Università Roma Tre
Diritto penitenziario e Costituzione
European Penological Center

Direttore
Marco Ruotolo

17

Giunta
Marta Caredda – Giulia Fiorelli – Patrizio Gonnella – Antonella Massaro
Alice Riccardi – Marco Ruotolo – Silvia Talini

Comitato Scientifico

Paolo Benvenuti (emerito Università Roma Tre), Francesco Caprioli (Università di Roma La Sapienza), Marta Cartabia (Università Bocconi di Milano, Presidente emerito Corte costituzionale), Silvia Casale (Presidente Npm Observatory), Massimo Ceresa-Gastaldo (Università Bocconi di Milano), Rosita Del Coco (Università di Teramo), Ombretta Di Giovine (Corte di Cassazione), Luigi Ferrajoli (emerito Università Roma Tre), Carlo Fiorio (Università di Perugia), Giovanni Maria Flick (emerito Luiss-Guido Carli, Presidente emerito Corte costituzionale), Glauco Giostra (emerito Università di Roma La Sapienza), Elena Larrauri (Università Barcellona Pompeu Fabra), Franco Modugno (emerito Università di Roma La Sapienza, giudice costituzionale), Guido Neppi Modona (emerito Università di Torino, Vice Presidente emerito Corte costituzionale), Tullio Padovani (emerito Scuola Sant'Anna di Pisa), Mauro Palma (Presidente EPC, già Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale), Daniel Pastor (Università di Buenos Aires), Marco Pelissero (Università di Torino), Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues (Università di Coimbra), Jaime Peris Riera (Università di Murcia), Claudio Sarzotti (Università di Torino), Damien Scalia (ULB/Università di Losanna), Dieter Schlenker (Director of the Historical Archives of the European Union), Giovanni Serges (già Università Roma Tre), Gaetano Silvestri (emerito Università di Messina, Pres. emerito Corte costituzionale), Dirk Van Zyl Smit (Università di Nottingham), Francesco Viganò (Università Bocconi di Milano, giudice della Corte costituzionale), Salvatore Zappalà (Università di Catania).

L'ESECUZIONE PENALE

Linee evolutive nella dimensione costituzionale

Atti della II Spring School del Centro di ricerca "Diritto penitenziario e Costituzione – European Penological Center"

Ventotene 12-15 giugno 2023

a cura di

Marta Caredda, Giulia Fiorelli,
Patrizio Gonnella, Antonella Massaro,
Alice Riccardi, Marco Ruotolo, Silvia Talini

EDITORIALE SCIENTIFICA
Napoli

Il presente volume è pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre"

Proprietà letteraria riservata

Copyright © 2024 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-876-6

Indice

Marco Ruotolo, *In vece di una introduzione* IX

Parte Prima
PROFILI STORICI
DELL'ESECUZIONE PENALE

Paolo Alvazzi del Frate, *Esecuzione della pena e carcere tra XVIII e XIX secolo* 3

Anthony Santilli, *Bagni penali e dimensione insulare nell'Ottocento italiano. Costanti spaziali nelle strategie punitive* 15

Gianmarco Palmieri, *Una questione di diritto penitenziario: sessualità e carcere in un dibattito degli anni '30 del XX secolo* 37

Parte Seconda
L'EVOLUZIONE DELLE MISURE *EXTRA MOENIA*
E DELLE FORME DI TUTELA

Silvia Talini, *Le misure* extra moenia *e le forme di tutela tra evoluzioni ed involuzioni normative e giurisprudenziali* 65

Antonella Calcaterra, *I diritti delle persone detenute in Italia. Tra garanzie normative e mancata attuazione delle tutele* 81

Fabio Gianfilippi, *L'evoluzione delle misure* extra moenia*: ritmo sincopato in direzione costituzionalmente orientata* 103

Antonella Massaro, *Esecuzione penale ed europeizzazione delle garanzie* 125

Dario Di Cecca – Anna Maratea – Francesco Severa, *Genitore detenuto e interesse del figlio minore: la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinquies *o.p., tra dovere di cura e risocializzazione. Laboratorio.* 151

Parte Terza
LA GIUSTIZIA RESTAURATIVA

Alice Riccardi, *La giustizia riparativa nel diritto internazionale* 177

Marcello Bortolato, *La giustizia restaurativa* 193

Maria Pia Giuffrida, *La giustizia riparativa tra passato e futuro* 209

Marta Caredda – Silvia Piergiovanni, *Un "laboratorio" sulla giustizia restaurativa: indagini su alcuni profili della nuova disciplina legislativa* 227

Parte Quarta
VERSO L'INTRODUZIONE DI REGOLE PENITENZIARIE DELL'UNIONE EUROPEA?

Patrizio Gonnella, *La* soft law *e il carcere* 249

Susanna Marietti, *La detenzione in Europa e la mancanza di standard vincolanti* 265

Emanuela Pistoia, *Lo spazio del reinserimento sociale nella cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea rivolta al trasferimento di detenuti e il possibile ruolo di regole penitenziarie comuni* 277

RELAZIONE CONCLUSIVA

Pietro Buffa, *"In quel campo ci sono le rose": ovvero dei limiti all'evoluzione penitenziaria, tra scelte politiche e posture individuali* 309

Notizie sugli Autori 331

Paolo Alvazzi del Frate

Esecuzione della pena e carcere tra XVIII e XIX secolo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il carcere come pena. – 3. Dal "peccato" al "reato". – 4. Pena ed espiazione. – 5. La Rivoluzione francese. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Lo sviluppo di una sensibilità nei confronti dell'esecuzione della pena e, in particolare, dell'organizzazione e del funzionamento concreto dei luoghi di detenzione, rappresenta un fenomeno relativamente recente. È solo a partire dal XVIII secolo, con l'Illuminismo, che ha avuto inizio una discussione effettiva sul significato e sull'esecuzione della pena, grazie a una riconsiderazione generale dei principi e delle categorie tradizionali del «diritto criminale». Questo nuovo interesse della dottrina per il carcere ha dato origine a una nuova branca del diritto, il «diritto penitenziario».

I punti chiave della riflessione sulla "questione carceraria" possono essere schematizzati come segue: a) il rifiuto dell'idea di "vendetta" della società nei confronti del condannato; b) la fine della concezione di «espiazione» come fondamento teorico della pena; c) il rispetto della dignità umana; d) l'aspirazione a un reinserimento nella società del condannato.

È fondamentale sottolineare fin da subito come l'affermazione di tali principi rappresenti un *work in progress*, frutto di un impegno continuo di aggiornamento e reinterpretazione dei principi generali, al fine di arricchire le prospettive in base alle necessità della società in evoluzione. È altrettanto importante essere consapevoli della delicatezza della materia, data la presenza di una costante minaccia di «ritorno indietro», ossia l'abbandono delle

acquisizioni più recenti per accogliere istanze demagogiche e vendicative sempre presenti nell'opinione pubblica.

Proposito di questo breve scritto è quello di svolgere alcune considerazioni sulla nascita della riflessione teorica intorno al carcere e alla sua organizzazione, mettendo in luce l'importanza della laicizzazione e razionalizzazione del diritto penale nello sviluppo di una dottrina del "diritto penitenziario".

2. *Il carcere come pena*

Per lungo tempo la privazione della libertà, tramite la reclusione in carcere, non fu considerata come una vera e propria sanzione penale, quanto piuttosto come una necessaria misura temporanea in attesa del processo o dell'esecuzione della pena (secondo il noto passo del Digesto, «*carcer enim ad continendos homines et non ad puniendos haberi debet*»[1]). Soltanto nel XVIII secolo la detenzione in carcere cominciò a diffondersi e a generalizzarsi[2]. Ciò al punto

[1] Dig. 48.19.8.9. La massima era costantemente ripetuta in dottrina. Si leggeva ad esempio nelle *Observations et maximes sur les matières criminelles* di Antoine Bruneau (Paris, 1715, 125): «La prison n'est pas donnée pour peine, & ne tient point lieu de peine». «La funzione del carcere è solo quella di custodire gli uomini, non di punirli», osservano Rusche e Kirchheimer, «questo fu il principio dominante per tutto il medioevo e sino all'età moderna; fino al diciottesimo secolo, infatti, le prigioni costituivano essenzialmente luoghi di reclusione in attesa del processo, ove gli accusati spesso erano costretti a passare parecchi mesi o anni prima di vedere il loro caso risolto», G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale (1939)*, Bologna, 1978, 123-124.

[2] Della vastissima bibliografia sul tema si vedano, tra gli altri, G. Neppi Modona, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V/2, *Documenti*, Torino, 1973, 1903-1998; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980; R. Canosa, I. Colonnello, *Storia del carcere in Italia dalla fine del Cinquecento all'Unità*, Roma, 1984; A. Capelli, *La buona compagnia. Utopia e realtà carceraria nell'Italia del Risorgimento*, Milano, 1987; L. Antonielli (a cura di), *Carceri, carcerieri, carcerati. Dall'antico regime all'Ottocento*, Soveria Mannelli, 2006; L. Garlati, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4/2017, 12-27; M.N. Miletti, *La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale*, ivi, 28-41; G.A. Donati, «Non modo omnibus notissimus est». Prime note intorno alla pena detentiva nel diritto comune (secc. XIV-XVI), in *Rivista di storia del diritto italiano*, XCI (2020), 126-177;

da venir considerata, a partire dal XIX secolo, la «sanzione penale normale», ossia la pena prevalentemente irrogata dalle corti di giustizia. «L'imprigionamento – diceva Pellegrino Rossi – è la pena per eccellenza nelle società incivilite»[3].

Questo cambiamento era il risultato di due fattori principali: da un lato, l'ampia diffusione dell'idea di umanizzazione della sanzione penale, grazie a un minor ricorso alle pene più cruente; dall'altro, le nuove e più razionali concezioni giuridiche generali orientate all'abbandono degli aspetti simbolici e vendicativi della pena.

Fu dunque nell'Ottocento che la reclusione in carcere divenne il simbolo della sanzione penale, per ragioni soprattutto pratiche, perché, come osservano Canosa e Colonnello, essa «quando è "combinata" con il lavoro, è divisibile (se ne può modificare a volontà la intensità e la durata); è "apprezzabile" (tutti soffrono per la perdita della libertà che le si accompagna, anche coloro che sarebbero pronti a sfidare pene forse più severe, ma più rapide, al limite anche coloro che sarebbero disposti ad affrontare la pena di morte); è "remissibile" e fino a un certo punto "riparabile". È "istruttiva" ed "esemplare" in quanto, a differenza della pena capitale, che produce una impressione profonda, ma più o meno passeggera, dà luogo ad una impressione durevole. […] Infine, la pena del carcere – e del lavoro – è la sola che si «presti ad un tentativo diretto di emenda morale»[4].

Le disposizioni sull'organizzazione della reclusione in carcere erano rudimentali, a testimonianza del disinteresse del potere per l'esecuzione delle pene detentive. Da ciò derivava la scarsissima attenzione per le effettive condizioni di vita dei detenuti.

Non si può negare che qualche segno di interesse per la necessità di contrastare gli abusi, i maltrattamenti e le vessazioni nei luo-

E. Tavilla, *La «invenzione» del carcere, tra carità cristiana e Illuminismo penale (secc. XVII-XVIII)*, in *DNA - Di Nulla Academia. Rivista di studi camporesiani*, III/2 (2022), 108-117. Sempre importanti le considerazioni generali di G. Rusche, O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure*, New York, 1939 (trad. it. *Pena e struttura sociale*, cit.) e M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975 (trad. it. *Sorvegliare e punire*, Torino, 2014).

[3] P. Rossi, *Trattato di diritto penale*, Napoli, 1853, 271.

[4] R. Canosa, I. Colonnello, *Storia del carcere*, cit., 177.

ghi di detenzione fosse senz'altro presente anche nella legislazione dell'età moderna. Tuttavia, a prevalere era sempre l'atteggiamento paternalistico e la mancanza di effettività delle forme di controllo sulla vita carceraria.

Significativo a tal riguardo è l'esempio in Francia della *Ordonnance criminelle* del 1670, il cui tit. XIII *Des Prisons* stabiliva all'art. 1: «vogliamo che le prigioni siano sane e organizzate, in modo da non compromettere la salute dei prigionieri»[5].

Si stabilivano inoltre gravi sanzioni per chi si fosse reso colpevole di maltrattamenti nei confronti dei detenuti. L'art. 37 della stessa *Ordonnance* invitava «i giudici a informare i tribunali degli abusi, degli eccessi, delle violenze, dei maltrattamenti e delle violazioni ai nostri attuali regolamenti, che saranno commessi dagli impiegati delle carceri, dai carcerieri e dagli scrutatori, la cui prova sarà completa se ci saranno sei testimoni, anche se ognuno di loro testimonierà fatti singolari e separati, e se ne saranno interessati»[6].

Ciò perché – come riteneva lo stesso redattore della *Ordonnance criminelle* Herni Pussort – i maltrattamenti dei detenuti «erano così frequenti da non poter essere nascosti»[7].

Si può quindi affermare che, fino al XIX secolo, l'interesse per l'organizzazione e le effettive condizioni dei penitenziari sia stato molto limitato e sempre di tipo paternalistico. Soltanto la riflessione illuministica e le grandi trasformazioni introdotte dalle rivolu-

[5] «Voulons que les prisons soient sûres et disposées, en sorte que la santé des prisonniers n'en puisse être altérée», F. SERPILLON, *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 2, Lyon, 1767, 601.

[6] Tit. XIII, *Des prisons* - art. 37: «Enjoignons aux Juges d'informer des exactions, excès, violences, mauvais traitements et contraventions à notre présent Règlement, qui seront commises par les Greffiers des géoles, les Géoliers et Guichetiers dont la preuve sera complette, s'il y a six témoins, quoiqu'ils déposent chacun des faits singuliers, et séparés, et qu'ils y soient intéressés», F. SERPILLON, *Code criminel, ou Commentaire sur l'ordonnance de 1670*, 2, Lyon, 1767, 645. Come osserva François SERPILLON, «malgré la sévérité de l'Ordonnance, il est notoire que plusieurs Geôliers, ne laissent pas de continuer leurs exactions, & mauvais traitements, impunément, surtout dans les prisons des petits Sièges, et dans les prisons Seigneuriales, où n'y ayant ordinairement qu'un ou deux prisonniers, ils peuvent tout entreprendre, sans craindre d'en être convaincus», ivi, 646.

[7] «Les exactions et les violences des Géoliers étaient si fréquents, que l'on ne pouvait les dissimuler», F. SERPILLON, *Code criminel*, cit., 645.

zioni alla fine del XVIII secolo avviarono una razionalizzazione e un profondo ripensamento del sistema penale e, specificamente, delle pene detentive.

3. *Dal "peccato" al "reato"*

Il punto di partenza di tutta la vicenda fu la laicizzazione del diritto penale, che comportò l'affermazione della netta distinzione tra il «reato» e il «peccato», ossia il «formarsi di una frontiera, mobile lungo i secoli, tra il giudizio di Dio e il giudizio degli uomini, la giustizia divina e la giustizia umana»[8]. Si tratta di una distinzione fondamentale che, al giorno d'oggi, potrebbe perfino apparire superflua. Essa, tuttavia, segnò una drastica cesura con la concezione tradizionale del diritto penale perché nella cultura giuridica medievale e ancora in parte di quella dell'età moderna, si confondevano i due piani, concependo la sanzione penale frutto a un tempo di una violazione di precetti religiosi e di norme penali laiche.

Certamente in una società omogenea dal punto di vista religioso – come quella medievale – reato e peccato potevano in gran parte identificarsi, in quanto la violazione della norma giuridica si rivelava perlopiù coincidente con quella della norma religiosa. Quando la società perse la sua uniformità, in seguito allo sviluppo di nuovi culti religiosi sulla scia della riforma protestante, risultò impossibile conservare l'identificazione tra reato e peccato.

La concessione della tolleranza religiosa, a lungo combattuta in nome della lotta alle eresie, fu un fenomeno inevitabile nell'Europa dell'età moderna, ove l'adesione alla Riforma si era consolidata in numerose zone del continente. Ciò contribuì in modo rilevante alla laicizzazione del «diritto di punire» dello Stato che completò il suo distacco dall'ordinamento religioso con l'Illuminismo e la Rivoluzione francese. Celebri, a tal riguardo, le prese di posizione,

[8] P. Prodi, *Cristianesimo e potere, peccato e delitto*, in *Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine*, 2001, 17. Sul tema si veda, dello stesso Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000.

tra gli altri, di Montesquieu, Voltaire, Bentham, Filangieri e Cesare Beccaria. Quest'ultimo riteneva impossibile per il legislatore qualificare come «reato» un dato comportamento sulla base della «gravezza del peccato» e di «supplire alla divina giustizia» per «vendicare l'Essere che basta a se stesso», che «si è riserbato a sé solo il diritto di essere legislatore e giudice nel medesimo tempo, perché egli solo può esserlo senza inconveniente»[9].

La laicizzazione del diritto consentì l'avvio del processo di liberazione della sanzione penale dai suoi aspetti teologici, simbolici e vendicativi caratteristici della concezione tradizionale: «la luce dell'Illuminismo – afferma Giovanni Fiandaca – diffondendosi, finì col rischiarare la gran parte delle legislazioni penali, dalle quali furono progressivamente espunte le figure criminose più aberranti»[10].

La nuova concezione indusse il legislatore – progressivamente e con grande difficoltà – a sanzionare penalmente soltanto i comportamenti effettivamente nocivi per la società, in nome di un «di-

[9] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, cap. VII. «Finalmente alcuni pensarono che la gravezza del peccato entrasse nella misura dei delitti. La fallacia di questa opinione risalterà agli occhi d'un indifferente esaminatore dei veri rapporti tra uomini e uomini, e tra uomini e Dio. I primi sono rapporti di uguaglianza. La sola necessità ha fatto nascere dall'urto delle passioni e dalle opposizioni degl'interessi l'idea della utilità comune, che è la base della giustizia umana; i secondi sono rapporti di dipendenza da un Essere perfetto e creatore, che si è riserbato a sé solo il diritto di essere legislatore e giudice nel medesimo tempo, perché egli solo può esserlo senza inconveniente. Se ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, qual sarà l'insetto che oserà supplire alla divina giustizia, che vorrà vendicare l'Essere che basta a se stesso, che non può ricevere dagli oggetti impressione alcuna di piacere o di dolore, e che solo tra tutti gli esseri agisce senza reazione? La gravezza del peccato dipende dalla imperscrutabile malizia del cuore. Questa da esseri finiti non può senza rivelazione sapersi. Come dunque da questa si prenderà norma per punire i delitti? Potrebbono in questo caso gli uomini punire quando Iddio perdona, e perdonare quando Iddio punisce. Se gli uomini possono essere in contradizione coll'Onnipossente nell'offenderlo, possono anche esserlo col punire». Cfr., per tutti, R. Pasta, *Beccaria, Cesare*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Roma, 2012 (nel sito web *https://www.treccani.it/enciclopedia/cesare-beccaria/*).

[10] G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 171. Cfr. F. Stella, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 309 s.; F. Palazzo, *Laicità del diritto penale e democrazia «sostanziale»*, in *Quaderni costituzionali*, 2010/2, 437-453.

ritto penale limitato», ossia considerato quale *extrema ratio* indispensabile a garantire la convivenza pacifica dei cittadini.

Osserva giustamente Luigi Ferrajoli che nessuna dottrina ha svolto una funzione di «secolarizzazione e di liberalizzazione del diritto penale quanto quelle, connesse, dell'utilitarismo penale e dell'autonomia del diritto dalla morale»: «sulla base dei due requisiti della dannosità per i terzi e dell'esteriorità dell'azione, la proibizione non solo degli atti interni, delle intenzioni, dei vizi e delle opinioni ma anche di una quantità innumerevole di comportamenti e di inclinazioni devianti, tradizionalmente punite in omaggio all'equivalenza premoderna tra reato e peccato, è stata sottoposta dal pensiero penale illuministico a una critica dissolutrice che non ha precedenti né più si ripeterà nella storia della cultura giuridica. Innanzitutto l'eresia, i sacrilegi, le bestemmie e in generale le offese alla religione, intorno a cui Hobbes, Thomasius, Locke, Montesquieu, Beccaria e Voltaire scrivono concordemente che non spetta all'uomo vendicare la Divinità e che tutto ciò che passa tra l'uomo e Dio è di competenza di quest'ultimo e merita sanzioni solo religiose e ultraterrene. In secondo luogo, la magia e la stregoneria, nelle quali Thomasius non vede il *corpus delicti* né altri attendibili elementi di prova […] In terzo luogo la bigamia e l'adulterio, che sia Thomasius che Beccaria e Voltaire considerano comportamenti solo immorali e non delittuosi. Infine i delitti politici di lesa maestà e i reati di *parole*, bollati entrambi da Montesquieu come fonti di dispotismo e di illibertà, nonché i comportamenti soltanto sospetti o puramente preparatori la cui punizione, dice Humboldt, *attenta alla libertà dei cittadini*»[11].

Rispetto all'attenzione veramente fondamentale degli Illuministi per la riforma del diritto penale sostanziale e processuale (razionalizzazione del processo, abolizione della tortura e della pena di morte), l'organizzazione e il funzionamento concreto del carcere non destarono altrettanto interesse. Anzi, si può affermare che il tema «fu affrontato dalla cultura dei Lumi con molto distacco»[12],

[11] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 486.

[12] R. Canosa, I. Colonnello, *Storia del carcere*, cit., 127.

soprattutto a causa della considerazione della maggiore urgenza di altri interventi di riforma in campo penale. È tuttavia innegabile che la vasta razionalizzazione del sistema penale avviata dal pensiero illuminista abbia rappresentato la premessa indispensabile di ogni successiva riflessione sul tema carcerario.

A questo riguardo si possono ricordare le parole di Cesare Beccaria relative alla *dolcezza delle pene*: «è evidente che il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso», ma piuttosto quello di «impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»[13].

4. *Pena ed espiazione*

Appare evidente che dalla generale laicizzazione del diritto sia derivato l'abbandono della concezione della pena quale strumento di «espiazione» del peccato in favore di una sua considerazione in termini utilitaristici. Se, come avveniva tradizionalmente, «reato» e «peccato» si identificavano, la sanzione penale assumeva per il «reo/peccatore» anche la funzione di strumento di «espiazione», conseguente a una trasgressione della norma religiosa. Tale concezione tradizionale giustificava la previsione di sanzioni penali dall'elevato valore simbolico, quali, ad esempio, il rogo per gli eretici, il taglio della mano destra per gli omicidi, lo squartamento per i regicidi, la bollitura per i falsari, o ancora l'*amende honorable*, pena accessoria che ben riassumeva l'identificazione del reato con il peccato. È sufficiente ricordare l'orribile supplizio inflitto a François Ravaillac nel 1610 – per aver ucciso Enrico IV – e a Robert-François Damien nel 1757 – colpevole di aver attentato alla vita di Luigi XV. L'accanimento nell'inflizione dei tormenti e la modalità della uccisione del condannato rispondevano proprio alla necessaria esibizione simbolica di una solenne espiazione del peccato commesso. La terribile descrizione della pena inflitta apre com'è noto *Surveiller et punir* di Michel Foucault. Damien fu con-

[13] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. XV.

dannato a: «fare confessione pubblica davanti alla porta principale della Chiesa di Parigi», dove doveva essere «condotto e posto dentro una carretta a due ruote, nudo, in camicia, tenendo una torcia di cera ardente del peso di due libbre»; poi «nella detta carretta, alla piazza di *Grêve*, e su un patibolo che ivi sarà innalzato, tanagliato alle mammelle, braccia, cosce e grasso delle gambe, la mano destra tenente in essa il coltello con cui ha commesso il detto parricidio bruciata con fuoco di zolfo e sui posti dove sarà tanagliato, sarà gettato piombo fuso, olio bollente, pece bollente, cera e zolfo fusi insieme e in seguito il suo corpo tirato e smembrato da quattro cavalli e le sue membra e il suo corpo consumati dal fuoco, ridotti in cenere e le sue ceneri gettate al vento»[14].

L'orrore che suscita la lettura del dispositivo della sentenza del Parlamento di Parigi del 1757 ci consente di comprendere il carattere crudele e fortemente simbolico del sistema delle pene dell'*Ancien Régime*.

In questo contesto, e malgrado la tenace resistenza della dottrina tradizionale, la campagna illuminista diede avvio a una radicale trasformazione della cultura penalistica e a una profonda riforma degli ordinamenti giudiziari: tra Settecento e Ottocento «la lugubre festa punitiva – osserva Michel Foucault – si va spegnendo»[15].

5. *La Rivoluzione francese*

La Rivoluzione francese realizzò sulla base delle dottrine illuministiche una trasformazione radicale dell'ordinamento giudiziario e della cultura penalistica[16]. La netta laicizzazione del sistema

[14] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 5.

[15] Secondo Foucault, «in questa trasformazione si sono combinati due processi. […] Da un lato la scomparsa dello spettacolo della punizione: il cerimoniale della pena tende ad entrare nell'ombra, per non essere altro che un nuovo atto procedurale o amministrativo. […] Con la scomparsa dei supplizi, è dunque lo spettacolo a cessare; ma è anche la presa sul corpo ad allentarsi. […] La sofferenza fisica, il dolore del corpo, non sono più elementi costitutivi della pena. Il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a una economia di diritti sospesi», M. Foucault *Sorvegliare e punire*, cit., 10.

[16] Le riforme furono talmente ampie e profonde da realizzare «*une autre justice*»

condusse a una concezione della pena che abbandonava gli intenti simbolici e vendicativi in favore di un approccio utilitaristico e più rispettoso della dignità umana[17].

Certamente l'approccio paternalistico nei confronti delle questioni relative al carcere sopravvisse ma, grazie all'abbandono della concezione vendicativa e allo sviluppo di una sensibilità garantistica, cominciò ad affermarsi l'idea dell'obbligo per lo Stato di tutelare e proteggere *anche* i cittadini detenuti. Ciò grazie a una nuova centralità dell'individuo, ossia il cittadino portatore di diritti fondamentali e inalienabili, in ossequio al giusnaturalismo razionalistico.

La prima costituzionalizzazione di tali principi si verificò con la *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789. Seppur essa non contempli esplicitamente norme relative alle pene carcerarie, essa enuncia una concezione penalistica del tutto nuova. Capisaldi del sistema penale furono i principi di *legalità* (principio che permea tutto il testo del 1789) e il divieto di ogni maltrattamento nei confronti di imputati e condannati. Ci riferiamo agli artt. 5 («La legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società»), 7 («Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte»), 8 («La legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie») e 9 («Presumendosi innocente ogni uomo sino a quando non sia stato dichiarato colpevole, se si ritiene indispensabile arrestarlo, *ogni rigore non necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla Legge*»). Si tratta di pochi articoli in grado tuttavia di incidere profondamente e di costituzionalizzare un approccio assai innovativo alla materia penale.

Nella legislazione rivoluzionaria successiva si alternarono provvedimenti incerti e a volte contraddittori, certamente con-

come ha giustamente affermato Robert BADINTER, *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, 1989. In generale sulla storia della giustizia si veda il fondamentale studio di J-P. ROYER, *Histoire de la justice en France. De la monarchie absolue à la République*, III ed., Paris, 2001.

[17] J.G. PETIT, *Ces peines obscures: la prison penale en France: (1780-1875)*, Paris, 1990.

dizionati dalle convulse vicende politiche del tempo. Non si può pertanto individuare una precisa linea evolutiva degli ordinamenti penitenziari negli anni della Rivoluzione ma soltanto riconoscere un certo interesse per la condizione degli individui condannati a una pena detentiva.

Nel periodo napoleonico si verificò una brusca inversione di tendenza in quanto la legislazione penale e carceraria rinunciò ad alcune delle acquisizioni garantistiche e umanitarie della Rivoluzione per ricuperare istituti e principi dell'*Ancien Régime* in nome di una pragmatica efficacia repressiva. È sufficiente ricordare a tal riguardo il ripristino nel codice penale del 1810 di alcune pene tradizionali dal forte carattere simbolico già abolite dalla Rivoluzione, quali il marchio a fuoco, l'amputazione della mano e la gogna[18].

6. *Considerazioni conclusive*

Con il XIX secolo – afferma Foucault – scompare «il grande spettacolo della punizione fisica; si nasconde il corpo del suppliziato; si esclude dal castigo l'esposizione della sofferenza. Si entra nell'età della sobrietà punitiva»[19].

Le trasformazioni della scienza penalistica tra Sette e Ottocento furono radicali al punto da realizzare un vero e proprio cambio di prospettiva. Una volta laicizzato il diritto penale, la sanzione

[18] Questa la condanna prevista per il parricida dall'art. 13 del codice penale del 1810: «Le coupable condamné à mort pour parricide, sera conduit sur le lieu de l'exécution, en chemise, nu-pieds, et la tête couverte d'un voile noir. Il sera exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier fera au peuple lecture de l'arrêt de condamnation; il aura ensuite le poing droit coupé, et sera immédiatement exécuté à mort». Mentre l'art. 20 stabiliva la marchiatura a fuoco: «Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité, sera flétri, sur la place publique, par l'application d'une empreinte avec un fer brûlant sur l'épaule droite. Les condamnés à d'autres peines ne subiront la flétrissure que dans les cas où la loi l'aurait attachée à la peine qui leur est infligée. Cette empreinte sera des lettres T P pour les coupables condamnés aux travaux forcés à perpétuité; de la lettre T pour les coupables condamnés aux travaux forcés à temps, lorsqu'ils devront être flétris. La lettre F sera ajoutée dans l'empreinte, si le coupable est un faussaire».

[19] M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, cit., 17.

non mirava più a «salvare l'anima» del condannato tramite l'espiazione del peccato, ma si proponeva semplicemente di proteggere la società e l'ordine pubblico. La fine della identificazione del reato con il peccato provocò una serie di importanti conseguenze che produssero un crescente interesse per l'esecuzione della pena, in vista di un possibile reinserimento del condannato nella società.

Il percorso, tutt'altro che lineare e pacifico, fu costellato da provvedimenti contradditori e dal periodico riemergere di principi e istituti che si consideravano ormai superati dalle moderne dottrine penalistiche. La legislazione penitenziaria fu caratterizzata da una sorta di atteggiamento «pendolare» del legislatore che alternò provvedimenti di attenzione alla condizione dei detenuti con altri tendenti invece a inasprire – senza molti scrupoli – il regime carcerario. Fu soltanto nel XX secolo, in particolare con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 (art. 5) e con la CEDU del 1950 (art. 3), che fu effettivamente formalizzato nel diritto internazionale il divieto di tortura e di ogni maltrattamento, anche per i detenuti.