

Introduzione

“Io sono colui che sono, sono quello che sono stato,
sono colui che sarò, e nessuno ha saputo del mio essere.”

Iscrizione su un antico tempio

Probabilmente nessun altro settore del diritto penale ha intrapreso un viaggio così complesso, misterioso e antico come quello relativo alla sanzione penale. La pena esiste fin dalla prima apparizione del genere umano, ma cos'è davvero questo fenomeno? Può il solo diritto fornire le risposte che permettano di rivelare l'idea e lo spirito che stanno alla base del concetto di pena? Potrebbe sembrare uno di quei concetti perfettamente semplici e chiari per tutti, se non si prendessero in considerazione le difficoltà incontrate, non solo dalla giurisprudenza, ma anche dalla filosofia e dalla storia nel cercare di descrivere in modo accurato la pena come concetto definito. La stessa parola pena – non solo nel linguaggio quotidiano, ma anche nella letteratura e nei testi di diritto – viene caricata di significati diversi a seconda del contesto. Resta comunque il fatto che ogni eventuale certezza o incertezza sul concetto di pena dipendono dalla verità o dalla falsità, dalla coerenza o dall'incoerenza dell'intera teoria del diritto penale, e infine dalla stabilità o instabilità della politica criminale.

Quello che possiamo affermare è che la pena è uno strumento particolare e specifico messo nelle mani dello Stato per scoraggiare le persone dal commettere crimini. Questa definizione sottolinea il legame storico e indissolubile tra pena e crimine, e ovviamente il primo concetto è emerso come risultato del secondo. Ciò nonostante, la così formale definizione del concetto di pena che ci fornisce la dogmatica del diritto penale lascia ancora aperte una molteplicità di domande in merito alla natura di questo fenomeno, al suo significato e al senso sociale del suo impiego. È per questo motivo che gli antichi filosofi, non soddisfatti della definizione giuridica e formale del concetto di pena, hanno affermato che è solo attraverso le categorie filosofiche che è possibile comprendere la vera essenza di questo fenomeno, dal momento che tali categorie sono strumenti metodologicamente universali e metodi nati appositamente per rivelare la cono-

scienza e la comprensione della natura delle cose. Per essere più precisi, come ci si potrebbe aspettare, la filosofia si scopri in grado di analizzare la pena come concetto filosofico, perché la gente credeva che gli elementi della pena, come la punizione, il male, il bene, la sofferenza, la giustizia, lo scopo e l'utilità rientrassero nell'ambito di applicazione dell'etica, che è chiaramente una categoria filosofica e non giuridica. Platone, ad esempio, considerava la pena una manna per i criminali, una sorta di pulizia delle loro anime¹, mentre altri sostenevano la tesi che dal momento che la pena criminale è nociva, è un male². Come vedremo, nel descrivere la pena sia come bene sia come male, i filosofi hanno influenzato il mondo della morale poiché tali concetti non sono legali, ma etici.

Sulla base delle idee dei filosofi si sono sviluppate un gran numero di teorie, scuole e persino intere branche di studio dedicate al problema della pena. Ad esempio, al fine di determinare la corretta retribuzione secondo il concetto di giustizia, Pitagora e la sua scuola hanno riconosciuto che per ogni danno causato dal reato, il trasgressore dovesse subire lo stesso quantitativo di sofferenza, cioè la punizione. Il pensatore tedesco Ludwig Feuerbach basa la sua teoria degli effetti psicologici della sanzione, risalente al XIX secolo, sulle idee di Aristotele, Kant e Hegel. Le intuizioni del grande Cesare Beccaria non sono state formulate dal nulla, ma si basavano sulle opinioni di giganti come Montesquieu e Diderot. Beccaria è stato il primo ad ammetterlo, sottolineando che "le loro opere immortali hanno generato nella (sua) anima sentimenti di umanità".

Infatti, leggendo il suo trattato *Dei delitti e delle pene* (1764), è facile rendersi conto quanto esso sia basato sulle idee delineate da Montesquieu nel suo precedente lavoro *Lo spirito delle leggi* e da *Utopia* di Thomas More, secondo cui i criminali dovrebbero essere trattati con clemenza e umanità.

In ultima analisi, è grazie alla filosofia e ai filosofi che la pena è stata istituita su solide basi e su principi morali.

È chiaro che senza il pensiero o le categorie filosofiche non sarebbe stato possibile riconoscere la vera natura della pena in quanto fenomeno complesso, perché la conoscenza del diritto non è sufficiente a distinguere ciò che essenziale da ciò che non lo è all'interno di questo fenomeno. In altre parole, la filosofia ci aiuta a concentrarci nella ricerca e nella definizione dell'essenza assoluta della pena. Supponendo che il soggetto della filosofia sia l'idea o, più semplicemente, la conoscenza, allora la filosofia della pena è la conoscenza dell'essenza

¹ См.: Платон. Соч. Т. 3, ч. 2. М. 1972, с. 335 (PLATONE, *Opere*, vol. 3, parte 2, Mosca, 1972, p. 335).

² См.: Соловьев В. Право и нравственность. Очерки из прикладной этики, 1899, с. 103; (V. SOLOVYOV, *Diritto e morale: Saggi di etica applicata*, 1899, p. 103); Бентам И. Введение в основание нравственности и законодательства. М. 1998, с. 221 (J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, 1998, p. 221).

di un fenomeno storico che consta di proprietà controverse. Ragionare da filosofo sulla pena equivale a conoscere scientificamente questo fenomeno, cioè la sua intenzione, a definirne gli obiettivi e a cercare di raggiungere lo scopo finale.

In contrasto con la conoscenza giuridica relativa alla pena, l'arte della filosofia non può dire quale sia il giusto periodo da scontare per un determinato crimine, ma offre informazioni sulla natura morale della punizione, sulla sua utilità e necessità per la giustizia e l'umanità. Se l'avvocato annota una sanzione legale nel codice penale e ne esamina la struttura, in seguito "il filosofo deve evocare il potere dell'immaginazione e osservare il soggetto interno. E in questo lavoro interiore viene coinvolta tutta l'anima, palese o implicita"³.

Per far ciò è davvero necessario raccogliere tutta la potenza dell'immaginazione per comprendere fino in fondo quel fenomeno che è la pena, e per arrivare a questo è necessario approssiarsi al processo attraverso la parte più profonda della propria anima. Ad esempio, per poter parlare della pena di morte non si può prescindere dall'averne attraversato il senso e il significato con il proprio animo. Se prendiamo in esame una pena come l'ergastolo, dovremmo perciò trovare il modo di arrivare ad immaginare personalmente un'esperienza di tal portata. Discutere filosoficamente sul concetto di pena sarà non sarà mai un processo esente da dubbi, dal momento che è proprio attraverso di essi che si arriva alla conoscenza. Porsi dei dubbi in particolare sull'utilità della pena in generale e nello specifico sulla moralità della pena capitale resta quindi l'unica garanzia di reale approfondimento di tali tematiche.

Nonostante la sua continua presenza seppur in diverse forme nel corso dei secoli, il significato e il valore della pena dipendono strettamente dall'influenza dei cambiamenti storici sulle forme di punizione. Come scrive S. Hessen: "Anche la pena è stata ideata dall'uomo. Derivando gradualmente dalla vendetta ancestrale e dalle misure di sicurezza pubblica, proprio come la scienza – molto dopo la sua nascita – ha mantenuto tracce della propria origine nelle conoscenze tecniche e tecnico-religiose. I successivi pareri legali e le sanzioni sostituiranno per sempre ciò che è stato in precedenza, ma tale cambiamento non è mai così evidente come nel caso della continua lotta per l'equità dei diritti e la giustizia della pena, laddove tale valore emerge con estrema chiarezza, tanto da renderlo una delle più grandi creazioni della storia"⁴.

Naturalmente il presupposto da cui partiamo sarà che la pena è, innanzitutto, un mero atto giuridico che serve espressamente il diritto penale, sebbene possa anche essere utilizzato per altri scopi non specificatamente legali. È quindi ne-

³ Ильин И. А. *Философия как духовное деление*. М. 2014, с. 56 (I.A. ILIN, *La filosofia come divisione spirituale*, 2014, p. 56).

⁴ Гессен С. *наказания* *Философия*. Статья. Логосъ. 1912-1913. Книга первая и вторая. М., сс. 204-205 (S. HESSEN, *La filosofia della pena*, Logos, 1912-1913, vol. 1-2, pp. 204-205).

cessario spiegare l'essenza della pena senza oltrepassare i confini del diritto penale e della pena, analizzandola in relazione al suo significato giuridico. Ma può un tale approccio essere soddisfacente? La risposta deve essere sì, a condizione che si confini il concetto di pena a quello di reazione organizzata a un reato, sin da quando cioè la pena è formalmente diretta alla riparazione della giustizia, compromessa da un atto illecito. Tuttavia, quando si comincia a scavare più a fondo nel significato e nell'importanza della pena e ci si pongono domande in merito ai diritti del soggetto in relazione alla pena, ai suoi limiti e al riconoscimento dei diritti inalienabili della persona e, allo stesso tempo, ci si interroga in merito al riconoscimento dell'importanza dell'interesse pubblico, appare evidente che non è possibile dare una definizione della pena solo avvalendosi della scienza giuridica.

Stabilire una concezione formale di pena significa concentrarsi sulle precondizioni dell'azione che diventa reato, e anche sulla reazione ad esso, vale a dire la pena; non c'è niente che la scienza giuridica sappia fare meglio. Nel frattempo discutere secondo filosofia della natura della sentenza offre anche la possibilità di connetterci con l'essenza di questo fenomeno storico, collegandolo con i pensieri filosofici di cui, generalmente parlando, si compone la pena.

A differenza dell'approccio giuridico, ogni considerazione filosofica non può essere formale, perché il compito specifico della filosofia deve essere quello di scoprire e quindi capire ciò che è comune a tutte le forme di pena che sono esistite sin dalla sua comparsa nell'arena della storia. Incontriamo il tema della pena come problema morale, proprio all'inizio del secolo dei Lumi – dapprima si potevano cogliere isolate e timide proteste e poi quelle voci frammentate e deboli si consolidarono sempre più, e si unirono nel potente coro del movimento educativo generale, alla fine del XVIII secolo, che era fieramente sostenuto da Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria e da tante altre grandi menti di avvocati, filosofi, scrittori e scienziati. La nobile motivazione e l'opinione di queste menti vennero presto fatte proprie dalle masse, e il XVIII secolo, quando l'umanità si arricchì attraverso le grandi riforme, divenne così un periodo particolarmente significativo per l'istituzione della pena e del diritto penale. La punizione corporale venne definitivamente accantonata nello stesso momento in cui ci si interrogava sull'utilità della pena di morte, e quando i sentimenti popolari sembravano essere contrari, anche tale pena iniziò a svanire, nonostante gli sforzi di coloro che credevano ancora nella sua efficacia. Come apparvero le nuove idee, tra cui quelle dell'inglese John Howard relative ai nuovi punti di vista e alle disposizioni pratiche di riforma del sistema carcerario, divenne chiaro che c'era una linea di pensiero emergente che richiedeva che la pena rispettasse un criterio di equità, che la punizione per un dato crimine dovesse essere stabilita a priori e dovesse essere commisurata al danno arrecato. Dal punto di vista dello sviluppo della civiltà e della cultura umana, queste idee non sono meno importanti della teoria eliocentrica di Copernico, delle leggi di Mendel

sull'ereditarietà, della teoria cellulare di Hooke del 1665, o delle basi dell'embriologia sviluppate da von Baer nel 1828.

La pena e la sua esecuzione divennero quindi un problema morale per la società stessa, anche se l'uomo ha continuato per lungo tempo a riflettere su quanto fossero morali le sanzioni penali, in particolare l'ergastolo e la pena capitale. Dovremmo continuare ad utilizzare la punizione come deterrente, come ritorsione, anche se procura sofferenza e ha sulla popolazione un impatto psicologico che comunque non raggiunge l'obiettivo preposto di servire a eliminare i reati? È forse arrivato il momento di sostituire la pena con qualche meccanismo non punitivo ma ugualmente efficace, che si differenzi per avere maggiore umanità e sia basato su principi morali più chiari?

I

Le basi morali dell'origine della pena

“Prima che nell'uomo balenasse la prima scintilla
della conoscenza, che rappresenta la realtà e
l'essenza della pena, questo concetto era già presente
e messo in pratica da tempo.”

– *A.F. Kistyakovsky*

1.

Costumi e tradizioni

Auguste Comte, autore del *Corso di filosofia positiva*, ha enunciato una verità fondamentale quando ha detto che siamo in grado di comprendere appieno un concetto solo quando ne conosciamo la storia. Qual è dunque la storia dei principi morali su cui si basa la pena? La pena è nata solo con l'avvento dello stato, o era già presente nelle prime nazioni, comunità e società? Qual è il ruolo svolto dalla religione in questo processo storico? E quali altri fattori possono aver influenzato i principi morali della pena?

La progressiva affermazione della morale, in particolare, è stata frutto di un processo complesso, sfaccettato, determinato da leggi oggettive che si sono evolute nella società a partire dai tempi primitivi. Le origini della moralità risalgono a un tempo molto lontano nella storia umana e sono legati alla formazione dell'uomo come essere sociale razionale. Ciò significa che, al fine di determinare le condizioni e le circostanze dell'origine della morale nel concetto di pena, dobbiamo prima rivolgere la nostra attenzione alla storia della pena nella società umana.

Dobbiamo quindi esaminare in modo approfondito le fonti storiche per raccogliere informazioni sulle condizioni e le circostanze delle prime apparizioni delle regole primarie della morale e dell'applicazione da parte dell'uomo della pena come punizione per determinati atti proibiti. È importante a questo punto soffermarci sul ruolo e sul significato della morale nello sviluppo dell'uomo in generale. Secondo Albert Schweitzer, la morale è la prima tra le forze che plasmano la realtà, dopo tutto, la morale è emersa molto prima della religione ed è indipendente da essa. La religione è entrata a far parte dell'etica solo al fine di sottometterla alla questione del controllo morale e dell'educazione morale delle masse. Qui si può vedere il ruolo storico della morale nello sviluppo del genere umano, perché nel primo periodo in cui l'uomo apparve sulla terra, non si erano ancora formati né gli strumenti religiosi né quelli giuridici in grado di stabilire divieti e minacce per proteggere le persone dalle azioni pericolose, dannose e malvagie¹.

¹ Швейцер Альберт. Культура и этика, 1923, с. 103 (A. SCHWEITZER, *Cultura ed etica*, 1923, p. 103).

Come ha giustamente sottolineato A. Huseynov: “La vita primordiale era caratterizzata dal fatto che la morale era direttamente inscritta nella vita di tutti i giorni con la sua essenza non-riflessiva. Ne consegue direttamente una chiara, evidente e, soprattutto pervasiva separazione dei soggetti in ‘noi’ e ‘loro’, che con ogni probabilità equivaleva a dividere le ‘persone’ dalle ‘non persone’”².

Il comportamento degli individui durante i primi passi della costruzione della moralità differiva da quello degli animali solo perché basato su una coscienza istintuale ed era regolato semplicemente attraverso divieti, valutazioni che prendevano in considerazione solo atti ben specifici. La capacità degli esseri umani di controllare i propri impulsi istintivi e di coordinare le proprie azioni con gli interessi del gruppo è stata il risultato di un lungo processo. Come ha giustamente osservato A.M. Zolotarev, “fino a quando gli esseri umani hanno continuato a comportarsi seguendo i loro due unici istinti di base, quelli sessuali e quelli alimentari, non potevano ancora essere definiti uomini”³. Con lo sviluppo sociale dell'uomo, all'interno di questa morale primitiva fecero la loro comparsa regole diverse, divieti e regolamenti il cui rispetto fu considerato obbligatorio. Come regola generale, gli usi e i costumi sopravvivono più a lungo delle condizioni e delle circostanze storiche specifiche che li creano, perché diventano fissi; eventuali nuove condizioni sembrano inutili e incomprensibili, e, quindi, immorali. Di conseguenza, sorse anche un naturale bisogno di libertà dagli attuali, inutili e nocivi costumi e tradizioni, che erano stati conformati al livello morale della comunità ed erano stati protetti sotto la minaccia di una punizione.

È così che avvengono la selezione e la conservazione dei valori e il loro trasferimento alle generazioni future. Infatti, è attraverso i costumi e le tradizioni che vengono tramandate l'eredità morale delle generazioni e quella sociale della ricchezza spirituale. E in questo processo un ruolo fondamentale è ricoperto dalla pena, che si sviluppa insieme alla moralità del genere umano. Guardare attraverso le fonti storiche ci fa comprendere le condizioni e le circostanze che hanno accompagnato la comparsa delle regole elementari della morale, il che ci permette di comprendere la natura delle pene applicate dalle società per gli atti illeciti.

Come fenomeno sociale, la morale agisce e si manifesta sotto forma di una serie di misure socialmente sviluppate del comportamento umano. Come tale, la morale funge come un regolatore essenziale del comportamento dell'individuo nella società. Tuttavia, allo stesso tempo la morale è una qualità spirituale interna che guida le persone, una qualità che è unica e diversa per ogni nazione, per

² Гусейнов А. моралисты Великие. Изд. 2-е, дополненное. М., 2008 (A. HUSEYNOV, *I grandi moralisti*, 2^a ed., Mosca, 2008).

³ Золотарев А. М. Родовой строй и первобытная мифология. М. 1964, с. 63 (A.M. ZOLOTAREV, *Il sistema tribale e la mitologia primitiva*, 1964, p. 63).

il semplice motivo che le qualità hanno diverse radici genetiche. Pertanto, a diverse antiche popolazioni corrispondevano costumi significativamente differenti. Di conseguenza, i criteri di valutazione per la moralità e l'immoralità nel loro sviluppo storico non possono mai essere gli stessi, perché ogni nazione ha sempre avuto il proprio specifico atteggiamento nei confronti di diversi eventi, fatti, atti – la loro comprensione dei valori morali sarà invariabilmente in accordo con il modo in cui giudicano le azioni e gli atti degli individui. Perciò, ogni nazione nello sviluppare la determinazione di una sentenza e l'ordine della sua applicazione ha basato tale processo sui principi morali della propria comunità, anche se con il tempo alla fine diventa impossibile ignorare i tradizionali principi umani universali.

Nei tempi antichi, la morale aveva già iniziato a regolare non solo il comportamento dell'individuo nella società, ma anche il rapporto tra l'individuo e la società come un unicum di fronte alla comunità, alla tribù o a un altro gruppo, dal momento che la morale agisce principalmente come il prodotto degli sforzi congiunti da parte delle masse per sviluppare la propria morale ideale. Quindi, quando si parla di moralità o l'immoralità della pena, si capisce che non si fa riferimento solo al rapporto dell'individuo con questo fenomeno, ma anche della società nel suo complesso. In altre parole, la pena può essere considerata in base a principi morali solo quando è conforme alla valutazione morale di tutta la società e non del singolo individuo. In questo senso, la società è un motivatore morale, vale a dire la volontà di fare bene, di attuare un ideale morale, di adempiere a un dovere morale, al fine di prevenire il male e proteggere i costumi e le tradizioni benefici.

Quindi siamo testimoni dell'attività della società rivolta all'identificazione di una politica criminale che può essere valutata come morale o immorale, a seconda del periodo storico. La pena è uno strumento per raggiungere questo obiettivo, mentre la morale è un insieme di regole, concetti, e precetti sul bene e il male, sul dovuto e l'indebito che comprendono il dovere, la coscienza, l'onore e la dignità. Fissare il tutto all'interno della legge di per sé non è abbastanza – le norme morali dovrebbero costituire la base della pena e della sua esecuzione, e così quando si parla dei principi morali della pena, stiamo appunto facendo riferimento a un'essenza morale, a quella di chi ha il diritto innegabile alla formazione e all'uso di questo strumento.

Così, se i principi morali erano e sono la base e il risultato della condotta che definisce il corso del comportamento umano nella società, limitandolo all'interno di una cornice definita, allora la sanzione è servita e continua a servire come un mezzo per ripristinare il normale ordine nella società, eliminando i conflitti non solo tra gli individui, ma anche tra l'individuo e la società. Pertanto la sanzione per la violazione delle norme di comportamento accettate nella società è moralmente giustificata, perché la decisione stessa di questa misura vie-

ne presa deliberatamente da tutta la comunità, come una reazione basata sulle norme della morale. Questa era la situazione dei popoli antichi, in cui la pena “agli albori della cultura umana nelle società primitive aveva il carattere di una vendetta, spesso non commisurata al peso del crimine, ma alla forza della reazione”⁴. Ed è naturale, perché, come correttamente rilevato da Emile Durkheim, “la pena è prima di tutto una reazione provocata dalla passione. E questa caratteristica è più evidente in società meno acculturate”⁵. Questo spiega perché sarebbe corretto scegliere di valutare la moralità o l'immoralità della pena a seconda dell'epoca storica della sua applicazione, tenendo conto del livello dello stato morale del popolo in quel determinato periodo.

Infatti, in tutta l'area del diritto penale non c'è altro concetto che potrebbe essere altrettanto simile a quello di pena nella sua definizione storico-culturale e filosofica. Non c'è altro concetto che rifletta meglio le idee, i sentimenti e i costumi all'interno di una specifica epoca, e nessun altro concetto è così strettamente associato a ogni fase dello sviluppo morale dell'essere umano.

La pena stessa ha un impatto sull'intera individualità delle persone, sui loro pensieri e sentimenti, la loro calma e passione, il loro sviluppo o la loro mancanza di sviluppo.

In breve, la pena agisce come uno specchio, come se riflettesse le profondità dell'anima di un popolo. La forma della pena e la sua interpretazione devono pertanto essere giudicate in base al livello della cultura morale e intellettuale di un popolo, anche se la storia non ci ha lasciato nulla per documentarlo. Sappiamo per certo che il fenomeno della pena è presente tra tutti i popoli e in tutti i tempi, sin dagli albori di un'organizzata coabitazione tra persone. E da allora la formazione dell'idea di pena è stata sostanzialmente la stessa per tutti i popoli, con solo alcune piccole differenze. Pertanto saremmo in errore se affermassimo che l'istituto della pena è stato creato da una nazione e all'interno di una singola epoca storica, ma invece dalla storia di tutta l'umanità, il che spiega il motivo per cui questo problema ha un ben più grande significato storico, filosofico, etico di ogni altro aspetto giuridico puramente penale.

Ma come ha fatto la sua prima apparizione la pena? È stato prima definito l'obiettivo oppure è venuta prima la pena e poi è stato definito l'obiettivo? Nietzsche, per esempio, riteneva che fosse un errore di ingenuità e di valutazione cercare un qualche “scopo” nella pena, per esempio la vendetta o l'intimidazione, e quindi impostare questa intenzione all'inizio come la causa della punizione. L'intenzione è solo l'ultimo criterio che dovrebbe essere applicato alla storia

⁴ Гинс Г. К. Право и культура. М. 2012, с. 49 (G.K. Gul, *Diritto e Cultura*, 2012, p. 49).

⁵ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. социологии Метод. М., Наука 1991, с. 86 (E. DURKHEIM, *Sulla divisione del lavoro sociale: il metodo sociologico*, Mosca, Nauka, 1991, p. 86).

della pena dal momento che, non importa quanto siano grandi le intuizioni regalateci da qualsivoglia autorità fisiologica (o anche da un istituto giuridico come quello del diritto pubblico), resta il fatto che non abbiamo ancora capito la sua origine⁶.

Secondo Nietzsche, la storia della pena e del diritto ad essa nasce dal rapporto contrattuale tra creditore e debitore, che è antico quanto i soggetti di diritto e si rivolge a forme di base come l'acquisto, la vendita, la permuta e il commercio. In questo senso, la punizione è considerata come retribuzione, come il rimborso del debito. Pertanto l'autore del reato è come un debitore che non solo non rimborsa i suoi profitti e depositi, ma che in più viola il suo creditore, perché, in tutta onestà, quel creditore è non solo privato nel futuro di tutti questi benefici e vantaggi, ma gli si ricorda anche ora del prezzo di tutti questi benefici. L'ira del creditore ferito e la rabbia della comunità riportano il debitore allo stato brado, uno stato illegale da cui è stato protetto fino ad ora.

La comunità lo espelle, e ora è esposto a tutti i tipi di potenziali ostilità⁷.

Ma ci si chiede: di quale entità deve essere la sofferenza per la redenzione del debito? Nietzsche ritiene che questa debba essere nella misura in cui l'inflizione di sofferenze dà la massima soddisfazione a seconda di come la vittima misura la propria perdita. Secondo la credenza popolare, la prima espressione del concetto di pena fra tutte le nazioni è stata la vendetta di sangue o faida, che è geneticamente associata a questo concetto. Qui I. Foinitsky osserva che nelle fasi iniziali della storia della pena, le attività punitive appartenevano agli individui che erano stati vittima degli atti criminali. La pena non esiste, è sostituita dalla vendetta⁸. Hegel collega la conversione della vendetta privata in sanzione penale con il momento della costituzione dello stato⁹.

L'essenza della vendetta di sangue è che il male inflitto a qualcuno, o qualcosa o attraverso un'altra azione – deve necessariamente essere ricompensato a sua volta con il male, quindi qualsiasi reato dovrebbe essere seguito dalla punizione, dalla vendetta. Se l'insulto coinvolge il sangue, come nel caso dell'omicidio, allora la vendetta che ne segue deve essere di sangue – sangue per sangue. Questo era non solo una retribuzione, ma anche un dovere morale, un dovere sacro, essendo una sola alla fine la soddisfazione del senso di appartenenza. A questo proposito, va sottolineato che, attraverso la vendetta, l'uomo trova il suo senso di giustizia, perché si rende conto non solo che l'altro gli ha arrecato un

⁶ Ницше Ф. По ту сторону добра и зла. К генеалогии морали. М. 2001, с. 285 (F. NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male: la genealogia della morale*, 2001, p. 285).

⁷ Ницше Ф. Указ. раб., сс. 271-274 (*ibid.*, pp. 271-274).

⁸ Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. СПб., 1889, с. 18.

⁹ См.: Гегель Г. В. Ф. права Философия. М., 1953, с. 146 (G.W.F. HEGEL, *Elementi della filosofia del diritto*, Mosca, 1953, p. 146).

dolore fisico o una perdita materiale ma, cosa più importante, capisce e riconosce che è stato umiliato e offeso. Questo è il motivo per cui gli individui iniziarono a pensare che era solo attraverso una faida che sarebbero stati in grado di lavare via la propria umiliazione e, di conseguenza, soddisfare il proprio senso interiore di giustizia. Non è quindi del tutto corretto supporre che la vendetta di sangue fosse una punizione basata su principi immorali – era pienamente coerente con il livello morale dello sviluppo di quel periodo. Allo stesso tempo, la vendetta di sangue era l'antica misura di protezione sociale di una società primitiva composta di individui che non avevano altri mezzi per garantire la pace, la tranquillità e la sicurezza.

Secondo R. M. e K. H. Berndt, “in generale, la tradizione della faida di sangue svolge anche la funzione di mantenere l'ordine nella società”¹⁰. Le tradizioni fanno la loro comparsa nella società quando la regola di comportamento, a causa del suo utilizzo nel lungo periodo, diventa una consuetudine. Le consuetudini assumono uno status vincolante e sono rese sacre dalla religione e disciplinate dalle regole della morale.

La vendetta dovrebbe anche essere vista come un dovere morale, perché qualsiasi offesa subita da uno dei membri della tribù o della comunità è come se fosse subita da tutti e, naturalmente, provoca un sentimento generale di vendetta. In questo caso, tutti i membri della comunità mostrano compassione per la vittima come se lo fossero loro stessi, il che indica la presenza di un elemento morale, anche se in questa reazione da parte della comunità per questo tipo di reato predomina in maniera schiacciante l'istinto di sopravvivenza della comunità.

N.S. Tagantsev afferma che “vendere la giustizia terrena equivale a restaurare il dominio dei poteri morali della giustizia attraverso la distruzione e la sofferenza di coloro che si diletano contro questo ordine”¹¹. Se riteniamo che la morale serva principalmente come un prodotto delle masse, allora la faida di sangue in quanto ideale morale, generata da una comunità, ha una base morale, perché è profondamente radicata nelle note organizzazioni della comunità, nelle loro abitudini, costumi e tradizioni. Di conseguenza, i principi morali sono qualcosa che unisce la pena e la vendetta di sangue, che rappresentava per la famiglia e il clan un dovere sacro. Le tradizioni di quei tempi antichi richiedevano l'obbligo di trasferire di generazione in generazione il debito della vendetta ereditato. Questo succedeva quanto il reato consisteva in un insulto personale e la risposta ad esso aveva preso la forma della severa vendetta, non contenuta in

¹⁰ Берндт Р. М., Берндт К. Х. Мир первых австралийцев. М. 1981, с. 281 (R.M. BERNDT, C. BERNDT, *Il mondo dei primi australiani*, Mosca, 1981, p. 281).

¹¹ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Часть общая, т. 2, 1902, с. 887 (N.S. TAGANTSEV, *Diritto penale russo*, vol. 2, 1902, p. 887).

alcun modo, e questo era coerente e approvato dai costumi del tempo.

Possiamo considerare la vendetta come un fenomeno legale? In termini più generali il significato della vendetta può essere espresso come segue: si tratterebbe della richiesta di pena per un'offesa di sangue, che, secondo G.V. Maltsev, sarebbe un sentimento di malcontento (rabbia o indignazione) vissuto in maniera più o meno acuta da una o più persone e provocato dalla perdita o dalla privazione delle opportunità di vita a causa delle azioni di un'altra persona o persone¹².

Alcuni credono che la tradizione della vendetta di sangue, così come le regole di condotta, non possa essere classificata come una norma morale o legale¹³. Secondo altri, l'istituzione della faida di sangue avrebbe un carattere pubblico, creato interamente e nella sua totalità dalle condizioni di vita sociale degli antichi popoli¹⁴. Come si può vedere, la natura giuridica della vendetta è contestata per motivi tecnici, citando il fatto che la vendetta del sangue non è una legge, poiché, per definizione, non esisteva nessuna legge nelle società pre-statali. Tuttavia, queste società hanno avuto standard etici di comportamento che sono stati adottati dalla comunità e la cui osservanza è stata protetta. È quindi una conclusione improbabile quella che legghi la sostanza legale e giuridica della vendetta con l'emergere della struttura statale.

I principi di equivalenza e di taglione sono stati i primi concetti a formarsi all'interno della storia della vendetta. L'introduzione del taglione nella pratica della faida di sangue è stata in linea di principio l'inizio della comparsa dell'istituto della pena in risposta a un crimine. “Per la maggior offesa, una pena maggiore” è il principio del taglione, e si deve quindi concordare con G.V. Maltsev quando scrive: “Non importa quanto scrutiamo nelle profondità della storia dell'istituzione della vendetta, vediamo dall'inizio alla fine che la faida è vista come il diritto di un gruppo contro un altro. Nessun altro ‘diritto’ in epoca arcaica era percepito dalle persone come tanto importante, o era così significativo e indiscutibile come il diritto alla vendetta di sangue¹⁵.”

Maltsev afferma inoltre che “il processo della genesi dell'istituzione della

¹² Мальцев Г. В. Месть и возмездие в древнем праве. М. 2012, с. 129 (G.V. MALTSEV, *Vendetta e retribuzione nelle leggi antiche*, 2012, p. 129).

¹³ См.: Жильцов С. В. Смертная казнь в России: историко-правовой очерк. Право на смертную казнь: Сб. Статей под ред. Малько А. В. М. 2004, с. 6 (S.V. JILCHOV, *La pena di morte in Russia*, saggio storico-legale nel diritto della pena di morte, ed. A.V. MALKO, Mosca, 2004, p. 6).

¹⁴ См.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. В 2 т. М. 1994, т. 2, с. 16 (N.S. TAGANTSEV, *Diritto penale russo*, 2 voll., 1994, vol. 2, p. 16).

¹⁵ См.: Мальцев Г. В. Указ. Раб., С. 216 (G.V. MALTSEV, *Vendetta e retribuzione nelle leggi antiche*, cit., p. 216).

vendetta di sangue è coinciso nel tempo con la formazione dei più antichi sistemi di diritto consuetudinario”¹⁶. In effetti, se l'istituzione della vendetta aveva già risolto alcuni dei problemi della società, in termini di risoluzione dei conflitti e di prevenzione del crimine, e se l'istituzione della vendetta era stata adottata dalla comunità, perché non dovrebbe essere considerata giuridica, legale?

Dopo tutto, la faida di sangue ha dato origine alla legge del taglione, che, dopo una fase di evoluzione, è entrata a far parte del diritto penale dei primi stati come punizione, cioè retribuzione. Ogni qual volta si arrivi fino alle radici logiche e storiche del sistema della pena per un reato, o quando si discutano questioni come la legittimità della privazione della libertà umana e della pena di morte si possono chiaramente vedere i legami impliciti ma forti tra il diritto moderno e l'antica legge del taglione.

Se l'istituzione della vendetta non aveva alcun senso giuridico (legale), allora perché è stato necessario nel corso del tempo cancellarla dagli atti ufficiali dei singoli Stati? Ad esempio, nell'antica Rus, la vendetta fu abolita nel XI secolo durante il regno di Yaroslavichy. In Cina, l'istituzione è stata vietata nel III secolo a.C., durante il regno dell'imperatore Xiao-Gouna a seguito delle riforme attuate dal legalista Shang Yang; e l'abolizione della vendetta di sangue nell'antica India è associata a un periodo estremamente recente. In molte nazioni, anche dopo la sua abolizione, la faida di sangue ha continuato per lungo tempo a svolgere un ruolo nella vita sociale. In Europa, per esempio, in luoghi che oggi corrispondono a Francia, Irlanda, Polonia e Repubblica Ceca, i casi di vendetta sono stati osservati anche dopo i secoli XV-XVI, mentre nel Vicino e Medio Oriente e nel Caucaso questa si applica ancora oggi. Come ha scritto Platone: “le macchie di sangue non possono essere lavate via fino a quando le anime dei colpevoli non hanno riscattato i loro crimini nello stesso modo: l'omicidio per la morte per mano di assassini. Pertanto, tutti dovrebbero astenersi da tali crimini per paura di una pubblica esposizione”¹⁷.

Nel corso del tempo, la vendetta di sangue è passata dall'essere un diritto di nascita all'appartenere alla religione, vale a dire dalla giurisdizione del gruppo tribale di consanguinei alle autorità della comunità religiosa. Ma nessuna religione può vietare la vendetta da un giorno all'altro, dal momento che questa aveva regolato i rapporti tra le comunità, le tribù e popoli per migliaia di anni. E anche se la religione fosse stata seriamente tentata di eliminare la vendetta di sangue in un sol colpo, è improbabile che questo sarebbe successo dal momento che tutti i messaggi divini erano a favore della vendetta, che è sempre stata considerata

¹⁶ См.: Мальцев Г. В. Указ. Раб., С. 217 (G.V. MALTSEV, *Vendetta e retribuzione nelle leggi antiche*, cit., p. 217).

¹⁷ Платон. Законы. Платон. Соч. В 3 т. М. 1972, тт. 3,4,2, с. 312 (PLATONE, *Leggi*, 3 voll., 1972, vol. 3: 4: 2, p. 312).

ammissibile dalle leggi morali di ogni nazione e che ha contribuito alla risoluzione dei conflitti di sangue e delle controversie che sorgevano tra gli individui. Data la sua lunga storia, la pena era dunque basata su una potente volontà umana, così come ogni creatura vivente è legata all'istinto di autoconservazione, cioè a una reazione alle minacce che provengano dall'esterno; allo stesso tempo però non si trattava di qualcosa di inconscio, ma di qualcosa di benedetto dal coinvolgimento della mente, unito all'idea della predestinazione. Si tratta di una ritorsione intenzionale dell'uomo per il male subito con lo scopo di eliminare il nemico, e così proteggersi dall'attacco. In questo modo, un'azione istintiva umana – la vendetta – diventa il prototipo per il moderno istituto della pena.

Possiamo ritrovare gli embrioni di quella che oggi chiamiamo pena nei fenomeni sociali e naturali, nelle reazioni tra gli individui che sono alla base delle strategie di autoconservazione contro i pericoli esterni che minacciano l'esistenza della comunità. Queste reazioni non avevano il carattere di vendetta individuale, ma esistevano come tradizioni e regole adottate da tutti i membri della comunità ed erano compito di tutti. Sappiamo ad esempio che in tutte le società primitive, anche nelle tribù più isolate, ci sono stati casi di membri condannati a morte per tradimento contro la comunità, per blasfemia e stregoneria. La pena per questi atti era espressa attraverso la reazione della comunità, incanalata come espressione organizzata del malcontento pubblico sotto forma di indignazione pubblica e non come vendetta in generale. Si tratta di una punizione pubblica perché il pericolo provocato da questi atti deve essere percepito da tutti i membri della comunità.

A sostegno di questo, Durkheim prende atto dell'esistenza di una coscienza collettiva che agisce come un sistema di credenze e sentimenti basati sul senso comune che si trova in una società. Ogni azione diventa criminale quando si offendono i ben definiti stati di quella coscienza collettiva¹⁸, ad esempio, l'azione che più di tutte costituiva un pericolo per le società primitive era la stregoneria – la credenza nella capacità di alcuni individui della comunità di avere poteri sovranaturali. Se una strega o uno stregone fossero stati visti fermare la caduta della pioggia, sarebbero stati dannati come i peggiori nemici per la comunità e inevitabilmente soggetti alla pena di morte, dal momento che avrebbero rappresentato un serio pericolo per tutti gli altri membri della società.

La pena era necessaria nei tempi primitivi, perché evitava il verificarsi di un pericolo evidente per la società, ma la pena di morte non era considerata in funzione del prendersi la rivincita su un traditore o una strega, era stabilita avendo in mente in concetto di redenzione. Tuttavia, questa redenzione non era nell'in-

¹⁸ Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. социологии Метод. М., Наука 1991, сс. 80-81 (E. DURKHEIM, *Sulla divisione del lavoro sociale: il metodo sociologico*, Mosca, Nauka, 1991, pp. 80-81).

teresse del solo reo, ma in quello di tutta la società, con l'obiettivo di scongiurare la vendetta di un essere soprannaturale che si sarebbe riversata su tutti i membri di quella tale società – questa tradizione della pena nella forma della condanna a morte è in realtà il sacrificio. Si può dunque concludere che la pena come mezzo di prevenzione delle manifestazioni socialmente pericolose non deriva dalla personale vendetta privata; la sua comparsa si fa risalire al momento in cui la società primitiva ha cominciato a sentirsi minacciata da esseri soprannaturali, una condizione la cui causa potrebbe essere imputata al comportamento di uno dei membri della comunità. Finché l'individuo fonte di questo pericolo fosse rimasto all'interno della comunità, sarebbe stato indispensabile che la comunità lo isolasse, al fine di evitare la vendetta soprannaturale.

Ora l'esistenza e l'uso della pena di morte per colpe come la stregoneria possono oggi sembrare strani, ma sappiamo che queste situazioni si sono realmente verificate allo scopo di contenere un pericolo più grave per gli individui di quei tempi, anche se raramente le troviamo documentate. La pena di morte poteva, ad esempio, essere imposta a seguito di gesti irriverenti e atti contro i capi. Fraser cita alcuni esempi di applicazione della pena per coloro che violano i divieti: ad esempio, in Africa, pena la morte, a nessun essere umano o animale era permesso guardare il re di Loango, mentre mangiava o beveva. Una volta accadde che il figlio del sovrano corse nella stanza in cui egli stava cenando, il padre allora ordinò che fosse squartato sul posto e poi espose pubblicamente le parti smembrate del corpo del ragazzo. In verità, guardare il re del Dahomey mangiare era un atto similmente punibile. Tra le popolazioni delle Isole Andamane, quando un uomo ne uccideva un altro in una battaglia tra villaggi o in una lite privata, era costretto a lasciare il suo paese per vivere in isolamento nella giungla, dove doveva rimanere per settimane o addirittura mesi e poi prendere parte a un rito di purificazione. Le stesse tradizioni, regole e sanzioni esistevano tra le diverse tribù di luoghi come l'Africa, il Subcontinente Indiano e la Nuova Guinea¹⁹.

La pena di morte nelle società primitive era determinata non dalla gravità del reato, ma dal fatto che il valore della vita umana era sottostimato. Una pena estremamente crudele, secondo Foucault, era anche uno degli elementi della grandezza della giustizia: il fatto che l'autore del reato gridasse sotto i colpi non era un imbarazzante effetto collaterale, ma la cerimonia della giustizia che si esprimeva in tutta la sua potenza²⁰. Molto spesso, tuttavia, tale crudeltà ha creato l'effetto opposto. Nel suo libro *Notti attiche*, Aulo Gellio ha scritto: "Le leggi inventate da Draco hanno cessato di essere utilizzate, non perché qualcuno le

¹⁹ См.: Фрезер Д. Д. ветвь Золотая. Исследования магии и религии. М. 1986, сс. 188-250, с. 240 (J.G. FRAZER, *Il ramo d'oro*, 1986, pp. 188-250, p. 240).

²⁰ См.: Фуко М. Надзирать и наказывать. М. 1999, с. 90 (M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire: la nascita della prigione*, Mosca, 1999, p. 90).

abbia abolite ma perché gli ateniesi avevano tacitamente deciso di non usarle a causa del loro assurdo rigore”. Per alcune nazioni, la pena ha assunto una natura fortemente simbolica; ad esempio, secondo le leggi del re babilonese Hammurabi, a un uomo che avesse ripudiato i suoi genitori adottivi doveva essere tagliata la lingua (articolo 192), a una balia che avesse scambiato un bambino morto per uno vivo avrebbero dovuto essere tagliate le mammelle (194), a un figlio che avesse colpito il padre avrebbero dovuto essere tagliate mani. (195).

Allo stesso tempo, al momento di decidere in merito all'applicazione della pena, si dovrebbe anche prendere in considerazione l'identità del colpevole, la sua comunità e i suoi legami familiari, anche se questi ultimi non dovevano risponderne, non avendo alcuna idea delle motivazioni e delle finalità del reato. È quindi impossibile affermare che i primi uomini fossero estranei ai concetti di giustizia e di moralità. A loro giudizio, lo stesso elemento di divulgazione provocato dalla pena di morte serviva la causa della giustizia, ed è questo il motivo per cui la punizione era uno spettacolo pieno di colori, percepito da tutti come un trionfo della giustizia sulla base della loro morale collettiva.

Inevitabilmente arriva un momento in cui la pena non serve più come mezzo di sicurezza, per proteggere usi, costumi e credenze dagli abusi. Oggi si è intensificata fino a diventare un mezzo di vendetta sanzionata, che non appartiene alla comunità, ma ai suoi singoli membri, che sono vittime di azioni che mettono in pericolo la vita: nel linguaggio giuridico odierno, di crimini. E così la comunità è diventata l'artefice di questo nuovo approccio alla prevenzione di tali manifestazioni, dal momento che è questa a creare la tradizione, guidata da reazioni di odio e crudeltà. A questo proposito, la faida di sangue, come riscontrato in tutte le popolazioni, si è sviluppata sostanzialmente lungo la stessa traiettoria, manifestandosi nelle stesse strutture, essendo coinvolta nelle stesse funzioni, compiendo gli stessi passi ovunque, anche se in tempi diversi.

