

ANTONELLO CALORE

## LA "PENA" E LA "STORIA"



giuffrè editore - 2004

---

*Estratto dal volume:*

**SCRITTI IN RICORDO DI  
BARBARA BONFIGLIO**

ANTONELLO CALORE  
LA "PENNA" E LA "STORIA" (\*)

1. *La pena oggi.*

Avanzare, oggi, una definizione di pena è impresa ardua, come già avvertiva Nietzsche: "Il concetto di 'pena' non presenta più, in realtà, in uno stato molto tardo della civiltà (per esempio nell'Europa odierna), un unico significato, bensì un'intera sintesi di 'significati'; la precedente storia della pena in generale, la storia della sua utilizzazione ai fini più diversi, finisce per cristallizzarsi in una sorta di unità, che è difficile a risolversi, difficile ad analizzarsi e, occorre sottolinearlo, del tutto *impossibile a definirsi*" (1).

La visione del filosofo tedesco, di cui non condivido la conclusione in seguito raggiunta circa il nesso tra la pena e la "cattiva coscienza", è acuta nel cogliere la complessità attuale del concetto, non riconducibile ad un'unica dimensione teorica. Solo l'in-

---

(\*) Parlai con Barbara Bonfiglio dell'intenzione di promuovere un incontro interdisciplinare sulla "pena" il 20 dicembre del 2000, mentre mi accompagnava alla stazione di Brescia.

Barbara collaborava con me da poco tempo, avendo vinto il concorso di Ricercatore nel giugno dell'anno precedente, eppure mi aveva favorevolmente impressionato per le sue capacità organizzative. Ero, pertanto, deciso ad affidarle la gestione di un ciclo dei Seminari di Storia e di Diritto.

I temi considerati erano diversi, ma il rapporto tra la ricerca storica e il concetto di pena mi sembrò il più consono agli studi e alla preparazione scientifica di Barbara.

Si dichiarò entusiasta.

Ci salutammo facendoci gli auguri, con l'intento che, durante le vacanze natalizie, avrei articolato lo schema per discuterlo nell'anno nuovo.

Possibilità che, purtroppo, non ci fu e il tutto finì in un archivio dimenticato. Eva Cantarella, poi, mi ha parlato del volume ed è stato naturale tornare su quello schema a testimonianza della stima e dell'affetto che nutro per Barbara.

(1) F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale* (1887), VI.2, trad. it. Milano 1968, 279 (il corsivo è di Nietzsche).

dagine storica, e in modo particolare quella storico-giuridica, può dar atto, grazie alla "comparazione diacronica" (2), dei molteplici significati combinatisi nel corso del tempo, contribuendo a far comprendere la pena come "istituzione sociale" (3).

Dal punto di vista del diritto la pena è la conseguenza giuridica di un reato, cioè la sanzione predisposta per la violazione di un precetto penale (4).

Come tutte le definizioni, anche questa, per essere inclusiva delle molteplici sfaccettature conseguite nel corso della storia, è molto ampia ma dice poco sulla natura e le funzioni sociali della pena.

Approfondire tali aspetti implica una storicizzazione del concetto, come già intuiva Nuvolone (5). Per comodità espositiva, muoviamo, in forma molto schematica, dalla complessa "impostazione di stampo razionalistico" (6) che dalla fine del Settecento in poi ha dominato la dottrina occidentale della pena.

Del ricorso alla pena sono state, così, date molteplici giustificazioni che possono, a grandi linee, essere riassunte in tre paradigmi (7).

(2) Cfr. A. GUARINO, *La rimozione del diritto e l'esperienza romana*, in *Labeo* 42 (1996), 7-34. La promozione della comparazione diacronica non è concepita in alternativa alla "comparazione sincronica", parimenti importante e complementare negli studi di diritto, ma nemmeno deve ritenersi il contrario.

(3) Sul significato ampio (tecnico ma anche pratico, astratto ma anche ancorato alla realtà concreta) che il concetto di 'istituzione' assume nell'indagine storico-giuridica, vedi R. ORESTANO, *Ventotto pagine necessarie* (1951), in *'Diritto' incontri e scontri*, Bologna 1981, 122-126. Sul problema specifico, si fa propugnatore dell'immagine della pena come "istituzione sociale" D. GARLAND, *Pena e società moderna* (1990), trad. it. Milano 1999, spec. 321-338.

(4) Fra i tanti, vd. G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 1986<sup>12</sup>, 779 s.

(5) Il penalista italiano, in uno dei suoi ultimi lavori interamente dedicato alla pena, così scriveva: "Bisogna distinguere la pena come categoria 'logica' dalla pena come categoria 'storica': chiaramente è da questo secondo angolo visuale che va studiata la pena nel diritto vigente" (P. NUVOLONE, s.v. *Pena (dir. pen.)*, in *ED.* 32, Milano 1982, 790, le sottolineature sono mie).

(6) Cfr. F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Politica del diritto* 31.1 (2000), 267.

(7) Per una più esauriente veduta dei molteplici "scopi" di prevenzione della pena moderna, cfr. M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2000<sup>2</sup>, 321-344.

Vi è innanzitutto la teoria retributiva: le sue applicazioni trovano un comune denominatore nel concetto di pena come castigo affittivo e personale. Sarebbe un'esigenza di giustizia a decretare, contro il male generato dal reato, il male della punizione (8). Si possono ricondurre a tale dottrina due concezioni, frutto di speculazioni filosofiche distanti fra loro. La convinzione kantiana, secondo cui il colpevole merita a priori di essere punito perché lo impone l'imperativo categorico della giustizia (9), e l'idea hegeliana, per cui la pena restaura il diritto negato dall'azione delittuosa del soggetto (10). Di tale teoria, originariamente imperniata sull'idea di vendetta, resta nella moderna penologia occidentale (11) la "visione limitata" della "distribuzione" di una pena proporzionata alla gravità del delitto (12) e il primato dell'autorità dello Stato.

(8) Cfr. G. NEPPI MODONA, s.v. *Pena*, in *Enciclopedia Garzanti*, Milano 1979, 756.

(9) La "retribuzione morale" della pena è affrontata da Kant ne *La metafisica dei costumi* (trad. it. Roma-Bari 1996<sup>4</sup>, 164); il filosofo tedesco rivendica il primato della legge penale sull'utilità della pena: "L'uomo deve essere trovato *passibile di punizione*, prima ancora che si possa pensare di ricavare da questa punizione qualche utilità per lui stesso o per i suoi concittadini" (sottolineature dell'A.) e, poco più avanti, il famoso esempio: "se un popolo abitante un'isola si decidesse a separarsi e a disperdersi per tutto il mondo, l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione: perché questo popolo potrebbe allora venir considerato come complice di questa violazione pubblica della giustizia" (166-167).

(10) Per la "retribuzione giuridica" hegeliana vedi i *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. Roma-Bari 1996<sup>5</sup>, 90: "Il togliere il delitto in tanto è retribuzione, in quanto essa secondo il concetto è lesione della lesione e secondo l'esserci del delitto ha un'estensione determinata, qualitativa e quantitativa, quindi anche la di lui negazione come esserci ha un'altrettale estensione". L'unità etico-giuridica della punizione è, infatti, nell'agire razionale del colpevole: "Poiché nella sua (= del delinquente) azione come azione di un essere razionale è implicito che essa è qualcosa di universale, che ad opera di essa è stabilita una legge ch'egli nella sua azione ha riconosciuto per sé, sotto la quale legge egli dunque può venir sussunto come sotto il suo diritto" (F. HEGEL, *Lineamenti*, cit., 89-90). Sugli aspetti della retribuzione kantiana ed hegeliana, vedi le osservazioni critiche di M. RONCO, *Il problema della pena. (Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena)*, Torino 1996, 74-85.

(11) Per un efficace sguardo d'insieme, vedi la raccolta di saggi curata da L. EUSEBI, *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano 1989, spec. 3-136 e in particolare, per la critica alle teorie della pena di Kant e Hegel, lo scritto di U. KLUG, *Il commiato da Kant e da Hegel* (1981), 3-9.

(12) Sull'intero argomento per una visione di sintesi, cfr. M.A. CATTANEO, s.v. *Pena (filosofia)*, in *ED.* 32, Milano 1982, 701-712.

La seconda classificazione è caratterizzata dal concetto di 'prevenzione'. La pena viene giustificata come strumento per prevenire i delitti, evitando così la contrapposizione di un male ad altro male. Sono principalmente due i tipi di prevenzione: "generale" e "speciale". Nella prevenzione "generale", la punizione del colpevole dovrebbe funzionare come deterrente verso gli altri consociati: "da un punto di vista psicologico, la pena, o meglio la minaccia della pena, e l'esempio della sua esecuzione, esercita necessariamente una funzione intimidatrice, o, come si suol dire, di prevenzione generale" (13). Ritroviamo, in tale concezione, influssi di dottrine filosofiche del passato, come quella di Beccaria di matrice illuminista (14) e quella di Feuerbach "punto di passaggio tra la filosofia del diritto penale del Settecento e la scienza del diritto penale dell'Ottocento" (15). Accanto alla prevenzione "generale" esiste, come già premesso, la prevenzione "speciale", secondo cui la pena inflitta al reo dovrebbe neutralizzarne la pericolosità (16).

Collegata a quest'ultimo tipo di "prevenzione", per l'attenzione prestata all'autore del reato, è il terzo paradigma dell'emenda, della correzione, della risocializzazione del reo. Il colpevole deve essere aiutato a ravvedersi al fine di non commettere più reati (17). Scopo della sanzione è la rieducazione civile del

(13) P. NUVOLONE, *s.v. Pena (dir. pen.)*, cit., 789, il quale ribadisce come tale aspetto, che costituisce la "giustificazione pratica" della pena, sia "ineliminabile dalla teoria della pena".

(14) Il fine della pena per C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1984, consiste nell'impedire "al reo dal fare nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali" (55). Per uno sguardo d'insieme vedi F. SCUBBI, N. MAZZACUVA (a cura di), *Istituzioni di diritto penale*, Bologna 1994, 11-26.

(15) Così M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, 279, per il quale fu Feuerbach ad estrinsecare in modo definitivo la distinzione "fra 'minaccia' della pena formulata dalla legge e 'inflizione' ed 'esecuzione' della stessa nel caso concreto" (M.A. CATTANEO, *s.v. Pena (filosofia)*, cit., 705).

(16) Capostipite di tale rappresentazione fu K. GROLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* (1798), rist. anast. Glashütten in Taunus 1970. Riprende l'idea, rielaborandola in funzione di una migliore individualizzazione della sanzione, F. VON LITZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), trad. it. Milano 1962, su cui vedi breviter, F. SCUBBI, N. MAZZACUVA (a cura di), *Istituzioni di diritto penale*, cit., 49-52.

(17) G. NEPPI MODONA, *s.v. Pena*, cit., 756. Fautore di tale dottrina fu Karl Röder (*Sul fondamento e sullo scopo della pena in riguardo alla teoria dell'emenda*, in *Rivista Penale*, 2 [1875], 273 ss.). Per l'Italia vedi le opere di V. LANZA, *L'umanesimo nel diritto*

criminale per riammetterlo nella collettività. In questo modo si attenua, fin quasi a farlo scomparire, l'aspetto afflittivo della pena per esaltarne quello correttivo. Tale concezione, perseguita in modo particolare dai sistemi di *Welfare*, vede nel reo un deviato da curare, così come nella criminalità una malattia (18).

L'ordinamento giuridico italiano, come l'insieme dei sistemi penali europei moderni, è caratterizzato da una visione sincretica della pena, volta a perseguire l'idea preventiva della "difesa sociale" con conseguente recupero civile dell'autore del reato, senza rinunciare allo schema della sanzione penale come retribuzione.

Tale concezione "polifunzionale", che si evince in modo differenziato dalle tre fasi di attuazione (minaccia legale, inflizione ed esecuzione della pena) (19), ha segnato la nascita del nostro sistema penale (20). Come scriveva Antolisei, la pena nel codice vigente "è un *mixtum compositum*, nel quale l'idea dell'emenda del reo ha un'influenza considerevole accanto al concetto centrale del corrispettivo" (21).

Non v'è dubbio però che, dal dopoguerra, la teoria della "nuova difesa sociale", per cui la pena deve perseguire più di ogni altra cosa il recupero sociale del condannato, è diventato l'indirizzo guida: "punire ha come obiettivo principale quello di isolare il deviante dal gruppo sociale, di neutralizzare la sua pericolosità e di riammetterlo nel gruppo solo dopo averlo 'rieducato' all'obbedienza e alla disciplina sociale" (22). Una chiara espressione normativa di questo modo di pensare la difesa sociale è nell'articolo 27, comma 3, della Costituzione: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono ten-

*penale*, Palermo 1906 e *Umanesimo e diritto penale*, Catania 1929<sup>2</sup>. Può essere ricondotto nell'alveo di tale concezione il pensiero di Ugo Spirito (sull'argomento vedi breviter, M.A. CATTANEO, *s.v. Pena (filos.)*, cit., 706-707).

(18) Per uno sguardo più generale, complessivo della cultura occidentale, vedi D. GARLAND, *Penal Modernism and Postmodernism*, in T.G. BLOMBERG, S. COHEN (eds.), *Punishment and Social Control*, New York 1995.

(19) Vedi C. FIORE, *Diritto penale*, II, Torino 1995, 181-184.

(20) Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.s. 4 (1961), 297 ss.; P. NUVOLONE, *s.v. Pena (dir. pen.)*, cit., 790.

(21) F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Milano 1947, 367.

(22) D. ZOLO, *Filosofia della pena e istituzioni penitenziarie*, in *Iride* 32 (aprile 2001), 50.

dere alla rieducazione del condannato" (23). Nella prospettiva fissata da questa norma costituzionale sono seguiti specifici e qualificanti interventi legislativi, tra i quali deve considerarsi centrale l'ordinamento penitenziario del 1975 (24).

Dunque il sistema punitivo appare nelle dottrine contemporanee volto a difendere la società dal crimine, per mezzo della capacità intimidatoria e rieducativa della pena (pensata e misurata come retribuzione). In questo quadro, la misura fondamentale, lo strumento principe è il carcere, inteso come la pena "razionale" per eccellenza della penologia (25) occidentale (26), senza la quale sarebbe impossibile costruire un sistema sanzionatorio: "l'istituzione carceraria ha ormai da lungo tempo raggiunto lo *status* di istituzione insostituibile" (27).

Tuttavia, nonostante questa asserita insostituibilità, una discussione sul carcere si è sviluppata, investendo non solo le modalità concrete della reclusione, ma più in generale la funzione dei meccanismi di privazione della libertà e di afflizione derivanti dal diritto penale.

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, la dottrina ha registrato una crisi profonda della funzione rieducativa della pena in seguito ad una radicale messa in discussione dell'efficacia e della "razionalità" del sistema penitenziario (28).

(23) Il testo realizza un compromesso tra la concezione della pena propria della "scuola classica di diritto penale" e quella della "scuola positiva" (cfr. il dibattito sviluppatosi nell'Assemblea Costituente prima dell'approvazione del comma e la modifica apportata dal Comitato di redazione, V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO (a cura di), *La Costituzione della repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano 1979, 98-99).

(24) Cfr. F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova 1985<sup>3</sup>; A. PRESUTTI, *L'effettività della pena nel contesto della fase esecutiva*, in AA.VV., *L'effettività della sanzione penale*, Milano 1998.

(25) Si intende per penologia — seguendo Garland — "quella scienza che si colloca nel contesto delle istituzioni penali, studiandone l'operatività interna" (D. GARLAND, *Pena e società moderna*, cit., 48).

(26) D. ZOLO, *Filosofia della pena e istituzioni penitenziarie*, cit., 51.

(27) E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino 1997, 31.

(28) In Italia ricordiamo in particolare una serie di scritti della seconda metà degli anni Ottanta, cfr. E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in V. GREVI (a cura di), *Diritto dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna 1981, 55-97; con speciale attenzione ai problemi della pena criminale nella legislazione italiana fino agli anni Novanta, vedi la sintesi efficace di G. VASSALLI, *La pena in Italia*

Fatti concreti che dimostrano la crisi possono considerarsi: anzitutto la tendenza della carcerazione a favorire la recidiva e l'assenza di effettiva rieducazione; in secondo luogo l'insufficienza delle misure alternative (la pena pecuniaria, la libertà vigilata) ad abbassare i tassi di criminalità.

L'analisi teorica coglie questa impasse. Si pensi alla riflessione, fondamentale, di Michel Foucault, per cui la pena sarebbe una forma di potere in sé, volta al controllo dei consociati attraverso una "normalizzazione" coatta dei comportamenti, che si conseguirebbe mediante le tecniche penitenziarie (29).

La concezione illuministica, secondo cui la pena è "uno dei tanti strumenti che aiutano a edificare una società giusta e a organizzare istituzioni in grado di migliorare il genere umano" (30), appare smentita dalla realtà, ogni volta che guardiamo da vicino l'applicazione pratica delle pene carcerarie.

Il carcere, infatti, se da una parte ha rappresentato senz'altro l'alternativa più umana alle pene corporali dall'altra non si può dire che abbia raggiunto l'obiettivo principale che gli era stato assegnato di rieducare l'autore del delitto (31). Recenti

oggi, in *Studi Nuovolone*, I, Milano 1991, 619-656; adde L. EUSEBI, *La pena 'in crisi'. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990.

(29) M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione* (1975), trad. it. Torino 1976. Oltre all'analisi sistematica dello studioso francese, possiamo riscontrare un articolato pensiero critico all'interno del sapere giuridico. Cfr., ad esempio, la ricerca di Luigi Ferrajoli sul "paradigma garantista", per cui se la rieducazione e la riabilitazione appaiono obiettivi irrealizzabili sarebbe utile tornare alle misure punitive, intese come strumenti di deterrenza del crimine (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1997); oppure le recenti riflessioni di taglio filosofico con l'invito a considerare la pena come "riparazione" (cfr. F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN [a cura di], *Pena e Riparazione*, Padova 2000, 1-109) o liberata dal portato metafisico attraverso la relativizzazione dei suoi fondamenti (vedi i contributi di D. ZOLO, G. VATTIMO, D. MELOSSI, M. PAVARINI, T. PITCH in *Iride*, cit., 45-122, in particolare il saggio di Vattimo); o ancora la presa di coscienza della crisi, in forme variegiate, nell'ambito della scienza penalistica (vedi, ad esempio, sul riemergere di tendenze neo-retribuzionistiche M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., spec. 107 ss.; sul perseguimento dell'indirizzo risocializzativo a favore di modelli sanzionatori alternativi al carcere, cfr. L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Democrazia e Diritto* 2 [2000], 114-156, ivi bibl.; su una razionalità della pena "dotata di un fondamento più debole", cfr. F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena?*, cit., 278-279).

(30) D. GARLAND, *Pena e società moderna*, cit., 46.

(31) Per un'analisi recente sulla storia del carcere come manifestazione dell'ordine politico storicamente determinato, dalla formazione dello Stato liberale (XVIII-XIX

indagini hanno colto costanti caratteriali negative nei soggetti detenuti: erosione dell'individualità; deculturazione; danni fisici e psicologici; estriamento (32). Inoltre tra i reclusi, sottoposti per lungo tempo al regime di carcere duro, si registra un'alta percentuale di pazzi e di suicidi (33).

La pena, quindi, mantiene la sua complessità, a cui si aggiunge, oggi, una crisi profonda: "è la funzione della pena, in altre parole, che appare in crisi, mentre singole funzioni ad essa tradizionalmente attribuite sembrano aver esaurito, per così dire, la gamma delle possibili modulazioni del tema di base" (34).

Affrontare l'intero fenomeno concentrandosi esclusivamente sulla riforma istituzionale del sistema penale in vigore o su una rinnovata efficienza, tra l'altro sempre auspicabile, del sistema penitenziario significa dare risposte parziali di mera "ingegneria istituzionale" (35) e di "penologia tecnocratica" (36).

Il problema della pena necessita di una riflessione più ampia, che tenga conto della sfasatura esistente tra la riflessione teorica e la prassi. Bisogna, cioè, essere coscienti del significato politico-simbolico della pena, che la rende un'istituzione (37) collegata ai fattori sociali, politici e culturali di una determinata organizzazione sociale (38).

---

secolo) alla crisi dello Stato del Welfare (XX secolo), in riferimento alle funzioni della pena, vedi E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, cit. Bibliografia esauriente sulla storia del carcere moderno in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 448 nt. 132.

(32) F. CERAUDO, *Principi fondamentali di medicina penitenziaria*, Pisa 1988, 149.

(33) Cfr. *Il carcere trasparente. Primo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, Associazione Antigone (a cura di), Roma 2000, 228 ss.

(34) L. EUSEBI, *La pena 'in crisi'. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., 11. Sul fallimento del carcere in funzione correzionale, vedi da ultimo M. PAVARINI, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il diritto penale minimo*, Roma 2003, 256 ss.

(35) E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, cit., 100.

(36) Cfr. M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, cit., 340-341.

(37) Come afferma D. GARLAND, *Pena e società moderna*, cit., 59: "la pena è una precisa successione legale di eventi, ma la sua esistenza e il suo campo di intervento dipendono da un più vasto contesto di forze e di circostanze sociali", per comprenderne il senso complessivo — prosegue Garland — "abbiamo proposto di utilizzare il concetto di istituzione sociale. La penalità, infatti, non deve essere intesa come un particolare tipo di evento o di relazione, ma come un'istituzione sociale che, per definizione sottintende la complessità di struttura e la densità di significato" (326).

(38) Al riguardo resta ancora valida la lezione di Emile Durkheim sulla funzione

Nell'approccio polidimensionale al significato del punire, accanto agli indispensabili contributi dell'analisi filosofica e sociologica, un apporto può venire anche dalla ricerca storico-giuridica. La consapevolezza dello storico di avere sempre a che fare con realtà complesse e di compiere, per mezzo delle proprie indagini, una relativizzazione dell'oggetto studiato concorre a ritenere la pena non un mezzo tecnico, legale-amministrativo, finalizzato al solo trattamento dei criminali, quanto piuttosto il prodotto complesso di una *koinè* (39), che risente "delle incertezze e delle contraddizioni della nostra società" (40).

La comparazione tra vicende storicamente lontane ci aiuta a leggere in prospettiva i fatti a noi contemporanei (41). Su questa base, ritengo possa essere utile riflettere sulla pena nell'esperienza giuridica romana. Si tratta di realtà e regole assai distanti dai sistemi penali moderni ma che pure hanno in comune almeno due aspetti: il rapporto tra illecito e sanzione e la funzione della pena nel contesto sociale in cui l'illecito assume rilevanza e produce effetti.

## 2. La punizione dell'omicidio nel diritto arcaico romano.

Oggetto dell'analisi è la vicenda relativa alla repressione dell'omicidio nella fase arcaica della storia di Roma, più precisamente dalle origini alla metà del V sec. a.C.

Fu questo un periodo alquanto nebuloso (42) ma, come si in-

---

della pena come collante sociale (E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale* [1893], trad. it. Milano 1996, 126); a cui si ispira R. GIRARD, *Il capro espiatorio* (1982), trad. it. Milano 1987.

(39) Per D. GARLAND, *Pena e società moderna*, cit., 332, la pena sarebbe: "espressione del potere esercitato dallo Stato, un'affermazione di moralità collettiva, un veicolo per rivelare le emozioni, una politica sociale condizionata dalla sfera economica, un'incarnazione delle sensibilità condivise e un insieme di simboli che mostrano un *ethos* culturale e contribuiscono a creare un'identità sociale".

(40) Era la conclusione a cui giungeva un attento studioso italiano della pena: P. NUVOLONE, s.v. *Pena (dir. pen.)*, cit., 817.

(41) È questo uno degli effetti più fecondi dello studio della storia. Realizzata, infatti, la tensione tra presente e passato, "questa meta complica e arricchisce la nostra visione dell'uomo e del mondo; ci aiuta a mettere in prospettiva la nostra stessa esperienza, liberandola da ogni esclusivismo o tentazione assolutistica" (come scrive lucidamente M. BREONE, *Dieci modi di vivere il passato*, Roma-Bari 1991, 95).

(42) Contro il pessimismo della storiografia dell'inizio del secolo scorso di poter

tuisce dalle poche testimonianze dirette e dalle molte indirette<sup>(43)</sup>, segnato da trasformazioni epocali che caratterizzarono l'intera esperienza giuridica romana e, in seguito, influenzarono, per i singolari casi della storia, la formazione dell'intera scienza del diritto europeo-continentale. Accadde che da una realtà permeata da "un continuum magico-religioso-giuridico"<sup>(44)</sup>, dove la valutazione giuridica dell'agire dei consociati era strettamente intrecciata a quella religiosa, si passò ad un sistema di diritto autonomo<sup>(45)</sup>. Si trattò di un processo lento ma inarrestabile<sup>(46)</sup>, che ebbe nella formazione della città-stato<sup>(47)</sup> la sua causa più rilevante. Tra il VI e il IV secolo a.C.<sup>(48)</sup>, registriamo la nascita

indagare il periodo delle origini di Roma, utilizzando la stessa tradizione romana, vedi ora lo studio di A. CARANDINI, *La nascita di Roma*, Torino 1997, per un quadro di sintesi spec. 491-520.

<sup>(43)</sup> Le recenti ricerche di archeologia, antropologia e storia (dell'economia, delle istituzioni politiche, della religione, del diritto, della lingua) tendono a rivalutare la versione tradizionale elaborata e tramandata da antiquari e storici di epoche più tarde: Polibio, Varrone, Cicerone, Dionigi di Alicarnasso, Livio, Valerio Massimo, Plutarco, Plinio il Vecchio, Gellio.

<sup>(44)</sup> A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 4. Sull'endiadi *ius-fas*, cfr. A. CALORE, "Iurare per Iovem lapidem..." alle origini del giuramento. Aspetti del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana, Milano 2000, 4 nt. 10.

<sup>(45)</sup> È lo *ius* che si tecnicizza, acquistando un valore autonomo, in funzione del costituirsi della città-stato. Un'idea questa ben espressa nel concetto moderno di 'ordinamento giuridico', sconosciuto però alla cultura romana (vedi M. BRUTTI, *s.v. Ordinamento giuridico (profili storici)*, in *ED.* 30, Milano 1980, 654-678). Contrario all'uso di 'ordinamento giuridico' per l'esperienza romana è P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino 1960 (più diffusamente, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino 1965), che propone forme concettuali meno attualizzanti, come ad esempio quella di "sistema giuridico-religioso".

<sup>(46)</sup> Cfr. P. DE FRANCISCI, 'Arcana imperii' (1947-'48), 3.1, rist. Roma 1970, 167; H. LEVY-BRUHL, *Sur la laïcisation du droit à Rome*, in *RIDA.* 6 (1951), 83-101.

<sup>(47)</sup> Incerta, e fonte di un confronto serrato nella storiografia, è la data di inizio di tale fenomeno. Secondo la cronologia tradizionale di H. MÜLLER KARPE, *Zur Stadtwerdung Roms*, Heidelberg 1962, la nascita della città-stato di Roma si collocherebbe nella seconda metà del VII sec. a.C.; seguendo invece le nuove ipotesi di A. CARANDINI, *Nascita di Roma*, cit., *passim* ma spec. 498-499 (a cui debbono aggiungersi le precisazioni di M. BETTELLI, in A. CARANDINI, *op. ult. cit.*, *Appendice 2a*, 595-598) la fase della città in formazione inizierebbe dalla metà dell'VIII secolo a.C. e continuerebbe per tutto il VII secolo a.C. Sull'ideologia che ha guidato la ricerca storiografica delle 'origini' di Roma dall'Ottocento ad oggi, cfr. la sintesi di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni romane arcaiche*, Roma 1978, 13-28.

<sup>(48)</sup> L'intensificarsi degli scambi commerciali provocò un massiccio inurbamento che segnò la fine della società aristocratica dei *patres* (M. TORELLI, *Emporia arcaica*.

di una nuova 'razionalità' del fenomeno giuridico che, attraverso il "progressivo istituzionalizzarsi del diritto del *civis*"<sup>(49)</sup> esemplarmente rappresentato dalla legislazione decemvirale della metà del V secolo a.C., rappresentò la cesura decisiva dalla sfera religiosa<sup>(50)</sup>.

L'evoluzione e i mutamenti profondi della fase più antica influenzarono anche il sistema punitivo, ridimensionando l'espiazione sacrale a vantaggio della tutela della sicurezza pubblica<sup>(51)</sup>.

L'inizio del controllo, da parte della comunità, della vendetta<sup>(52)</sup> del gruppo offeso per l'omicidio di un suo membro si fa risalire già al periodo regio per iniziativa del re Numa Pompilio.

Dal compendio di Paolo Diacono all'opera di Festo, apprendiamo che i *quaestores pa(r)ricidii*<sup>(53)</sup> indagavano sui reati

*Riflessioni a margine dell'"emporion" di Gravisca*, in *Atti del Convegno di Ravello* (1987), Strasburgo 1988, *passim*); la massiccia urbanizzazione di Roma fu all'origine della distinzione tra patriziato e plebe, minando l'antico sistema gentilizio (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni romane arcaiche*, cit., 51 ss. e 194 ss.); la "riforma serviana" (C. AMPOLO, *La nascita della città*, in *Storia di Roma*, I, Torino 1988, 218-231) si realizzò nel corso del VI secolo a.C. ai tempi della cosiddetta 'Roma etrusca' (A. BERNARDI, *La Roma dei re fra storia e leggenda*, in *Storia di Roma*, I, Torino 1988, 193-200); la lotta tra patrizi e plebei modificò l'organizzazione sociale e politica del V e IV sec. a.C. (F. CASSOLA, *Lo scontro fra patrizi e plebei e la formazione della 'nobilitas'*, in *Storia di Roma*, I, Torino 1988, 451-481); la conoscenza giuridica, monopolio dei pontefici, cominciò a 'laicizzarsi' investendo i nuovi gruppi dirigenti della *res publica* a partire dalla fine del IV sec. a.C. (M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2001, 112 ss.)

<sup>(49)</sup> G. CRIFO, *L'esclusione dalla città. Altri studi sull'"exilium" romano*, Perugia 1985, 136.

<sup>(50)</sup> Sintesi in A. BRELICH, *Introduzione alla storia delle religioni* (1965), rist. Roma 1991, 216-218; visione d'insieme in J. NORTH, *La religione repubblicana*, in *Storia di Roma*, II.1. Torino 1990, 562-576; la scomparsa della dimensione magica dalla sfera del 'sacro' è analizzata rigorosamente da H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris 1963, spec. 105.

<sup>(51)</sup> B. SANTALUCIA, *Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia*, in *Le délit religieux dans la cité antique* (1978), Rome 1981, 47.

<sup>(52)</sup> La vendetta esercitata dal gruppo offeso, come punizione dell'omicidio per il periodo più remoto della storia romana, era già sostenuta da TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 614. Vedi ora B. SANTALUCIA, *s.v. Omicidio (dir. rom.)*, in *EdD.* 29, 1979 (= *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 107); per i rapporti con il mondo greco cfr. E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano 1976.

<sup>(53)</sup> Vedi la puntualizzazione di B. SANTALUCIA, *s.v. Omicidio (dir. rom.)*, cit., 110 nt. 8: "l'essere tali magistrati designati nelle fonti come *quaestores paricidii* anziché come *quaestores paricidii* (con una sola "r") deriva verosimilmente da una confusione

colpiti con la pena capitale. Tra questi era annoverato il parricidio che ai tempi di Numa Pompilio concerneva l'uccisione di qualsiasi uomo<sup>(54)</sup>; tant'è che una disposizione di quel re così prescriveva: "Se qualcuno cagiona, intenzionalmente e consapevolmente, la morte di un uomo libero sia parimenti ucciso":

Paul. Fest., s.v. "Parrici quaestores" (Lindsay, 247)  
*Parrici<di> quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed quaecumque hominem indemnatum. Ita fuisse indicat lex Numae Pompili regis his composita verbis: "si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto".*

I dati certi presenti nel testo, utili al nostro ragionamento, sono due: la figura del reato è quella dell'omicidio volontario, come ricaviamo dalla puntualizzazione "dolo sciens"<sup>(55)</sup>; la regolamentazione dell'illecito risale all'epoca regia, come si evince dal riferimento alla "lex Numae Pompili regis"<sup>(56)</sup>.

Problematica è l'espressione "paricidas esto", che tuttavia è possibile interpretare, seguendo la dottrina oggi prevalente, come l'uccisione del colpevole: la sanzione<sup>(57)</sup>.

fatta da grammatici e dai retori della tarda Repubblica tra l'arcaico *paricidium* (vendetta sacrale esercitata dai parenti dell'ucciso) e il più recente *parricidium* (uccisione del genitore)".

<sup>(54)</sup> Cfr. S. TONDO, 'Leges regiae' e 'paricidas', Firenze 1973, 131-167.

<sup>(55)</sup> Per le interpretazioni del termine 'dolus', cfr. S. TONDO, 'Leges regiae' e 'paricidas', cit., 81 ss., del quale però non si condividono le conclusioni. Anche l'interpretazione di A. MAGDELAIN, 'Paricidas' (1984), ora in 'Jus, Imperium, Auctoritas. Études de droit romain', Rome 1990, 528-530, per cui "dolo sciens morti duit" significherebbe l'uccisione con inganno, non si sottrae alla caratteristica dell'intenzionalità. Sull'argomento ancora alla nt. 63.

<sup>(56)</sup> A favore dell'alta datazione delle *leges regiae*, S. TONDO, 'Leges regiae' e 'paricidas', cit., 9-86. Pur riconoscendone l'arcaicità del contenuto, colloca la prescrizione regia successivamente alle XII Tavole C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la République romaine (509-149 av. J.C.)*, Paris 1999, 131, seguendo la singolare motivazione stilistica di A. MAGDELAIN, 'Paricidas' (1984), cit., 530.

<sup>(57)</sup> Cfr. per tutti, B. SANTALUCIA, s.v. *Omicidio (dir. rom.)*, cit., 107-109 e *Id.*, s.v. *Pena criminale (dir. rom.)*, in *ED. 32*, Milano 1982, 734 nt. 1. L'espressione, quindi, indicherebbe la sanzione prescritta dalla legge di Numa e non l'estensione del *parricidium* (da intendersi come uccisione di un parente, secondo i sostenitori di questa

Se ne ricava, avvalendoci anche di alcuni recenti contributi, che l'omicidio volontario di un uomo libero, in epoca regia, era punito con la messa a morte del colpevole, eseguita dal gruppo offeso<sup>(58)</sup> dopo l'accertamento dei *quaestores pa(r)ricidii*<sup>(59)</sup>.

L'esecuzione della pena era ora controllata da figure istituzionali, esterne ai due gruppi cui appartenevano rispettivamente l'autore dell'offesa e il soggetto aggredito<sup>(60)</sup>. Il sistema

seconda tesi) all'assassinio di un uomo libero. Ipotesi interpretativa questa, che fu dominante per un certo periodo di tempo (sull'intera questione con riferimenti puntuali alla dottrina, cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998<sup>2</sup>, 16-19).

<sup>(58)</sup> Cfr. per tutti, con discussione della copiosa letteratura, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991, 323-325, la quale indaga (326-329) anche sui modi utilizzati dai parenti della vittima per eseguire la sanzione.

<sup>(59)</sup> Per un'origine molto risalente (epoca regia) dei *quaestores*, oltre alla testimonianza citata nel testo, aggiungi Tac. *ann.* 11.22.4: *Sed quaestores regibus etiam tum imperantibus instituti sunt, quod lex curiata ostendit ab L. Bruto repetita. Mansitque consulibus potestas deligendi, donec eum quoque honorem populus mandaret; e Ulpiano D.1.13.1pr. (l.s. de off. quaest.): Origo quaestoribus creandis antiquissima est et paene ante omnes magistratus. Gracchanus denique Iunius libro septimo de potestatibus etiam ipsum Romulum et Numam Pompilium binos quaestores habuisse, quos ipsi non sua voce, sed populi suffragio crearent, refert. Sed sicuti dubium est, an Romulo et Numa regnantibus quaestor fuerit, ita Tullo Hostilio rege quaestores fuisse certum est: et sane crebrior apud veteres opinio est Tullum Hostilium primum in rem publicam induxisse quaestores. Colloca la magistratura all'inizio della repubblica su base elettiva del popolo (Tacito parla di scelta consolare fino al 447 a.C., cfr. M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982<sup>2</sup>, 14-15) Pomponio D.1.2.2.23 (l.s. ench.): *Et quia, ut diximus, de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere, propterea quaestores constituiebantur a populo, qui capitalibus rebus praessent: hi appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum* (sul punto, con relativa bibliogr., cfr. L. GAROFALO, *La competenza giudiziaria dei 'quaestores' e Pomp. D. 1.2.2.16 e 23* [1985], ora in *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova 1997<sup>3</sup>, 71 ss.; *Id.*, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova 1989, 20-21). Sull'antichità di tali magistrati (cfr. K. LATTE, *The Origin of the Roman Quaestorship* [1936], in *Kleine Schriften*, München 1968, 359 ss.) e sul compito originario di "accertare la volontarietà del fatto e di sovrintendere all'esercizio della vendetta", vedi B. SANTALUCIA, s.v. *Omicidio (dir. rom.)*, cit., 110-111; *Id.*, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., 22 nt. 48; R. FIORI, 'Homo sacer'. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 386 ss. e 492 s.)*

<sup>(60)</sup> "Nelle società arcaiche la vendetta si presenta come la prima, naturale forma di reazione contro il torto arrecato all'individuo. L'iniziativa della persecuzione è lasciata alla stessa vittima o ai suoi familiari..." (B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Storia di Roma*, I, Torino 1988, 427); E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, cit., 325, giunge alla conclusione che l'autorizzazione cittadina sottrasse

gentilizio manteneva un ruolo ma ormai all'interno di schemi prestabiliti dalla comunità cittadina.

La tesi trova conferma, completandosi, nel commento di Servio ad un verso delle *Bucoliche* di Virgilio:

Serv. auct. buc. 4.43

... *Sane in Numa legibus cautum est, ut, si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem* <sup>(61)</sup>.

All'epoca del re Numa Pompilio si sarebbe stabilito che chi avesse ucciso in modo non intenzionale avrebbe dovuto dare, per la composizione del reato, un ariete al parente prossimo della vittima, davanti al popolo riunito in assemblea <sup>(62)</sup>.

A differenza del testo precedente, la figura criminosa, qui contemplata, è quella dell'omicidio involontario (= *imprudens*) <sup>(63)</sup>.

La sanzione prevista non era la morte del colpevole bensì la consegna di un capo di bestiame pregiato, come l'ariete <sup>(64)</sup>, alla famiglia dell'ucciso.

Si muove nella stessa ottica, quasi ad integrare il contenuto del testo appena citato, un commento di Servio alle *Georgiche*:

Serv. georg. 3.387

... *nam apud maiores homicidii poenam noxius arietis damno luebat: quod in regum legibus legitur.*

l'uccisione della vittima alla iniziativa familiare e trasformò i parenti "da vendicatori privati in agenti delegati della civitas".

<sup>(61)</sup> Seguo la versione del Servio auctus o Danielino con la variazione, avanzata dallo Scaligero, di *contione* al posto di *cautione* o *cantione* (Josephus Scal. *Ad Fest. s.v. 'subici'*). Sull'assetto del testo, vedi ora C.A. MELIS, 'Arietem offerre'. *Riflessioni intorno all'omicidio involontario in età arcaica*, in *Labeo* 34 (1988), 137-141.

<sup>(62)</sup> In origine il comizio curiato e solo più tardi, nel periodo delle XII Tavole, il comizio centuriato (cfr. l'efficace argomentazione di B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, cit., 443).

<sup>(63)</sup> Pur condividendo le preoccupazioni del Melis di riportare il termine *imprudens* al contesto culturale di una consapevole ripartizione tra 'dolo', 'colpa' e 'imprudenza', condividiamo le conclusioni dello stesso studioso che se di "responsabilità oggettiva vera e propria non può parlarsi" nel testo di Servio si parla di un gesto omicida non intenzionale (C.A. MELIS, 'Arietem offerre', cit., 164-168).

<sup>(64)</sup> Cfr. S. TONDO, 'Leges regiae' e 'paricidas', cit., 99-100 nt. 32 e 102 nt. 38.

È scritto che, secondo la legislazione regia, il reo doveva scontare la pena dell'omicidio con la perdita (= *damnum*) di un ariete.

Si tratta anche in questo caso di omicidio involontario, la qual cosa è dimostrata dalla presenza dell'ariete. Il verbo *luere* annovera tra i suoi significati più antichi quello di "espiare la colpa" <sup>(65)</sup>.

L'animale, quindi, veniva sacrificato al posto dell'autore del reato, come conferma una breve ma significativa testimonianza di Festo: "*dare arietem, qui pro se agatur, caedatur*" <sup>(66)</sup>.

La funzione di tale pena è dunque complessa.

Se, infatti, per il gruppo dell'offensore si registrava una perdita economica con la consegna dell'animale, per la famiglia lesa non c'era guadagno patrimoniale essendo il sacrificio dell'ariete finalizzato a placare la divinità offesa dal grave atto <sup>(67)</sup>. Se volessimo applicare lo schema della visione retributiva della pena risulterebbe che, a fronte del castigo del reo, la riparazione si realizzava nei confronti della divinità e non dei parenti della vittima <sup>(68)</sup>. I quali però, a ben considerare le modalità dell'ese-

<sup>(65)</sup> "Expier" (ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1967, 370); cfr. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, 45. Se ne hanno esempi ancora in epoca storica in Val. Max. 1.7.3, dove il sacrificio della vita di Publio Decio Mure stornò, nel 340 a.C., il pericolo Latino da Roma ("*ut is capite suo fata patriae lueret*"); in Liv. 10.28.13, dove la *devotio* del console Publio Decio procurò la vittoria ai Romani contro i Sanniti nella battaglia di Sentino del 295 a.C.; in Gell. 4.5.2, dove il verbo indica l'espiazione della contaminazione del fulmine per mezzo di sacrifici "*Ob id fulgur piaculis luendum*".

<sup>(66)</sup> Fest. s.v. "Subigere arietem" (Lindsay, 476.18-20): *Subigere arietem, in eodem libro* [nel lemma precedente Festo scrive: *Antistius Labeo ait in commentario XV iuris pontifici Antistius esse ait dare arietem, qui pro se agatur, caedatur*].

<sup>(67)</sup> I Romani distinguevano due categorie di crimini: lo *scelus inexpiable* e lo *scelus expiabile*. Nel primo caso la divinità si riteneva placata con l'immediata messa a morte del reo (*deo necari*), come nel caso esaminato dell'omicidio volontario; nel secondo caso invece la divinità poteva essere placata (= *piare*) con l'offerta di un capro espiatorio: il *piaculum* (per il conforto dell'etimologia cfr. la v. "*pius*" in ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., 511), come nel caso dell'omicidio involontario. Sulla funzione "sostitutiva" della vittima sacrificale, vedi ora le analisi di R. GIRARD, *La violenza e il sacro* (1972), trad. it. Milano 1997<sup>4</sup> e *Il capro espiatorio*, cit.

<sup>(68)</sup> Parte della dottrina, soprattutto tedesca, (vedi per tutti S. TONDO, 'Leges regiae' e 'paricidas', cit., 89-130) ha visto nella dazione dell'ariete una vera e propria sanzione pecuniaria a favore della famiglia della vittima (*contra* vedi le critiche di E.

cuzione della pena, non erano lasciati totalmente insoddisfatti<sup>(69)</sup>, trovando appagamento sia sul piano sociale, come prova il requisito di pubblicità imposto per la consegna dell'agnello; sia sul piano psicologico, come indica il fatto che l'animale, proveniente dal patrimonio del reo, era consegnato per il sacrificio espiatorio alla famiglia danneggiata<sup>(70)</sup>.

La natura della sanzione è duplice: divina e umana.

La consegna dell'ariete consentiva da una parte di compiere il sacrificio per placare la divinità offesa e purificare il gruppo ristabilendo così la *pax deorum*<sup>(71)</sup> turbata dall'illecito, dall'altra di trovare una riparazione sociale alla famiglia lesa.

Risulta evidente l'importanza che, ancora in epoca regia, aveva l'aspetto divino nella convivenza della comunità romana: "l'attività umana non è violentata, ma sostenuta dal soprannaturale"<sup>(72)</sup>. Si trattava però di un rapporto 'pragmatico' verso la

CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, cit., 331. È però innegabile, come già accennato nella nota precedente, la funzione di "sacrificio sostitutivo" dell'intero atto. Ipotizza una coesistenza delle due forme C.A. MELIS, 'Arietem offerre', cit., 171-175.

<sup>(69)</sup> È questo un dato che ricorre anche in altre fasi della riflessione romana sulla pena. Nel III sec. d.C., ad esempio, il giurista Callistrato scriveva che l'impiccagione dei briganti doveva effettuarsi negli stessi luoghi da essi frequentati, non solo con finalità di 'prevenzione generale' ma anche per ricompensare i parenti delle vittime: D.48.19.28.15 (Callistratus, *libro sexto de cognitionibus*) *Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent* (le sottolineature sono mie). Sul testo, cfr. R. BONINI, *I libri de cognitionibus di Callistrato*, I, Milano 1964, 104-106, con bibl. a nt. 76. Sull'interesse dei Romani per la funzione della pena, soprattutto nel periodo del principato in seguito all'influenza del pensiero filosofico greco, cfr. O. DILIBERTO, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio* (1989), in O. DILIBERTO (a cura di), *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli 1993, 121-172 (ivi altra bibliografia).

<sup>(70)</sup> E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, cit., 331-332, avanza la tesi che l'uccisione dell'animale fosse portata a termine dai parenti della vittima. Sul punto sarebbero dirimenti due documenti testuali se non fossero oltremodo lacunosi: Cinc., *off. iuriscons.* fr. 3 (Bremer, I, 256) e Fest., s.v. "Subici ar" (Lindsay, 470.19-23), sui quali cfr. R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 14 nt. 56.

<sup>(71)</sup> Sul concetto romano *pax deorum*, intesa come conseguenza del "rispetto di regole giuridico-religiose comuni a soggetti divini e umani e, in qualche misura, sovraordinate rispetto agli dèi", vedi R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 101-178 (ivi bibliografia).

<sup>(72)</sup> P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, cit., 166.

divinità<sup>(73)</sup>, a conferma che la religione romana di quel periodo fu "una religione sociale"<sup>(74)</sup>, poco incline all'aspetto individuale e interiore<sup>(75)</sup>.

Grazie, poi, ad un passaggio nel libro XVIII della *Naturalis Historia* di Plinio il Vecchio è possibile conoscere la punizione dell'omicidio nel periodo immediatamente successivo a quello regio:

Plin. nat. 18.12

*frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, inpubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni.*

Nel testo si legge che le XII Tavole<sup>(76)</sup> prescrivevano la pena di morte a chi avesse furtivamente di notte danneggiato il raccolto altrui<sup>(77)</sup>. Una punizione, questa, più dura di quella prevista per l'omicidio, perché eseguita mediante la *suspensio Cereri*, uccisione sacrificale in onore della dea Cerere. Se invece il colpevole era impubere poteva essere condannato dal pretore-

<sup>(73)</sup> S. TONDO, *Profilo di Storia costituzionale romana*, I, Milano 1981, 294. Un rapporto del tipo *do ut des* (cfr. D. SABBATUCCI, 'Sacer', in *Studi e materiali di storia delle religioni* 23 [1951-52], 98).

<sup>(74)</sup> J. SCHEID, *La religione a Roma*, Bari 1983, 8. Significativa è, dallo stesso angolo di visuale, la conclusione, sempre di Scheid (*op. ult. cit.*, 58), a proposito di uno dei tratti peculiari della religione romana repubblicana: "Il sacro primeggia sul politico, lo precede e lo fonda, tracciando la forma in cui il 'politico' si dischiude".

<sup>(75)</sup> Bisognerà attendere la profonda crisi del III secolo a.C., per vedere emergere questo valore, tipico segno della religione di fede (cfr. J. SCHEID, *La religione a Roma*, cit., 116 e 160).

<sup>(76)</sup> *XII Tab.* 8.9 (bibl. in B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., 58 nt. 43).

<sup>(77)</sup> Le circostanze del danneggiamento sono indicate con i due verbi *pavisse* e *secuisse*. Mentre il secondo non presenta difficoltà interpretative, riferendosi alla falciatura furtiva del grano (*secare* = tagliare); il primo può dar adito a due ipotesi: se riferito a *pascere* ('pascolare') alluderebbe al gregge portato a pascere di notte in un campo coltivato, se invece viene ricondotto a *pavere* ('spaventare') allora alluderebbe al "comportamento di chi danneggiava l'altrui raccolto 'spaventandolo' con canti magici" (E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, cit., 213).

console<sup>(78)</sup> ad un certo numero di frustate e al risarcimento del danno arrecato o al doppio<sup>(79)</sup>.

La fattispecie, di cui si discute, è relativa al ladro notturno di messi. È, però, istruttivo il paragone con l'omicidio, che — come ha osservato Santalucia<sup>(80)</sup> — non è incentrato sulla differenza delle sanzioni bensì sui “modi diversi di esecuzione della stessa pena”. La punizione dell'omicidio volontario resta quindi, anche nell'alta repubblica, la pena capitale.

La convinzione, poi, che l'omicidio volontario fosse, nel periodo delle XII Tavole, punito con l'uccisione del colpevole si consolida stabilendo un parallelo con la sanzione prevista, nello stesso periodo, per l'omicidio involontario. Il caso particolare di una morte provocata involontariamente dall'uso di un'arma era contemplato nelle XII Tavole<sup>(81)</sup>:

*XII Tab. 8.24a*

*si telum manu fugit, magis quam iecit, aries subicitur.*

Ancora nelle XII Tavole l'uccisione, provocata dal dardo sfuggito di mano più che lanciato con la volontà di colpire, era sanzionata con l'offerta dell'ariete in sostituzione del colpevole.

La normativa regia sull'omicidio involontario veniva quindi, nella metà del V sec. a.C., riproposta<sup>(82)</sup>.

Anche se non mancarono significative innovazioni, come nel campo della irrogazione della pena per l'omicidio volontario.

<sup>(78)</sup> Sulla magistratura all'epoca delle XII Tavole, vedi B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo 1987, 25 nt. 67, 94-95 nt. 317 e, per il testo di Plinio, 128 nt. 439.

<sup>(79)</sup> Il caso dell'impubere è stato di recente rivendicato da D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana* (1989), in *Athenaeum* 68 (1990), 36 nt. 58, come esempio testuale di amministrazione della giustizia criminale da parte della magistratura nel periodo delle XII Tavole.

<sup>(80)</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., 56 nt. 33.

<sup>(81)</sup> La regola si ricava da Cic. *top.* 64: *Nam iacere telum, voluntatis est, ferire quem nolueris, fortunae. Ex quo aries subicitur ille in vestris actionibus: "si telum manu fugit, magis quam iecit"*, dove Cicerone, suddividendo le “*causae quae non sunt constantes*”, distingue tra gli eventi voluti e non voluti (*adde* Cic. *Tull.* 21.51 e *de orat.* 3.39.158; sulla distinzione delle ‘cause’ cfr. D. NORR, ‘*Causa mortis*’, München 1986, 31).

<sup>(82)</sup> Parla di “riaffermazione della illiceità” V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli 1998<sup>4</sup>, 15.

Se ne ha testimonianza in un episodio<sup>(83)</sup> risalente ai tempi della prima repubblica:

Liv. 3.33.9-10

*Cum sine provocatione creati essent, defosso cadavere domi apud L. Sestium, patriciae gentis virum, invento prolatoque in contionem, in re iuxta manifesta atque atroci C. Iulius decemvir diem Sestio dixit et accusator ad populum exstitit, cuius rei iudex legitimus erat, decessitque iure suo, ut demptum de vi magistratus populi libertati adiceret.*

Livio, trattando del decemvirato (451-450 a.C.), riferisce l'atteggiamento tenuto dal decemviro Caio Giulio che, pur avendo l'autorità per decidere dell'accusa di omicidio nei confronti di Lucio Sestio, patrizio nella cui casa era stato trovato il corpo di un uomo ucciso, scelse, probabilmente “per non dare adito a sospetti di abuso”<sup>(84)</sup>, di abdicare al suo potere straordinario, rimettendo la decisione all'assemblea popolare<sup>(85)</sup>.

È rilevante il salto di qualità compiuto dalla partecipazione cittadina alla persecuzione dell'omicidio; mentre nell'età regia la collettività si limitava a presenziare *in contione* all'esecu-

<sup>(83)</sup> Analizzato in quest'ottica da B. SANTALUCIA, *s.v. Omicidio*, cit., 113 e nt. 18.

<sup>(84)</sup> Cfr. D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, cit., 30 nt. 39.

<sup>(85)</sup> L'episodio è riportato anche da Cicerone (*rep.* 2.36.61), che lo colloca nel secondo anno del decemvirato (450 a.C.): *Qui cum X tabulas summa legum aequitate prudentiaque conscripsissent, in annum posterum decemviros alios subrogaverunt, quorum non similiter fides nec iustitia laudata. Quo tamen e collegio laus est illa eximia C. Iuli, qui hominem nobilem, L. Sestium, cuius in cubiculo ecfossum esse se praesente corpus mortuum diceret, cum ipse potestatem summam haberet, quod decemvirum unus sine provocatione esset, vades tamen poposcit, quod se legem illam praeclaram neglecturum negaret, quae de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis statui vetaret.* Ritiene leggendario l'episodio A. MAGDELAIN, *De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple* (1987), ora in ‘*Jus, Imperium, Auctoritas*’. *Études de droit romain*, Rome 1990, 587; vedi però L. GAROFALO, *Ancora sul processo comiziale “de capite civis” (a proposito di un recente studio)* (1988), ora in *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, cit., 229 nt. 234, sull'essere “significativo che l'annalistica non sentisse come assurdo giuridico l'agire *apud populum* dei supremi magistrati per la persecuzione di un crimine capitale comune”.

zione della pena, nell'alta repubblica è il popolo della *civitas*, organizzato in assemblea, che decideva dell'omicidio <sup>(86)</sup>.

Il breve *excursus* sulla repressione dell'omicidio volontario e involontario nel periodo arcaico romano, dalle *leges regiae* alle XII Tavole, ha messo in evidenza la natura complessa della pena. Il ricorso alla vendetta, come unica forma di reazione all'azione delittuosa, subì una progressiva contrazione con la formazione della città-stato.

Un momento importante di tale processo fu la statuizione di epoca regia, fatta risalire al re Numa Pompilio, secondo cui l'omicidio volontario di un uomo libero era punito con l'uccisione del reo da parte del gruppo offeso, sotto il diretto controllo dei *quaestores pa(r)ricidii*, mentre l'omicidio involontario era sanzionato con la consegna pubblica da parte del colpevole di un ariete alla famiglia lesa, la quale avrebbe poi sacrificato l'animale alla divinità.

Un ulteriore significativo cambiamento si verificò con il passaggio dalla monarchia alla repubblica, quando mutò un dato decisivo nella repressione dell'omicidio, pur restando invariata la sanzione: il popolo da semplice testimone divenne giudice.

L'aspetto sacrale della sanzione fu preservato, perché alla pena era assegnata, tra le altre funzioni, quella di ristabilire la *pax deorum*, essenziale alla convivenza della collettività <sup>(87)</sup>.

L'organizzazione cittadina impose la propria autorità sia attraverso autorizzazioni e controlli dei rimedi tradizionali sia introducendo una tipizzazione degli atti lesivi <sup>(88)</sup>.

<sup>(86)</sup> "Il popolo, da mero spettatore dell'esecuzione della vendetta, divenne a poco a poco giudice, e i *quaestores* — creati per procedere agli accertamenti necessari a giustificare l'uccisione del reo — si trasformarono gradualmente in promotori dell'accusa" (B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, cit., 439-440).

<sup>(87)</sup> Un elemento questo ancora presente all'epoca, nonostante il processo di "laicizzazione" del diritto innescato dalla formazione della *civitas* (vedi sul punto B. SANTALUCIA, *Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia*, cit., 39-49). La sacralità della punizione è presente anche in altre ipotesi criminose, come ad esempio quelle colpite dalla 'sacertà' (sull'*homo sacer* vedi ora R. FIORI, *Homo sacer*, cit.).

<sup>(88)</sup> Ne è un esempio la repressione del furto disciplinata dalle XII Tavole: era autorizzata l'uccisione del reo se sorpreso a rubare di notte (*fur nocturnus*) o, di giorno, se armato (*fur diurnus qui se telo defendit*). Cfr. R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli 1990, 57 ss.).

La nascente *civitas* seppe combinare i diversi aspetti della pena, pervenendo, anche tramite l'elemento sacrale, al controllo e al ridimensionamento della vendetta agnaticia. La riforma della punizione dell'omicidio fu quindi il risultato del nuovo sistema punitivo cittadino, dove la tutela dell'ordine sociale cresceva di pari passo con l'imporsi dell'organizzazione politica.

### 3. Conclusioni.

Proviamo ora a combinare i risultati di tale analisi storica con le considerazioni sul sistema punitivo occidentale, delineate nella prima parte.

Le forme della sanzione per l'omicidio nella fase arcaica dell'esperienza romana, pur costituendo un aspetto molto circoscritto della penalità antica, descrivono in modo esemplare <sup>(89)</sup> il passaggio cruciale dall'autotutela alla eterotutela, ponendo quel sistema punitivo come osservatorio privilegiato per riconsiderare le definizioni della pena.

Il regime romano della pena per l'omicidio, nel periodo preso in considerazione, si caratterizza per una molteplicità di fini della sanzione, funzionale alla fase di transizione che Roma stava attraversando.

La nascita della *civitas* comportò una rivoluzione sul piano economico, sociale e politico-istituzionale, che implicò un diverso modo di intendere i rapporti tra gli individui nei confronti dell'autorità cittadina come anche della divinità. La città-stato in formazione avvertì come prioritario il controllo dell'uso della forza e lo fece avocando a sé permessi, divieti e, in alcuni casi, persino le modalità dell'esecuzione delle pene. La stessa funzione purificatrice della sanzione fu avvertita come tutela dell'ordine religioso cittadino: "l'ordigno penalistico pubblico nasce dalle catarsi collettive" <sup>(90)</sup>.

Le molteplici spinte si tradussero in un controllo della precedente autotutela di gruppo "individuando i casi in cui era consentito reagire a un torto uccidendo l'offensore e stabilendo che la reazione poteva aver luogo solo dopo che colui che aveva

<sup>(89)</sup> "Paradigmatico" per C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 64, ma già 12-13 e 44.

<sup>(90)</sup> F. CORDERO, *'Criminalia'. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari 1986, 13.

commesso il torto era stato condannato in un pubblico processo" (91).

L'autorità cittadina avanzava, si imponeva, erodendo terreno al potere dei *patres* senza tuttavia cancellarlo. Il nuovo ordinamento fronteggiò la complessità, attuando il passaggio dalla repressione individuale a quella pubblica, attraverso un articolato sistema di amministrazione della giustizia criminale (92). Ne emerge una complessità del fenomeno punitivo.

La pena, infatti, da una parte si manifesta come un danno a carico dell'autore del delitto equivalente agli effetti negativi dell'offesa arrecata e articolata in diverse misure ("principio di necessità" e "principio di proporzionalità" della pena); dall'altra si traduce in un'afflizione che può non toccare direttamente il colpevole ma che punta, anche simbolicamente, a cancellare il disvalore del comportamento criminoso (valore simbolico della pena).

L'indagine storica, analizzando tali comportamenti, ci aiuta ad individuare il loro peso specifico nei diversi momenti temporali e spaziali.

La pena si riduce così ad un mix di retribuzione, di isolamento fine a se stesso del reo, di misure simboliche tali da renderne difficile una definizione sostanzialistica. Si rende, invece, possibile l'analisi delle molteplici componenti, rilevanza e spiegandone i mutamenti: una storia cioè del fenomeno punitivo. Non c'è mai quindi una nozione o una finalità che valga da sola a comprendere la natura della pena.

Tale relativizzazione mette in risalto l'esistenza di meccanismi sociali, storicamente mutevoli, miranti a circoscrivere e neutralizzare il trauma sociale, l'allarme e la reazione suscitati dal delitto. La finalità ultima che si vuole raggiungere è quella di frenare e di riorganizzare la reazione della vittima e del gruppo offeso.

In ultima analisi la pena non può generare ordine ma porsi come un valido limite al disordine nell'ambito di un processo

(91) E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, cit., 343.

(92) Determinante la ricerca di D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, cit., secondo cui fin dall'alta repubblica, accanto al popolo riunito in assemblea (*comitatus maximus*), anche il pretore figurava quale giudice di un interesse pubblico.

che incide sulla personalità del reo, non riducibile quest'ultima a "mezzo" o "cosa": "il valore della persona umana impone una limitazione fondamentale alla qualità ed alla quantità della pena" (93). Se ne ricava l'esigenza di un sistema punitivo aperto ad una coesistenza di valori, quali la repressione legislativa dei reati, i diritti inalienabili dell'individuo, la sicurezza della collettività, non riconducibili esclusivamente all'ideale della sovrappaffazione.

Posto questo pluralismo, lo storico non può che suggerire in termini di dover essere la ricerca di limiti all'applicazione personale, alla compressione della vita umana, irreversibilmente lesivi della vita personale, che poi nella pratica dovrebbe tradursi nel ricorso alla reclusione come *extrema ratio* per fronteggiare e disciplinare la reazione sociale al crimine.

(93) L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 393.