pronunciato a maggioranza un verdetto di colpevolezza, il processo viene affidato ad un tribunale ordinario.

Il giudizio statario ha una sola sentenza finale: quella di morte, e la sentenza viene eseguita tramite forza entro due o al massimo tre ore. Non è possibile il ricorso o supplica di grazia. Gli eventuali correi, quando il giudizio nei confronti dei capi della ribellione è ritenuto bastante come deterrente, vengono condannati a pene detentive.

Come e perché Francesco II introduce nuovamente la pena di morte anche al di fuori delle situazioni di emergenza del giudizio statario? Quali sono i "motivi preponderanti" a cui si riferisce lo scritto imperiale? Siamo qui in un riflusso reazionario, dovuto al contrasto con la Rivoluzione Francese. I lavori sul codice penale erano durati a lungo, e si possono sintetizzare come segue. Ancora legata a consuetudini medievali fu la *Constitutio Criminalis Theresiana* del 1768, codice che consolidava un diritto penale vigente, che ammetteva la tortura come prova legale e comminava la pena di morte per numerosi reati. Non erano ancora penetrate in Austria le idee illuministiche estese al campo giudiziario, di cui si era reso paladino, in Italia e in Europa, Cesare Beccaria. In campo austriaco tali idee trovarono un forte sostenitore in Joseph von Sonnenfels. Nel 1776 fu abolita la tortura, ma la pena di morte restava. Nacque così nel 1787, dopo la morte di Maria Teresa nel 1781, sotto l'impero di Giuseppe II, un nuovo codice, "Codice generale sopra i delitti e le pene". In esso erano ben distinti i "delitti criminali" dai "delitti politici". Tale codice, detto "Costituzione Giuseppina", non è un codice più umano del precedente. È vero che la pena di morte rimane soltanto nei casi del processo statario, ma rimangono altre pene crudeli, come i colpi di bastone in pubblico⁴⁴ e la marchiatura a fuoco. Alcune pene detentive sono lunghissime: quella di secondo grado è da trenta a 100 anni. Inoltre furono introdotti i lavori forzati, in particolare i condannati a lunghe pene detentive potevano essere inviati in Ungheria a trascinare i battelli lungo il Danubio, lavoro durissimo; e chi non dava speranza di ravvedimento poteva essere inviato a trascinare i battelli anche indipendentemente dal delitto commesso. Questa pena diventò il surrogato della pena di morte, e si trattò semplicemente di una pena di morte prolungata: causò ogni anno un numero di morti doppio di quanti non fossero stati giustiziati negli anni precedenti.

Il successore di Giuseppe II fu suo fratello Leopoldo II, granduca di Toscana. Questi abrogò subito (1790) alcuni articoli del codice precedente ed abolì il trascinio dei battelli.

All'improvvisa morte di Leopoldo II nel 1792 gli successe il figlio Francesco II, che continuò nell'idea del padre di riformare il codice. La Commissione da lui nominata, con presidente von Haan, mise 10 anni a giungere alle conclusioni, ma vari membri erano già stati nella commissione che aveva redatto il codice giuseppino, per cui certe scelte di fondo rimasero le stesse. La pena di morte fu introdotta per tre delitti: alto tradimento, omicidio per mandato e latrocinio.

Si tratta quindi di una reintroduzione di una pena che solo dieci anni prima era stata abolita nei processi normali, e confinata ai soli casi di processi statari. Il fatto si giustificava per il motivo seguente: la Francia aveva iniziato una guerra di conquista e di espansione. Le armate francesi erano all'offensiva in Belgio e in Olanda, e con i fanti e le artiglierie avanzavano le idee rivoluzionarie. Nel 1793 erano stati decapitati il re Luigi XVI e sua moglie Maria Antonietta, che era zia dell'imperatore Francesco II, e questo aveva causato forte emozione e gravi preoccupazioni nelle case regnanti europee. Fu così contemplato come reato di alto tradimento anche il riunirsi in associazioni segrete, per il rischio che queste avessero come scopo lo sgretolarsi dello stato: infatti

⁴⁴ Tali pene permangono tuttora in altri codici, come in alcuni paesi musulmani.

ci furono dei moti chiaramente antiaustriaci, e questi andavano fermati. Inoltre la delinquenza aveva raggiunto punte altissime, e la pena di morte aveva ripreso la sua supposta funzione di deterrenza. Si aggiungeva una grave crisi economica accompagnata da inflazione.⁴⁵

Una menzione a sé meriterebbe la situazione legislativa in Galizia, che divenne improvvisamente una regione dominata dall'Austria, "ove urgente era il bisogno di introdurre una nuova Legislazione criminale"⁴⁶; in tale regione il progetto di codice, pur essendo ancora in fase di approvazione e di modifica, ebbe subito valore di legge. La redazione definitiva del codice austriaco stesso mutuò alcuni principi riguardanti i delitti proprio dal *Westgalizisches Strafgesetzbuch*, e "l'intenzione maligna e la libera volontà" divennero il principio basilare per distinguere i delitti dalle trasgressioni di polizia, cosicché il § 6 del codice galiziano divenne il § 1 del nuovo codice universale.

Ma le cose si muovevano nuovamente, e una riforma completa del codice era necessaria. La Commissione che vi lavorò aveva, sì, distinto molto nettamente tra i delitti e le gravi trasgressioni di polizia, ma aveva riconsiderato alcuni delitti come meritevoli della pena di morte. Il von Sonnenfels si occupava nel frattempo della seconda parte, sulle trasgressioni di polizia. Vari commenti e proposte di modifica vennero dalle Commissioni provinciali. La pena di morte fu reintrodotta per i seguenti reati: delitti contro lo Stato, falsificazione di monete e banconote, omicidio e appiccato incendio in cui fosse avvenuta la morte di una persona. La pena di morte per i delitti di omicidio, uccisione dolosa, avvelenamento, incendio doloso e latrocinio era stata ordinata dall'imperatore stesso con una nota manoscritta del 12 gennaio 1802. L'esecuzione era pubblica, come esempio alla popolazione; soltanto dopo il 1868 le esecuzioni furono trasferite all'interno del carcere⁴⁷.

Perché un tale irrigidimento anche su delitti che adesso si direbbero di portata più limitata⁴⁸? Lo stato austriaco era prossimo alla bancarotta per le ingenti spese, in larga parte dovute alle continue guerre contro la Francia; l'inflazione era altissima. La situazione fu temporaneamente tamponata in parte tramite prestiti e in parte tramite l'emissione di banconote, alle quali non corrispondeva il valore in argento (*Bankozettel*). Con queste venivano pagati i dipendenti statali e si riscuotevano le imposte, ragion per cui un mutamento del numero di banconote a seguito di falsificazioni rischiava di essere un grave colpo all'economia e alla credibilità dello Stato. Di qui la pena così drastica⁴⁹.

Conclusione

L'incidenza di queste pene sulla popolazione forse fu minore di quanto la retorica risorgimentale antiaustriaca ci ha tramandato. La pena di morte non poteva applicarsi a coloro che avevano meno di venti anni al tempo del reato: in questo caso la pena doveva essere di non più di venti anni di

⁴⁵ Vd. S. Tschigg, *La formazione del Codice Penale Austriaco del 1803*, in S. Vinciguerra (a cura di), *Codice Penale Austriaco (1803)*, CEDAM, 1997.

⁴⁶ Citazione dalla patente con la quale Francesco II promulgò il CPUA il 3 settembre 1803.

⁴⁷ Vd. A. Studen, *Inszeniranje usmrtnive spreminjanje kaznovanja s smrtjo od 16. do 20. stoletja (L'esecuzione pubblica delle sentenze capitali. Trasformazione della pena di morte dal XVI al XX secolo. Riassunto in italiano)*, in *Acta Histriae*, 10, 2000, 1, pagg. 223-246.

⁴⁸ Il CPI agli artt. 453-459 prevede pene in vari anni di reclusione per falsificazione di monete e carte valori, e per l'introduzione in commercio e spendita di monete e carte valori falsificate.

⁴⁹ All'origine della Rivoluzione Francese vi era stata una situazione di bancarotta dello Stato, che fu tamponata inizialmente con emissione di carta moneta a cui non corrispondeva pari quantità in metalli preziosi. Fu la cosiddetta "allegra finanza", che portò un'inflazione inarrestabile. Il rischio che ciò si riproducesse in Austria rende ragione di una particolare attenzione per i reati di falsificazione dei mezzi monetari e finanziari dello Stato. Attualmente non vi è più ancoraggio tra la moneta circolante di uno stato e il valore corrispondente in metalli preziosi nella banca centrale, ma il valore di una moneta è determinato sulla base di altri parametri.

carcere (§ 431)⁵⁰, e a questa limitazione il giudice era tenuto anche quando la pena fosse del carcere a vita⁵¹. I delitti per i quali era prevista la pena di morte non erano soggetti a prescrizione, ma quando fossero passati vent'anni dal delitto la pena non poteva essere superiore a vent'anni. La pena di morte era comminata per un certo numero di reati, ma dopo il giudizio criminale vi erano ancora due gradi di giudizio superiori, e infine la domanda di grazia all'imperatore. Silvio Pellico, Pietro Maroncelli, Federico Confalonieri furono condannati a morte secondo i §§ 52 e 53 del CPUA, ma l'imperatore commutò la pena in carcere duro e poi i condannati furono graziati, Pellico e Maroncelli dopo dieci anni e Confalonieri dopo dodici.

Ma anche la pena del carcere duro o durissimo era una morte con agonia prolungata. Il carcere durissimo contemplava catene a mani e piedi e un cerchio di ferro intorno al corpo; nutrimento senza mai carne, e cibo caldo soltanto ogni due giorni, negli altri solo pane e acqua, e l'obbligo del lavoro. Dice S. Vinciguerra: "se un essere umano, che deve lavorare, viene tenuto incatenato durante il riposo, fatto digiunare a pane e acqua e poi bastonato, è facile arguire che ci troviamo davanti ad una pena di eliminazione mascherata"⁵². C'è ancora da aggiungere che le carceri sono, per loro natura, un luogo di violenza: punizioni inflitte ai condannati che violano le regole dell'istituto penitenziario, violenza connaturata alle pesantissime condizioni di vita non solo dei reclusi, ma anche delle guardie carcerarie, che spesso sfocia in episodi sanguinosi. La permanenza in carcere ha quindi una punizione aggiunta ben al di là della semplice reclusione⁵³, e in Italia anche tuttora ci sono denunce, da parte di detenuti o semplici fermati, per sevizie, privazioni e abusi da parte del personale di custodia.

La situazione della pena di morte nel mondo è purtroppo ben lontana dal dirsi soddisfacente. Viene comminata ancora in una maggioranza di stati, in larga parte islamici, ma non solo.⁵⁴ La stessa Chiesa cattolica non esclude "il ricorso alla pena di morte, quando questa fosse l'unica via praticabile per difendere efficacemente dall'aggressore ingiusto la vita di esseri umani"⁵⁵. Tuttavia riconosce che i casi di assoluta necessità di soppressione del reo "sono ormai molto rari, se non addirittura praticamente inesistenti"⁵⁶. I rapporti di Amnesty International, insieme a quelli del Partito Radicale Transnazionale, due tra gli organismi più convinti ed attivi contro la pena di morte e a favore delle garanzie processuali, danno un quadro desolante. Esistono ancora varie zone del mondo in cui il cittadino non gode delle garanzie che il Codice Penale Universale Austriaco assicurava già due secoli fa.

⁵⁰ Altri paesi non hanno questa limitazione. In vari stati degli USA il limite sotto il quale si può essere condannati a morte è di quindici, sedici anni; nello stato dell'Indiana era di soli dieci anni, e fu alzata a sedici in seguito al caso di Paula Cooper, che fu colpevole di un'orrenda uccisione a quindici anni.

⁵¹ Così stabilisce il titolo XXI dell'Appendice I riguardante la parte I del CPUA, che incorpora il decreto aulico del 5 ottobre 1914.

⁵² S. Vinciguerra, *Idee liberali per irrobustire l'assolutismo politico*, in S. Vinciguerra (a cura di): *Codice Penale Austriaco (1803)*, CEDAM, 1997.

⁵³ Vd. in proposito D. Fozzi, *Indisciplina, violenza e repressione nelle carceri italiane dopo l'unità*, in *Acta Histriae*, 10, 2002, 1, pagg. 91-128.

⁵⁴ Alla fine del 2004 il Senegal ha abolito la pena di morte; secondo una nuova abitudine divenuta istituzionale da qualche anno, il Colosseo viene illuminato per celebrare l'avvenimento.

⁵⁵ CCC, cpv. 2267.

⁵⁶ Enciclica *Evangelium vitae*, 1995, citata in CCC, cpv. 2267.