



Rivista Trimestrale - 4/2017

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia
AA.VV.

La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)
AA.VV.

Legittima difesa: fra retorica e problemi reali
Domenico Pulitanò

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*
Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*
Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray,
Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini,
Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*
Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas,
Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile,
Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi,
Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio,
Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario,
Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro,
Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor,
Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra,
Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso,
Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Maserà,
Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda,
Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo,
Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina,
Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí,
Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino,
Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano,
Giacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,
Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis,
Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi,
Francesco Zacchè



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, attualmente edito dall'Associazione "Progetto giustizia penale", il cui presidente e direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review

La qualità scientifica dei lavori pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Con decisione motivata della direzione, i lavori di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica e i testi di relazione a convegni possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di peer review. Di tale circostanza è data menzione in nota al lavoro stesso.

Modalità di citazione

Per la citazione dei contributi qui pubblicati, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale is a free, non-profit online law review, currently edited by the “Progetto giustizia penale” association, whose president and scientific director is Prof. Viganò, currently criminal professor at the Bocconi University in Milan. The management, the editorial staff and the scientific committee now engage lecturers and researchers from several universities in Italy and abroad, as well as distinguished criminal law professionals, judges and attorneys.

The administrative and the editorial staff collaborate for free and authors are not charged with preparation and publication costs.

Works published in “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” are attributed to the authors under a *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0” Italia (CC BY-NC 3.0 IT) license. Anything not expressly regulated by this license is without prejudice to the guarantees provided by the regulations concerning the protection of copyright and other connected rights (l. n. 633/1941).

Each work published in “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” can be shared, reproduced, distributed, printed, disclosed to the public, displayed to the public, searched, and linked to, by any means and in any format, for any lawful non-commercial purpose, in compliance with the *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia” (CC BY-NC 3.0 IT) license, paying attention to retain the indication of the source, the logo, and the original graphic format as well as of the author of the contribution.

This Journal adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) approved by the COPE (Committee on Publication Ethics)

Peer review

The scientific quality of the works published in this magazine is guaranteed by a peer review procedure, implemented through the transparency, autonomy and undisputed scientific prestige of the reviewers, selected on a rotational basis and according to their specific competence among the members of the Advisory Board.

Each work subject to this procedure is examined anonymously by two peer reviewers, who give their likewise anonymous opinion on its compliance with the standards of quality set by the best law reviews. A work is published only if it is approved by both reviewers. All the documentation pertaining the operations carried out during this peer review procedure is stored in our offices.

Following a reasoned decision of our editorial staff, works by renowned experts in the field and conference reports can be published without being subject to the peer review procedure. This will be referenced in a footnote to the work itself.

EDITORIALE

In questo numero

1

Francesco Viganò

CRISI DEL CARCERE
E INTERVENTI DI
RIFORMA: UN DIALOGO
CON LA STORIA**Crisi del carcere e culture di riforma**

4

Francesco Palazzo

**Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali:
riti antichi per funzioni nuove**

12

Loredana Garlati

**La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione
nella penalistica dell'Italia liberale**

28

Marco Nicola Miletta

Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione

42

Angela Della Bella

Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo

51

Cristina Danusso

L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea

68

Stefano Marcolini

Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione

77

Chiara Perini

Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione

89

Francesca Ruggieri

**Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma:
un dialogo tra storia, diritto ed arte**

98

Grazia Mannozi

LEGALITÀ PENALE
E DINTORNI

Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017	108
Domenico Pulitanò	

Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)	115
Antonio Ruggeri	

Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne	128
Silvia De Blasis	

Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto	160
Attilio Nisco	

Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?	172
Irene Pellizzone	

NOVITÀ LEGISLATIVE
E GIURISPRUDENZIALI

Le circostanze “indipendenti” sono sempre “ad effetto speciale”? Una risposta negativa (non “faziosa”, ma “di parte”), aspettando le Sezioni Unite	181
Alessandro Melchionda	

Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco	200
Cristiano Cupelli	

Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?	217
Sergio Lorusso	

La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)	224
Carlo Ruga Riva, Roberto Cornelli, Alessandro Squazzoni, Paolo Rondini e Barbara Biscotti	

L'OBIETTIVO SU...	La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo	251
	Miguel Bustos Rubio	
	Legittima difesa: fra retorica e problemi reali	262
	Domenico Pulitanò	
	Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto	269
	Fabio Basile e Giuseppe Vallar	
	L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011?	290
	Giuseppe Amarelli	
	Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma	300
	Vincenzo Mongillo	

Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove

Buried Alive. Prison in the Days of “Practicae Criminales”: Old Rituals for New Functions

LOREDANA GARLATI

*Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Milano-Bicocca
loredana.garlati@unimib.it*

CARCERE, RAPPORTI TRA CARCERIERI E CARCERATI,
FUNZIONI DEL CARCERE, CARCERE E TORTURA,
PRATICHE CRIMINALI

PRISON, RELATIONSHIPS BETWEEN PRISON OFFICERS AND
DETAINEES, PRISON FUNCTIONS, PRISON AND TORTURE,
PRACTICAE CRIMINALES

ABSTRACT

Il saggio intende ripercorrere in chiave storico-giuridica le tappe evolutive del carcere: da strumento destinato ad assicurare la presenza dell'imputato al processo e all'esecuzione della sentenza a luogo di detenzione in forma sanzionatoria. Osservatorio privilegiato di indagine sono le Pratiche criminali di area italiana: un genere letterario di rilevante importanza nell'età moderna, testimonianza insostituibile di quella straordinaria miscela di legislazione, dottrina, giurisprudenza e prassi fondativa del diritto comune. Le Pratiche contengono un'analisi originale del carcere quale luogo di reclusione in attesa di giudizio; dettano linee guida volte a disciplinare i delicati rapporti tra carcerieri e detenuti, ispirati a un misto di garantismo e di terrore; descrivono le modalità e le caratteristiche dei luoghi destinati ad accogliere i prigionieri, per evitare forme di aberrazione e di tortura. In esse si trovano già anticipati i temi che diverranno oggetto di analisi e di dibattito dal Settecento in poi, quando si comincia a individuare nel carcere la pena per eccellenza, emblema di una società civile che ripudia lo splendore dei supplizi dei secoli antecedenti. Eppure, esso continua a mantenere nei secoli i tratti aspri e afflittivi che le Pratiche delineavano (e che, al tempo stesso, cercavano di moderare in un delicato equilibrio tra umanità e repressione). E tutto ciò non può non porre interrogativi anche al giurista di oggi sul tema della condizione carceraria, di fronte alla quale lo storico non può non avvertire echi del passato.

The present essay analyzes the legal and historical evolution of prison: first, a tool designed to ensure that the defendant be present at trial and that the judgment be executed; then, a place of detention with a punishment aim. The chosen point of view is the experience of Italian “Practicae criminales”: a literary genre of great importance in the modern age. It constitutes a unique proof of the extraordinary melting pot of legislation, scholarly works, case law and practices rooted in common law. Within these “Practicae”, prisons as a detention place for those awaiting a final judgment are studied for the first time; there are guidelines to regulate the delicate relationship between prison officers and detainees, to strike a balance between garantism and terror; they describe how the places meant to welcome prisoners and their features should be to avoid mistreatments and torture. There are foresighted descriptions of issues that would later attract debates since the Eighteenth Century on. Then the prison would start being seen as the ultimate punishment in a civil society that rejected the reliance on the “splendeur des supplices” of the previous centuries. Nevertheless, throughout the centuries prison has maintained those sharp and afflictive features underlined in the “Practicae” (which at the same time tried to control them by balancing humanity and repression). This analysis unavoidably presents the contemporary jurist with pressing questions on prison conditions, recalling echoes of the past to the historians.

SOMMARIO

1. Giustizia e pene. – 2. *L'inventio* e le funzioni del carcere nelle *Pratiche*. – 3. L'orrore e il garantismo. – 4. Il vecchio che avanza.

1.

Giustizia e pene.

«Io vidi una donna bellissima, con gli occhi bendati ritta sui gradini di un tempio marmoreo. Una gran folla le passava dinanzi, alzando al suo volto il volto implorante. Nella sinistra impugnava una spada. Brandiva questa spada, colpendo ora un bimbo, ora un operaio, ora una donna che tentava di ritrarsi, ora un folle. Nella destra teneva una bilancia; nella bilancia venivano gettate monete d'oro da coloro che schivavano i colpi di spada. Un uomo in toga nera lesse da un manoscritto: "Non guarda in faccia a nessuno". Poi un giovane col berretto rosso balzò al suo fianco e le strappò la benda. Ed ecco, le ciglia eran tutte corrose sulle palpebre marce; le pupille bruciate da un muco latteo; la follia di un'anima morente le era scritta sul volto. Ma la folla vide perché portava la benda»¹.

Domina la celebre poesia di Edgar Lee Master l'immagine allegorica più nota della Giustizia. Nella iconografia tradizionale essa regge in una mano una bilancia con cui pesa torti e ragioni, mentre con l'altra stringe una spada con cui rivendica il diritto dello Stato di punire i delitti per tutelare se stesso, le leggi e la pubblica pace. La benda posta sugli occhi simboleggia, secondo la ricostruzione più accreditata, l'imparzialità delle decisioni², garantita, nella rappresentazione di *Spoon River*, dal motto pronunciato dall'uomo in toga nera ('non guarda in faccia nessuno'), quasi emblema di uguaglianza giuridica.

All'improvviso però, nel componimento di Lee Master, un gesto inconsulto determina un cambio di scena tragico e amaro, rivelando il volto di una Giustizia preda di una tragica follia. La benda perde qui la valenza di strumento di incorruttibilità, propria di chi giudica incurante del ceto, delle qualità soggettive o della stima sociale, per divenire immagine di una *Domina* o *Dama* simile al caso, che opera senza criterio alcuno³.

Non si può prescindere dal concetto di giustizia (temperata dall'equità, secondo la raffinata costruzione medievale) per affrontare il tema del carcere: giustizia, pena e carcere costituiscono infatti un trittico in cui i singoli elementi sono legati gli uni agli altri in una 'parabola logica' discendente.

Da storica del diritto, e del diritto e del processo penale in particolare, nei miei studi attraverso uomini, società, idee, paesaggi giuridici lunghi secoli: non vi è dubbio che indice del grado di civiltà posso quindi affermare che, da sempre, indicatore del grado di civiltà (non

¹ E. LEE MASTER, *Antologia di Spoon River*, Torino, 1948, 255. La poesia fu scritta nella forma di commento attribuito a un fantomatico giornalista, Carl Hamblin, in ricordo della pronuncia della condanna a morte degli anarchici di Chicago. Costoro, il 1° maggio 1886, avevano manifestato a difesa della rivendicazione da parte delle classi lavoratrici di una giornata lavorativa di otto ore. Per un commento alla poesia cfr. A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, XV-XXI.

² Tale significato fu introdotto da Joos Damhouder nella celebre raffigurazione della Giustizia bifronte. Lo sguardo che volge a destra, libero da ogni costrizione, vede «personas applausibiles et gratas, nempe favorem, amicos, cognatos, affines, beneficos, et opulentos, et id genus alios, qui omnes Iustitiae faciem in suas partes inclinant, sibi conciliant, et in suam (quam volunt) sententiam protrahunt». A sinistra invece, lato in cui la Giustizia è cieca, «aliae sistuntur personae a superioribus multum diversae, nempe Odium, Paupertas, Egestas, Innocentia, Viduarum tenuitas, Pupillorum debilitas et quicquid denique per se infirmum est, et miserum, nulloque patrocinio sultum, nisi sola spe iustitiae, quae tamen ipsis oculis clementiae claudit» (J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Antuerpiae, 1562, cap. CLIII, *De Iustitia*, 435-436. Su Damhouder si veda da ultimo H. MAIHOLD, *Praxis rerum criminalium - Joos de Damhouder*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, a cura di S. Dauchy, G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki, A. Wijffels, Springer, 2016, 99-102). La Giustizia, *solius Dei*, come la definisce l'autore, sarà pronta a cedere alle lusinghe e alle richieste dei postulanti se vedente; inutilmente, invece, la imploreranno anche coloro che si pongono alla sua destra se essa non potrà fissarli in volto. Non solo in via traslata vi è qui racchiusa l'idea della 'neutralità' della Giustizia, ma, contestualizzando culturalmente l'archetipo della *facies nebulosa* della Bendata (sempre attingendo alle parole di Damhouder), vi era sottesa la volontà di superare la 'giustizia corporativa' (ossia il pluralismo soggettivo legato al sistema di diritto comune) a favore di un sistema di leggi espressione della volontà regia (la giustizia egemonica di apparato, ricorrendo alla terminologia sbricoliana ormai divenuta patrimonio concettuale comune) e imperniata sull'uguaglianza tra soggetti [M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, I, Milano, 2009, 7-9].

³ Sulle diverse letture dei simboli della giustizia v. A. PROSPERI, *Giustizia bendata* cit., *passim*; M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in Id., *Storia* cit., I cit., 155-207. Non è irrilevante che la Giustizia di Hamblin si erga ritta, assumendo un'immagine di potenza e di controllo quasi militaresco sui sudditi, al fine di incutere paura. Infatti, sempre Damhouder, ispirandosi ai passi delle Sacre scritture, riteneva che la Giustizia dovesse dispensare i suoi voti seduta. Solo così poteva disporre con animo quieto e libero, straniato dalle umane passioni e dagli affetti (J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium* cit., cap. CLIII cit., n. 2, 435).

solo giuridica) di un popolo risieda essenzialmente nel sistema sanzionatorio, nella duplice accezione di pena e di luogo fisico di detenzione.

Ogni storia ha un inizio, un «c'era una volta» rimesso alla discrezione del narratore. Il mio si colloca nel momento del passaggio dalla giustizia negoziata⁴ a una giustizia egemonica, per usare le parole di Mario Sbriccoli: un passaggio non netto, ma graduale in cui sul sistema degli accordi privati si sono incistati, conquistando spazi sempre maggiori, elementi che hanno condotto il penale (divenuto mezzo di governo) al controllo centrale pubblico. La pena cessò così di essere lasciata alla gestione dei singoli e il conflitto con sempre minor frequenza fu risolto mediante composizione, riparazione, risarcimento.

Da una giustizia che riposava «sul *consenso*, prima e più che sulla *certezza*»⁵, connotata da paci private, duelli, arbitrati, solo per ricordare alcuni dei variegati sistemi adottati⁶, si giunse all'«indisponibilità del processo» grazie anche alle «trasformazioni che investirono gli assetti istituzionali degli Stati della prima età moderna»⁷.

La soddisfazione del singolo cedette il posto alla tutela del pubblico. La pena assolse così funzioni «altre» rispetto al passato: garantire non tanto l'interesse privato o la pace tra le famiglie, ma la pace in quell'insieme di famiglie che era la comunità sociale nelle sue cangianti declinazioni (comune, signoria, regno, Stato).

La pena quindi divenne via via pubblica, demandata a un giudice il quale, secondo una definizione di Azzone, la irrogava *pro delicti satisfactione*⁸ e in quella «funzione satisfattoria» si sentiva l'eco non ancora spenta della «cultura della vendetta»⁹. «Alberto da Gandino l'avrebbe ripresa alla lettera, aggiungendo significativamente la chiosa che *publice interest ne maleficia remaneant impunita*»¹⁰.

E' la chiara svolta della funzione punitiva, con quel motto che finirà per avere ripercussioni non solo sul penale sostanziale ma anche nella scelta del rito, determinando la progressiva affermazione dell'inquisitorio come mezzo ordinario di *procedere*¹¹.

2.

L'inventio e le funzioni del carcere.

Nel medio evo e in età moderna pene per eccellenza erano la pena di morte, a cui si ricorreva con funzioni intimidatorie, preventive ed utilitaristiche (tanto da potersi affermare che le ragioni poste da Beccaria a fondamento della sua tesi abolizionista erano le stesse cui ricorrevano i fautori della pena capitale), e le punizioni corporali: marchi a fuoco, mutilazioni, fusti-

⁴ Una terminologia ancora in auge, come dimostrano, ad esempio, alcuni saggi della storiografia recente (L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata: l'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005). Al tempo stesso metodi alternativi alla soluzione dei conflitti quali mediazione, negoziazione assistita (in ambito civile), arbitrato etc.' ci riconducono a pratiche risalenti; quasi un ritorno alla convinzione che la remissione alle parti o il loro coinvolgimento nelle sorti del giudizio conduca agli esiti migliori: una sorta di *win to win*, dove ognuno, cedendo, ottiene qualcosa senza mai perdere di tutto.

⁵ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* cit., 6.

⁶ Duelli, faide e rappacificazioni. *Elaborazioni concettuali, esperienze storiche*, a cura di M. Cavina, Milano, 2001; M. CAVINA, *Il duello giudiziario per punto d'onore: genesi, apogeo e crisi nell'elaborazione dottrinale italiana, sec. 14.-16.*, Torino, 20013; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005; M. CAVINA, *Il sangue dell'onore. Storia del duello*, Roma-Bari, 2005; *Stringere la pace: teorie e pratiche della conciliazione nell'Europa moderna (secoli 15.-18.)*, a cura di P. Broggio e M.P. Paoli, Roma, 2011.

⁷ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale* cit., 9.

⁸ AZZONE, *Summa super Codice et instituta extraordinaria*, a cura di D. Converso, in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, Torino, 1966, vol. II, 343. Troveremo ad esempio ribadita questa finalità anche nella successiva criminalistica, dove si afferma che «*executio est satisfactio quaedam quae fit per condemnatum opera et ministerio publici executores pro sententiae iam latae observationae*» (P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum tractatus*, in *Tractatus universi iuris*, t. XI, p. I, [F. Zilettus], 1584, rubr. *De sententiae et poenarum executione*, n. 1, 347).

⁹ M. CAVINA, *La redenzione sul patibolo. Funzioni della pena bassomedievale*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, a cura di A. Calore - A. Sciumè, Milano, 2013, 95.

¹⁰ A. ZORZI, *La pena di morte in Italia nel Tardo Medioevo*, in *Clio & Crimen*, 4 (2007), 51. In realtà l'autore del *Tractatus de maleficiis* riprende il passo di Azzone sul punto senza aggiungere nulla («*Poenam autem est delicti vel pro delicto satisfactio quae propter delicta imponitur a lege vel a ministro legis*»: A. DA GANDINO, *Tractatus de maleficiis*, in *Tractatus diversi super maleficiis*, Venetiis, 1560, rubr. *De poenis reorum*, 1, 152). E dai continui richiami - disseminati nell'opera - al pubblico interesse per la punizione dei delitti che si deduce il passaggio da una finalità risarcitoria privata a una funzione sanzionatoria tesa a soddisfare un'utilità generale, come indicato nel passo collocato nella rubrica *De transactionibus et pactis in maleficiis*, in cui espressamente si afferma che «*maleficia non debet remanere impunita*» (ivi, n. 13, 139), oppure al n. 36, 298 della rubr. *De multis quaestionibus*, o al n. 3, 284 della rubr. *De poena blasphemantium Dei et sanctos et de periurio*.

¹¹ Di fronte a una storiografia sterminata e a volte stancamente ripetitiva (come dimostrato anche da ultime recenti monografie sul tema dell'inquisizione che, a carattere meramente compilativo e riassuntivo, attingendo a piene mani a opere precedenti, nulla aggiungono di originale a quanto già ricostruito dalla letteratura) vale la pena ricordare il saggio di M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Storia* cit., I cit., 73-110.

gazioni, a volte quasi in un'idea dantesca di contrappasso¹² (ad esempio l'estrazione dell'occhio o il taglio delle mani per il ladro, il fuoco per gli eretici, simbolo al tempo stesso delle fiamme dell'inferno ed elemento di purificazione, il taglio della lingua per i bestemmiatori, la lettera scarlatta per l'adultera). Ad un simile scenario non erano estranee né la valenza teologico-religiosa del dolore come strumento di espiatione e quindi di salvezza né una sorta di finalità di prevenzione generale e speciale¹³. Si rendeva infatti riconoscibile (e quindi emarginabile dal consesso sociale attuando anche dinamiche difensive) il soggetto colpevole di delitto.

Ovviamente non mancavano le pene pecuniarie, il bando, l'esilio, la galera o trireme, in una varietà di modalità di inflizione di sofferenza che mirava a intervenire sui beni primari del singolo: «vita, bona et fama», come chiaramente enunciato da Paolo Grillandi¹⁴. Manca dal catalogo dei diritti che possono costituire legittimo oggetto del *ius puniendi* il futuro pilastro delle rivendicazioni rivoluzionarie: la libertà.

La domanda che ne consegue è: quale sorte era riservata al carcere?¹⁵. Se è indubbio che esso divenne la forma di sanzione dominante a partire dall'Ottocento (seppur se ne constati la progressiva affermazione già a partire dal Settecento), quale ne fu l'*inventio*, quale l'uso nei secoli precedenti?

E' noto che esso venisse impiegato per lo più come luogo temporaneo di detenzione e di custodia, come insegnava un passo del Digesto (*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*)¹⁶, in attesa di interrogatorio e/o tortura e poi dell'esecuzione della pena. «Con la prigionia ci si assicura di qualcuno, non lo si punisce»¹⁷. Le carceri erano «puri e semplici 'depositi' di soggetti per qualche ragione 'devianti'»¹⁸.

Il passo era così chiaro da non poter non influenzare i giuristi medievali e moderni¹⁹, che vi attribuirono una funzione sostitutiva della pena pecuniaria nei casi in cui il reo non avesse di che adempiere al suo debito o a seguito di decisione rimessa all'arbitrio del magistrato. In questo caso il carcere si configurava quale strumento punitivo residuale per reati meno gravi, da annoverare tra le pene 'leggere', quasi forzandone e snaturandone la destinazione primaria di luogo riservato agli imputati a seguito di cattura.

Sono in particolare le *Pratiche criminali* d'età moderna ad offrire suggestivi spunti di riflessione sul tema²⁰. La motivazione dell'interesse rivolto dagli autori di *Pratiche* (magistrati, avvocati, attuari) al tema della carcerazione è esplicitata da Ippolito Marsili: «in agitatione causarum criminalium saepe contingit homines carcerari, ut experientia docet; ideo pro comuni utilitate versantium in palatiis aliqua adducam circa dictam materiam carceratorum»²¹.

Le *Pratiche* rappresentano un osservatorio privilegiato per comprendere il ruolo del carcere nel sistema sanzionatorio tra Cinque e Seicento, un ruolo non univoco né tratteggiabile in modo granitico, ma ricco di sfaccettature poliedriche.

Proprio perché destinato alla mera custodia, il giudice, nel disporre la cattura e poi la reclusione, doveva agire con la massima cautela, sicuro dell'esistenza e della gravità del delitto, con la consapevolezza che quel periodo di privazione della libertà in attesa del processo macchiava di infamia il detenuto: un'onta difficile da eliminare, anche in caso di assoluzione²². Un primo (ma non unico) accenno garantistico, racchiuso tra le pieghe di indicazioni, suggerimenti, consigli, disposizioni sulla disciplina da riservare ai carcerati.

¹² Così M. CAVINA, *La redenzione sul patibolo* cit., 104.

¹³ V. A. ZORZI, *Rituali di violenza, cerimoniali penali, rappresentazioni della giustizia nelle città italiane centro-settentrionali (secoli XIII-XV)*, in *Le forme della propaganda politica del Due e Trecento*, Roma, 1994, 410-411.

¹⁴ P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum* cit., rubr. *De sententiae et poenarum executione*, n. 2, 347.

¹⁵ «Non è tanto il carcere come istituzione ad essere ignorato, quanto la pena dell'internamento come privazione della libertà» [D. MELOSSI, *Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro: alcune ipotesi di ricerca*, in *La questione criminale*, 2, 2-3 (1976), 21].

¹⁶ D. 48.19.8.9.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita delle prigioni*, Torino, 1976 [rist. 2014], 129.

¹⁸ R. CANOSA-I. COLONNELLO, *Storia del carcere in Italia dalla fine del '500 all'unità*, Roma, 2000, 15.

¹⁹ Valga per tutti, ad esempio di affermazione incisiva, l'indicazione offerta da Paride del Pozzo, per il quale «de iure prohibetur aliquem diu in carceribus macerari quia non ad poenam sed ad custodiam esse debet carcer» (P. DEL POZZO, *De syndicatu*, Francofurti, 1608, *verb. Carcer et Carceratus*, n. 1, 254).

²⁰ Sul genere letterario delle *Pratiche* mi sia consentito rinviare a L. GARLATI, *Per una storia del processo penale: le Pratiche criminali*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 89 (2016), 71-109. Nel prosieguo del lavoro ci si limiterà ad un'analisi delle *Pratiche* di area italiana.

²¹ I. MARSILI, *Practica criminalis [...] Averolda nuncupata [...] Hac postera editione recognita [...]*, Venetiis, 1574, § *Attingam*, n. 1, 279.

²² G.B. CAVALLINO, *Actuarium practicae criminalis*, Mediolani, 1616, *pars prima, De poena trabutantis aliquem*, vers. *Iudices*, 118.

Determinata l'illegittimità del carcere privato²³ (che si commetteva «da chi con dolo, e animo preordinato a quest'effetto, trattiene alcuno sotto custodia privata per forza»²⁴), in ragione proprio della sottrazione all'individuo di modalità sanzionatorie ormai rimesse esclusivamente nelle mani del potere costituito, il carcere inteso come pena fu dunque per lungo tempo una trascurabile eccezione nel panorama punteggiato dallo splendore dei supplizi *à la Foucault*²⁵.

E così, chi tratteneva un individuo in via privata andava punito perché «carcer est meri imperii et propterea qui privatum carcerem exercet, merum imperium sibi usurpare dicitur». Inoltre «privatus carcer est prohibitus, quia nullus potest habere ius carcerandi, nisi ille, cui a lege est concessum [...] sed scias quod carcer privatus primo erat permissus»²⁶.

Se nessuno dissentiva sulla necessità di un castigo per chi deteneva qualcuno 'da privato', il dibattito risultava invece particolarmente vivace sulla tipologia di pena, che per alcuni coincideva addirittura con la pena capitale, ravvisando in tale reato un'ipotesi integrativa della lesa maestà²⁷. Altri, invece, proponevano interventi sanzionatori più miti.

Marcantonio Bianchi, ad esempio, se condivideva in linea di principio la prima soluzione, al tempo stesso era pronto a risparmiare l'estrema sanzione nel caso in cui l'imputato dichiarasse sotto giuramento di aver proceduto alla reclusione credendo si trattasse di soggetto colpito da bando: «in quo casu si licebat ei eum interficere, poterat etiam eum licite detinere»²⁸.

Giulio Claro, invece, riportava come opinione comunemente condivisa l'infrazione della pena capitale a chi si macchiava del reato di carcerazione privata, ma con un discrimine operante nella dottrina più accreditata: nel caso di cattura *ex iusta causa* il fermo ad opera del privato poteva durare fino a venti ore e solo nel caso di superamento di tale termine era possibile applicare la sanzione estrema. Il suddetto spazio temporale perdeva efficacia 'giustificatrice' nel caso di ingiusta carcerazione: si era infatti puniti con la pena capitale anche nel caso in cui si fosse detenuto qualcuno *minori spacio viginti horarum* (il vincolo temporale delle venti ore si trova ribadito in tutti gli autori). Tuttavia, con il consueto giudizio indipendente e spesso contrario all'*opinio communis*, Claro non si dichiarava d'accordo con la previsione della pena di morte, ritenendo che simile reato «mitius puniretur»: ad esempio, con semplice pena pecuniaria²⁹.

²³ «Sciendum est quod non licet alicui privatae personae carcerem habere privatum: nam si aliquis tenet aliquem in carcere privato, sive in domo, sive in agro, imponitur ei poena capitalis. Sed reipublicae interest habere carcerem, in quo homines delinquentes ponantur ad custodiam, donec sententia contra eos fuerit lata. Nota tamen quod cum aliquis accusatus est, in fortiam iudicis manet si quidem sponte confitetur de crimine de quo accusatus est, vel ex officio inquisitus: tunc est ponendus in carcerem ut custodiatur» (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis*, in *Tractatus diversi super maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis vel fractis et custodibus earum*, n. 1, 588. Su Bonifacio Antelmi, giusperito mantovano la cui opera fu attribuita, fin dalla sua prima edizione a stampa del 1499, a un inesistente Bonifacio Vitalini, v. da ultimo P. MAFFEI, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* [d'ora in poi *DBGI*], I, Bologna, 2013, 78). Non integravano invece il reato di carcere privato quei comportamenti messi in atto *causa correctionis*, come accadeva nell'ipotesi del marito che si proponeva di esercitare il proprio *ius corrigendi* nei confronti della moglie. Infatti «vir potest corrigere et castigare et in vinculis ponere uxorem» (P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., verb. *Captura*, n. 3, 237), e lo stesso valeva per il padre che intendeva educare il figlio disobbediente (G. GIGANTE, *De crimine lesae Maiestatis*, in *Tractatus universi iuris* cit., I, I, q. XXXV, n. 7, 53); così come non commetteva reato di carcere privato chi teneva rinchiusa una meretrice *gratia libidinis* (E. BOSSI, *Tractatus varii*, Lugduni, 1575, tit. *De Pluribus violentiis*, n. 62, 219). Per una declinazione delle diverse situazioni cfr. P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis partis primae tomus secundus*, Lugduni, 1614, *Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium*, I, II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, nn. 25-33, 7-8.

²⁴ M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 13, 63.

²⁵ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* cit., 35 (questo il titolo del secondo capitolo della prima parte del saggio). Lo avrebbe ricordato in epoca molto più recente Martino Beltrani Scalia, ispettore delle carceri del Regno, direttore generale dal 1879 e con fasi alterne fino al 1898, oltre che fondatore di una rivista interamente dedicata agli studi sul sistema penitenziario: egli evidenziava come il carcere da sempre avesse fatto capolino nella storia delle pene, ma avesse occupato l'ultimo gradino di un'ideale scala gerarchica, giacché veniva adoperato più per assicurare al carnefice la vittima da immolare che come strumento sanzionatorio (M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia. Saggio storico e teorico*, Torino, 1867, 11-12). Si veda S. RODOTÀ, *Beltrani Scalia, Martino*, in *DBI*, VIII, Roma, 1966, 80-82 e G. TOSATTI, *Beltrani Scalia, Martino*, in *DBGI* cit., I cit., 214.

²⁶ S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam inquisitorum, carceratorum reorum, et condemnatorum super quocunque crimine*, Venetiis, 1639, lib. I, tomo I, *defens.* V, cap. VII, n. 1, 225.

²⁷ La configurazione di carcere privato come reato di lesa maestà (e di conseguenza punito con la sanzione estrema) sul presupposto che *carcer est meri imperii* era sostenuta da G. GIGANTE, *De crimine lesae Maiestatis* cit., I, I, *quaest.* XXXV, 43. Non condivideva tale impostazione il salernitano Follerio, per il quale il reato di carcere privato non poteva essere accusato di usurpata giurisdizione e andava perciò condannato a mera pena corporale, secondo gli statuti (P. FOLLERIO, *Practica criminalis*, Lugduni, 1556, rubr. *Vel carcerentur*, n. 21, 144). L'avvenuta separazione tra il carcere privato (vietato) e il riconoscimento di un *ius puniendi* al potere pubblico è concetto così acquisito nell'età delle *Pratiche* che Scanaroli, dedicando un intero volume al tema, chiarisce l'oggetto della sua trattazione precisando che «quando tractamus de carcere, intelligendum est de publico» dal momento che la carcerazione privata, vietata, era ormai considerata mero affare di predoni, pirati e plagiaristi (G.B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Romae, 1655, I, I, § III *Carcerati*, cap. II, n. 16, 32).

²⁸ M.A. BIANCHI, *Practica criminalis*, Venetiis, 1556, *Cautela pro reis defendendis*, *Cautela IX*, 159.

²⁹ G. CLARO, *Opera omnia*, Lugduni, 1575, *Liber quintus receptarum sententiarum* (d'ora in poi LV), § *Finalis*, q. LXVIII, n. 32, 462. Nello stesso senso (preferendo quantificare il limite temporale in due giorni anziché in venti ore) G.B. CAVALLINO, *Actuarium* cit., *pars prima*, *De captura*, vers. *Tenens*, 112.

Per contrastare il rigore del *ius civile* (che voleva applicata la sanzione estrema), il toscano Marc'Antonio Savelli si appellava invece alla prassi e alla consuetudine (più che a un'elaborazione personale di pensiero), derogatoria del *ius commune*. L'autore si limitava a constatare che nei fatti «s'impone altra pena più mite ad arbitrio del Giudice, secondo la qualità de' casi, e delle persone»³⁰; in tal modo egli dimostrava la preminenza del «diritto vivente» su quel grande ma ormai superato affresco che era il diritto giustiniano. A sostegno di un simile assetto del sistema delle fonti, Farinacci testimoniava come la pena capitale per carcere privato fosse un mero retaggio teorico del passato, dal momento che, certifica l'autore, nella pratica «numquam vidi ad mortem condemnatum eum qui solum privatum carcerem exercuit»³¹.

Il carcere (pubblico) era dunque un luogo sicuro per impedire la fuga, orribile per la sporcizia, per il buio e l'isolamento³², come si usava ripetere nel medioevo e come avrebbero ribadito autori più tardi. Proprio perché spazio di temporanea detenzione, qualunque luogo da cui fosse impossibile fuggire era teoricamente idoneo ad essere utilizzato per l'incarcerazione. Bastava adattare ambienti orridi, spesso sotterranei, privi di spazio, luce ed aria, tanto che il napoletano Carlo Antonio De Rosa nel Seicento ne riconduceva l'etimologia sia a *coercere* sia alla circostanza che si trattasse di «locus carens caelo et aere»³³.

Si leva tuttavia da parte dei criminalisti una voce di aspra critica contro la reclusione in ambienti siffatti. Pietro Follerio, ad esempio, nella struttura dialogica che connota il suo volume, affidava al giudice il compito di spiegare la *materia carceris*. Questi non solo ribadiva che il carcere non poteva essere inflitto come pena, ma che il fine di impedire la fuga non era sufficiente a giustificare la prigionia in un luogo sotterraneo. Al contrario, gli spazi destinati ad accogliere quanti erano in attesa di giudizio dovevano essere salubri e tali da consentire alla luce, necessaria a rigenerare le forze, di penetrare³⁴.

Il carcerato, quindi, non poteva essere trattenuto *in loco obscuro, tetro et subterraneo* e doveva essere custodito *liberus et absolutus*, affinché non fosse possibile equiparare la sua carcerazione a una tortura³⁵. Se ragioni di sicurezza giustificavano durante la notte la totale oscurità, al sorgere del sole i detenuti dovevano essere ricondotti «ad luminatum carcerem»³⁶.

Follerio sosteneva che l'eventuale innocente custodito in prigionia non doveva patire oltre la misura consentita da una mera detenzione cautelare. E anche nel caso di un carcerato poi dichiarato colpevole la custodia preventiva non doveva rivestire tratti di disumanità e mai assumere i modi e le forme di una celata tortura.

Se la *ratio* di tale affermazione non può presumibilmente essere ricondotta all'idea – di certo anacronistica – di un'elaborazione del concetto di presunzione di innocenza, appare invece evidente che era proprio la destinazione del carcere (cautelare e preventiva) a sconsigliare condotte idonee a mettere in pericolo la vita e la salute del singolo.

Per questo, a maggior ragione, era vietato il carcere durissimo, dal momento che chi lo subiva era destinato verosimilmente a morire in pochi giorni (ancora una volta senza contezza o meno della sua colpevolezza, non essendosi celebrato alcun giudizio), né potevano essere imposte catene alle mani o ai piedi *inherentes ossibus* e tali da pregiudicarne il successivo uso

³⁰ M. A. SAVELLI, *Pratica universale*, Venezia, 1697, § *Carcerati, carceri, e catture*, n. 13, 63. Da questa opinione, secondo Guazzini, non si doveva recedere perché «de iure ista opinio verior est» (S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam* cit., lib. I, tomo I, *defens.* V, cap. VII, n. 21, 227).

³¹ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 35, 8.

³² Nota la definizione contenuta nel *Tractatus multum condutibilis de carceribus*, «pezzo apocrifo attribuito a Baldo dal Diplovatazio, dai *Tractatus Universi Iuris* e da incunaboli d'area francese»: così E. CORTESE, *Baldo degli Ubaldi*, in *DBGI* cit., I cit., 150): «Carcer est locus securus, horribilis, et repertus non ad poenam, sed ad delinquentium vel debitorum custodiam»; sicuro «ne incarcerati effugiant»; orribile «propter conversationis hominum privationem et propter immonditiam», dove «est magna cecitas et obscuritas», destinato alla reclusione perché «de iure civili nemo potest ad perpetuum carcerem damnari» (in *Tractatus universi iuris* cit., 200).

³³ C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis*, Napoli, 1750, l. I, cap. III, n. 15, 22. La prima definizione era ripresa da Varrone *De lingua latina*, V, XXXIII («Carcer a coercendo, quod exire prohibetur») traslata poi da Isidoro di Siviglia: «Carcer est a quo prohibemur exire, et dictus carcer a coercendo» (ISIDORO DI SIVILGIA, *Etymologiarum sive originum libri XX*, XV *De aedificis et agris*, II *De aedificiis publicis*, 46): segno di ideale contaminazione espressiva e concettuale tra la cultura «laica e pagana» di stampo romanistico e quella canonica.

³⁴ P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 3, 141.

³⁵ Cfr. S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam* cit., lib. I, tomo I, *defens.* VI, cap. I, n. 55-57, 241.

³⁶ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 96, 15. «Non debet includi in aliquo loco carceris, ut non possit lumen videre de die: sed de nocte debet duplicari custodia: et die adveniente in solis ortu debet ad locum deduci, ut possit lumen diei et claritatem videre, ne poenis carceris moriatur» (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 2, 588). Il diritto canonico aveva espressamente proibito di adibire a carceri luoghi sotterranei o cave, dove freddo ed umidità avrebbero messo in pericolo la vita dei detenuti. Erano considerati colpevoli di omicidio gli ecclesiastici rei di tale comportamento illecito (P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 97, 15). Follerio arricchisce invece le informazioni con un ricordo e un'esperienza personale: «ego autem dum essem Vicemarchio terrae Vasti Aymonis construxi foveam quadam humi depressam per duodecim pedes, reclamantibus omnibus civibus dictae terrae tanquam solitis libere vivere et non subiugo iustitiae» (P. FOLLERIO, *Canonica criminalis praxis*, Venetiis, 1583, cap. XII *Et in carceribus mancipatis*, n. 12, 145-146).

o la deambulazione³⁷.

Nella sua *summa* ricostruttiva delle posizioni dottrinali, delle consuetudini e delle prassi forensi, Farinacci evidenziava tuttavia che quanto enunciato in via di principio poteva poi essere derogato dall'arbitrio del giudice, vero strumento applicativo del diritto. Se quindi *multo magis prohibitum est* rinchiudere nei sotterranei quelle *miserabiles personae* che erano i carcerati, laici od ecclesiastici che fossero, e ferri e legature dovevano essere banditi perché non *pertinet ad simplicem custodiam*, tuttavia in ragione del tipo di delitti di cui si era sospettati e della qualità del soggetto il giudice poteva disporre diversamente. Sicché, se il reato era atroce (variabile a sua volta da definire per il tramite dell'*interpretatio* giurisprudenziale) e la persona vile e potenzialmente in grado di fuggire, si disponevano catene, le quali tuttavia anche in questo caso non avrebbero dovuto provocare dolore, afflizione o tormento³⁸.

Un delitto punibile con la pena di morte 'imponeva' a sua volta un trattamento carcerario *acerrimum*. Questa seconda eccezione alla regola era a sua volta soggetta a restrizioni e precisazioni ulteriori, nel senso che la qualità del reato e della persona, laddove fossero mancate la confessione o la piena prova di colpevolezza, non sarebbe bastata a giustificare l'adozione di modalità punitive contrastanti con la mera custodia; peraltro, anche le *probationes plenae* non sarebbero state requisito sufficiente a legittimare l'apposizione di *ferramenta* qualora il luogo di detenzione avesse offerto garanzie di sicurezza e scongiurato ogni pericolo di fuga. Così, in una sorta di circolo vizioso, si tornava al punto di partenza: ossia si cercava di centellinare inasprimenti incompatibili con la funzione carceraria di custodia, tesa, diremmo oggi, ad impedire la fuga, la reiterazione del reato o l'inquinamento delle prove.

Il tortuoso percorso descrittivo, intercalato da *amplia* e *limita* volti ad amalgamare e armonizzare le diverse opinioni sparse nelle opere dottrinali, nonché le difformi pratiche locali presenti in una realtà territoriale, giuridica e culturale frammentata e disomogenea, confluiva nella massima che «totum prudentis humanique Iudicis arbitrio relinquitur»³⁹. L'arbitrio del giudice, come si è accennato, era il motore vivo del diritto: lo forgiava nella realtà applicativa, generando quell'incertezza contro cui si sarebbe scagliata la polemica antigiusprudenziale illuminista. Al tempo stesso esso veniva invocato come una sorta di *deus ex machina* per risolvere l'intreccio tra regole ed eccezioni, sciogliere le contraddizioni insorgenti tra affermazioni e negazioni. Si rivela così come gli stessi autori delle *Pratiche* (a loro volta costruttori di diritto) si chinassero disarmati di fronte alla discrezione giudiziale: contro tale barriera si infrangevano e si vanificavano le già fragili regole dottrinali che i criminalisti cercavano di dettare e cristallizzare attraverso la *diuturna observantia*.

Non vi è autore che non insista sull'esclusione di trattamenti punitivi associati alla carcerazione (proprio perché luogo di custodia)⁴⁰, anche se (o forse proprio perché) il trattenere qualcuno temporaneamente in carcere mentre se ne decideva la sorte definitiva assumeva già i tratti di una violenza fisica. Tra gli altri, il friulano Francesco Casoni nel Cinquecento o il napoletano Francesco Maradei nel Settecento non esitavano ad equiparare il carcere alla tortura⁴¹. Nel Seicento, l'orvietano Flaminio Cartari invitava altresì a riflettere sul fatto che il carcerato potesse essere *valde turbatus*⁴² nel periodo di reclusione (con tutte le conseguenze che simili asserzioni comportavano relativamente al valore da attribuire alla confessione resa da un imputato in carcere, per alcuni giuristi equiparabile a quella pronunciata sotto tortura

³⁷ P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, nn. 1-8, 140-141. Nello stesso senso B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 2, 588; C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum*, Venetiis, 1681, *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 36-38, 370. Legare e incatenare non erano modalità detentive consentite, in quanto ciò «non pertinet ad simplicem custodiam, sed ad poenam» (P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., *verb. Carcer et Carceratus*, n. 16, 251).

³⁸ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 103, 16.

³⁹ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, nn. 95-103, 15-16. La citazione è al n. 102, 16.

⁴⁰ B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 2, 588.

⁴¹ «Carcer est species tortura» (F. CASONI, *De indicis et tormentis tractatus duo*, Venetiis, 1557, *Tractatus de tormentis*, cap. XII *Quomodo et quo moderamine procedatur ad tormenta et de errore Iudicum*, n. 8, 81); «Carcer est species tormenti» (F. CASONI, *De indicis* cit., *Singularia questionum criminalium*, cap. IX *De captura et carcere*, n. 8, 113); «Nedum carcer est species tortura» (F. MARADEI, *Practicae observationes civiles, criminales et mixtae*, Neapoli, 1704, *Observatio LXXVI*, n. 25, 321, ma si veda anche Id., *Tractatus criminalis analyticus*, Neapoli, 1730, *pars II, caput II*, n. 13, 90). Lo stesso dicasi per Ippolito Marsili, *Practica criminalis* cit., § *Expedita*, n. 11, 104.

⁴² F. CARTARI, *Theoricæ et praxis interrogandum reorum libri quator*, Venetiis, 1590, l. II, cap. I, n. 60, 11.

o comunque in condizioni di non libera audoterminazione⁴³, questione dibattuta e non pacificamente risolta in dottrina⁴⁴). Nei secoli l'endiadi carcere-tortura continuava ad attraversare la scienza giuridica: un'equiparazione insospettabile per quanti ancora si limitano a una rappresentazione 'sanguigna' delle criminalistica del maturo diritto comune e di fronte alla quale anche il giurista contemporaneo non può rimanere insensibile.

3.

L'orrore e il garantismo.

Il carcere *est mala mansio* (nel senso di abitazione, sosta, tappa o «cattiva stanza», come traduce Savelli⁴⁵) *adeo quod morti aequiparatur si perpetuus sit*⁴⁶. Come con lapidaria efficacia sosteneva Prospero Farinacci con riferimento alla città eterna, «a pluribus carceratis in Urbe saepius audiui, et experientia, quae est optima rerum magistra, quotidie nos docet carcer est sepultura vivorum, consummatio bonorum, consolatio inimicorum et experientia amicorum»⁴⁷. *Domus diaboli* era la definizione di uno «scrittore dimenticato»⁴⁸, difensore dei carcerati, quale il modenese vescovo di Sidone Giovan Battista Scanaroli⁴⁹ il quale, «pur procedendo da esperto giurista, sulla via della giustizia predilige quella della carità»⁵⁰.

Al tempo stesso, proprio per saldare l'esercizio di un potere legittimo alla custodia del detenuto, il carcere doveva rappresentare un luogo «sanctus honestatis et magnae reverentiae, a quo omnis iniuria abesse debet atque Thesaurum vocari [debet] propter publicum bonum quod ex eo Reipublicae sequitur, unde bannitus quia quocumque offendi potest, si carceratus est ab omni molestia tutus erit»⁵¹. Il carcere, quindi, doveva porre l'imputato in attesa di giudizio al riparo da ogni violenza o vendetta privata, ma anche da comportamenti illeciti perpetrati da giudici, pubblici ufficiali o custodi: costoro, rappresentanti del sovrano, dovevano a maggior ragione essere garanti di giustizia e 'protettori' anche di chi fosse sospettato d'aver violato il patto di legalità.

Suggerite da queste preoccupazioni, non mancano nelle *Pratiche criminali* precisazioni interessanti circa il ruolo, i compiti e il rapporto tra carcerieri e carcerati.

In primo luogo si chiedeva alle guardie di adottare un comportamento ispirato a umanità e benignità⁵².

⁴³ Per il salernitano Pietro Follerio, in ragione dello stato di costrizione e di timore in cui versava il detenuto, la confessione resa in carcere e in catene non poteva essere considerata spontanea (P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Et si confitebuntur*, n. 62, 310). Per Francesco Bruni solo la privazione di cibo durante la detenzione poteva rappresentare un inasprimento tale da rendere la reclusione simile ad una tortura; in caso contrario nessuna assimilazione poteva avvenire tra una confessione ottenuta in carcere e quella avvenuta per paura dei tormenti (F. BRUNI, *Tractatus de indicis et tortura*, Lugduni, 1546, p. II, q. II, n. 4, p. 59). Nello stesso senso L. CARERIO, *Practica causarum criminalium*, Lugduni, 1562, § *De indicis et tortura*, n. 5, 77. Per Casoni non bastava la fame ad aggravare la condizione del detenuto (e quindi a privare le sue dichiarazioni dell'attributo della spontaneità), ma occorreva che egli patisse anche il freddo (F. CASONI, *De indicis* cit., *Tractatus de tormentis*, cap. XIX *De confessione metu tormentorum et errore Iudicum*, n. 6, 90), anche perché, nella visione del giurista friulano, il giudice, adempiendo al suo dovere di visitare e prendersi cura dei carcerati, doveva evitare che questi fossero privati dei beni primari di sostentamento o di quanto necessario per la sopravvivenza; nel caso di un detenuto indigente, sprovvisto di mezzi di sussistenza, spettava al suo accusatore *alere eum* (F. CASONI, *De indicis* cit., *Singularia questionum criminalium* cap. IX *De captura et carcere*, n. 16, 114). Tuttavia, fedele alla massima sostenuta, secondo la quale il carcere si sostanzialmente in una forma di tortura, Casoni ne faceva conseguire che la confessione resa dal carcerato, pur senza che questi fosse sottoposto ad alcun tipo di tormento, non potesse considerarsi spontanea (F. CASONI, *De indicis* cit., *Tractatus de tormentis*, cap. XIX *De confessione metu tormentorum et de errore Iudicum*, n. 7, 91). Dissentiva da questa posizione Giulio Claro, per il quale non poteva considerarsi estorta *metu tormentorum* la confessione resa in carcere, dal momento che quasi tutti coloro che confessavano durante l'interrogatorio erano trattenuti in carcere: accogliere un simile orientamento significava distruggere ogni processo criminale e vanificare il lavoro istruttorio (e probatorio) (G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. LXIV, n. 32, 449). Follerio per di più, oltre a richiedere un'ispezione costante, precisava anche il dovere del giudice, durante queste visite, di liberare quanti ritenesse incarcerati senza giusta causa, *ex mero arbitrio*, indipendentemente dall'esistenza di una petizione (P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, nn. 15-16, 142-143).

⁴⁴ Mi permetto di rinviare a L. GARLATI, *Miti inquisitori: la confessione tra ricerca della verità e 'garanzie processuali'*, in *Confessione, liturgie della verità e macchine sanzionatorie*, a cura di L. Luparia - L. Marafioti, Torino, 2015, 63-93.

⁴⁵ M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 9, 63.

⁴⁶ Ivi; E. BOSSI, *Tractatus varii* cit., tit. de *Carcere*, n. 1, 15; P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., I. II, tit. IV, *De carceribus et carceratis*, q. XXVII, n. 1, 3.

⁴⁷ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., I. II, tit. IV cit., q. XXVII, n. 2, 3.

⁴⁸ Così R. CANOSA-I. COLONNELLO, *Storia del carcere* cit., 37. All'autore e alla sua opera sono dedicate le pp. 37-46.

⁴⁹ G.B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum* cit., I. I, § II *Carcer*, cap. I, n. 13, 5.

⁵⁰ C. C. FORNILI, *Delinquenti e carcerati a Roma alla metà del '600. Opera dei Papi nella riforma carceraria*, Roma, 1991, 121.

⁵¹ C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., I. I, cap. III, nn. 23-24, 22.

⁵² «Custodes debent cum humanitate et benignitate tractare carceratos, non suam crudelitatem vendere precio, vel gratia, nec eos affligere fame, vel angustia, vel siti, vel subtrahendo eis audientiam et non permettendo eis loqui vel ponendo eos in aliquo malo loco, vel occulto, ut non possit audiri si clamaverint, ad hoc ut fame vel siti pereant: et si talia fecerint, debent capitali poena puniri» (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 4, 588).

Inoltre, era prevista la loro punizione qualora intrattenessero rapporti sessuali (anche senza ricorso alla violenza) con donne incarcerate⁵³. Contraddicendo l'opinione comune, secondo la quale la sanzione si applicava nel solo caso in cui l'atto sessuale ricadesse su donne oneste, per alcuni autori erano meritevoli di sanzione anche relazioni tra carcerieri e meretrici: lo *status* o la *fama* della donna non era sufficiente a renderla 'oggetto disponibile', presupponendo o considerando irrilevante il suo consenso. In ragione del luogo (che doveva garantire sicurezza) e del dovere di tutela⁵⁴ non vi era possibilità di riconoscere l'impunità al 'guardiano', indipendentemente da ogni altra considerazione.

Accanto ad una dottrina che rivendicava la totale esenzione dalla pena per il custode che si unisse a donna carcerata *levis vitae*, si andava quindi affermando un altro orientamento, che aveva in Paride del Pozzo il proprio capofila. L'autore rivendicava sul punto la propria libertà di pensiero («tamen ego dicerem contrarium») rispetto alla *communis opinio*, passata in rassegna e riprodotta nella sua opera. Attraverso un processo argomentativo analogico, del Pozzo sosteneva che al pari del bandito (il quale poteva essere ucciso impunemente quando si poneva *extra protectionem principis*, ma non era invece soggetto ad offesa quando si trovava in carcere *sub protectione curiae*), anche la meretrice, che *potest impune cognosci*, non poteva essere violata *dum est in carcere iudicis*⁵⁵.

La qualità della donna tornava invece a rilevare ai fini della determinazione della pena: nel caso di rapporto carnale con donna onesta la pena era arbitrariamente decisa dal giudice «cum a iure non sit aliqua poena determinata»; nel caso di meretrice, qualora non vi fosse stata violenza, il pubblico ufficiale «esse leviter puniendum»⁵⁶. Non riteneva opportuna simile distinzione Pellegrino, per il quale, trattandosi di carcerate che erano sotto la protezione dell'autorità pubblica, di mala o buona fama che fossero, la loro violazione comportava nei confronti di *custodes fideles* una punizione *acerrima*⁵⁷.

A fronte di queste indicazioni volte a dettare la disciplina di una detenzione ispirata a ragionevolezza e benevolenza, agiva una contestuale funzione intimidatoria nei confronti dei carcerieri. Costoro erano minacciati di condanna a morte nell'ipotesi di fuga del carcerato⁵⁸,

⁵³ Per Claro la punizione non doveva consistere nell'impiccagione, come accadeva in Francia, ma in tre tratti di corda, secondo lo *stylus* del Senato di Milano di cui egli era illustre esponente (G. CLARO, LV cit., § *Fornicatio*, n. 24, 207).

⁵⁴ Così G. CLARO, LV cit., § *Fornicatio*, n. 24, 207.

⁵⁵ P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., verb. *Adulterium*, nn. 3-6, 148-149). Nello stesso senso E. BOSSI, *Tractatus varii* cit., tit. *de Coitu damnato*, n. 40, 231; Follerio («Est verum, quod carcerati sunt in protectione curiae, quod si aliqua meretrix publica reperiatur carcerata, cognoscens eam carnaliter punitur, ac si cognovisset mulierem honestam»: P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 25, 144); Carerio (per il quale, se *lascivia sive libido* potevano agire da attenuante in caso di omicidio, non erano scusanti opponibili nell'ipotesi di rapporto sessuale con detenuta anche se dedita alla prostituzione: L. CARERIO, *Practica causarum criminalium* cit., § *De homicidio et percussione*, n. 2, 187). Per Pietro Cavallo, invece, la punizione, da ammettere sempre, si fondava su un'equiparazione di funzione tra il carceriere e il tutore: come il secondo era da condannare qualora violasse la propria pupilla, identico principio valeva per il carceriere, gravando su questi il medesimo compito di curare, custodire e proteggere (P. CABALLO, *Resolutionum criminalium*, Francoforti, 1613, cent. III, cas. CCLXXXIII, 173-175).

⁵⁶ Così S. GUAZZINI, *Tractatus* cit., lib. I, tomo I, *defens.* VI, cap. I, n. 58, 221. Tuttavia la soluzione si trova teorizzata tra gli altri in I. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libro duo*, Coloniae, 1586, lib. II, cent. III, cas. CCXCII, 410-411; O. CAVALCANI, *De brachio regio*, Marpurgi, 1607, p. II, n. 154, 153. De Rosa contestava Farinacci il quale aveva suggerito per il carceriere una pena arbitraria (P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXXI, n. 123, 92). Per il giurista napoletano, invece, la pena da infliggere doveva essere maggiore di quella prevista per stupro o altro reato simile, perché il comportamento illecito del carceriere era in assoluto più riprovevole: egli rompeva «carceris honestatem et custodiae fidem». Di conseguenza, a giudizio dell'autore, a costui dovevano essere applicati l'esilio o altra simile sanzione degradante, oltre alla privazione di ogni pubblico ufficio. La ricomprensione della meretrice entro questo rigido quadro sanzionatorio si fondava non già sull'ingiuria derivante dalla violazione di una presunta castità (fisica o morale), ma «ratione loci qui sanctus dicitur» (C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., l. I, cap. III, n. 28, 23).

⁵⁷ C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum* cit., *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 61, 373. Sul tema della detenzione femminile alcuni autori erano intervenuti, prevedendo anche in questo caso il carcere pubblico e non più la reclusione in monastero come nel passato, con la previsione, tuttavia, di strutture distinte per genere: M.A. BIANCHI, *Practica criminalis* cit., n. 27, 5; B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 3, 588; T. GRAMMATICO, *Decisiones*, Venetiis, 1551, *decisio XXXIII*, n. 11, 37; P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 9, 141 e rubr. *Notatus capiat de persona* n. 18, 34. Claro, pur concordando con tale soluzione, aggiungeva un'ulteriore cautela: invitava infatti il giudice a valutare se in caso di donna nobile od onesta, tale da ricevere disdoro dalla *mala* promiscuità propria della detenzione, non fosse preferibile una detenzione *domi*, ossia una sorta di domiciliari, sempre si trattasse di accusa riguardante delitti non gravi o atroci, («[iudex] poterit ei [scil. donna] dare pro carcere domum alicuius nobilis et honestae matronae sub idonea fideiussione»: G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. XXVIII, n. 3, 320-321).

⁵⁸ In una sorta di ricerca di equiparazione, il toscano Marc'Antonio Savelli riteneva invece che il custode, come chiunque avesse in qualche modo favorito, istigato, consigliato la fuga del carcerato, doveva essere condannato alla medesima pena prevista per il reo (M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 7, 63).

a meno di non riuscire a dimostrare che ciò non fosse imputabile a loro negligenza⁵⁹. La previsione di una pena (qualunque essa fosse, fino a quella estrema) finiva per creare una sorta di corto circuito, inducendo il custode ad adottare ogni strategia o strumento o comportamento atto a ridurre all'obbedienza il detenuto ed evitarne la ribellione e la fuga: atteggiamento che rendeva fatalmente più deboli, fino forse a vanificarli, i precetti di *benignitas* qui predicati. Del resto, le fonti *lato sensu* giurisprudenziali dell'età moderna non dettavano certo regole vincolanti: consuetudini e dottrina modulavano criteri intrinsecamente flessibili, deboli argini pronti ad essere rotti da prassi ed usi diversi.

L'evasione del detenuto in attesa di giudizio configurava a sua volta una questione destinata ad essere scomposta e ramificata in ulteriori punti oggetto di analisi.

Non mentiva Farinacci quando affermava che sulla questione i «varii doctores varia dixerunt et adeo confuse». Ognuno aveva offerto una soluzione diversa sulla base di interpretazioni individuali che man mano si arricchivano di nuovi stimoli e nuove prospettive⁶⁰, tanto da far chiedere all'autore: «Quid ergo dicendum in tanta opinionum varietate?»⁶¹, fino alla consueta e quasi scontata conclusione cui si era soliti giungere di fronte ad una legislazione assente o lacunosa e a soluzioni rimesse all'autorevolezza dei suoi sostenitori: chi fuggiva dal carcere era punito con pena arbitraria⁶².

Gli interrogativi riguardavano da un lato la possibilità di assimilare la fuga alla confessione⁶³, fino a disporre per l'evaso la stessa pena prevista per il delitto ascrittogli (sanzione da scontare anche nell'ipotesi in cui si fosse dimostrata la sua estraneità ai fatti che ne avevano

⁵⁹ P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., *verb. Carcer et Carceratus*, 244-252. La declinazione stessa di 'custodia diligente' poneva però un problema di coerenza nella trattazione: si considerava infatti diligente il carceriere che teneva legato e in catene il detenuto, ma, come si è precisato, catene e legature potevano risultare a loro volta illecite se adottate senza il rispetto di alcuni presupposti (l'ammissibilità, ad esempio, contemplata solo per i reati più gravi) e modalità. Cfr. M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., nn. 6-8, 63. Opera una differenziazione chiara Vitalini, per il quale occorreva distinguere tra una fuga del carcerato «per fraudem custodis», evento che rendeva il carceriere meritevole della pena di morte, e una fuga dovuta a 'mera' negligenza da sanzionare con la stessa pena prevista per il carcerato (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., n. 7, 589). L'elaborazione dell'elemento soggettivo del reato, pur in un'opera non a trattazione teorico-sistematica, era il criterio con il quale De Rosa determinava il grado di responsabilità, e quindi di colpevolezza, del carceriere e la conseguente pena, rapportata al 'tasso' di dolo e colpa (lievissima, lieve, lata): C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., l. I, cap. III, nn. 40-41, 24. Sui tre gradi di colpa mi permetto di rinviare a L. GARLATI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della Pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, 1999, 70-72 e relative note. Pellegrino, pur affermando che nel Regno di Napoli il custode negligente era punito con un anno di carcere e la confisca dei beni, riservando la pena di morte qualora ricorresse il dolo, asseriva che *hodie de consuetudine* si irrogava la stessa pena prevista per il fuggiasco (C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum* cit., *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 75, 375).

⁶⁰ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 1, 55.

⁶¹ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 23, 58.

⁶² Per un'analitica dissertazione P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 22-31, 58-59.

⁶³ La posizione più semplice e lineare consisteva nell'equiparare la fuga ad una piena prova di colpevolezza, secondo il congegno di prove legali proprio del rito inquisitorio. Di conseguenza *qui ex carceribus aufugit habetur pro confesso et convinto de eo crimine de quo est imputatus* (formula tipica della criminalistica del tempo). Cfr., ad esempio, quali adesivi a simile orientamento: F. CASONI, *De indicis* cit., *Singularia questionum criminalium*, cap. IX *De captura et carcere*, n. 21, 114; G.B. CAVALLINO, *Actuarium* cit., *pars prima, De poena trahentis aliquem*, vers. *Quando autem*, 116. Non mancano autori che strutturano il loro ragionamento in modo più articolato. Per Carerio, ad esempio, l'elemento di discriminare per decidere se e come punire andava individuato nelle modalità della fuga («fracto carcere et ruptis ferri seu cippis cum conspiratione»: L. CARERIO, *Practica causarum criminalium* cit., § *De indicis et tortura*, n. 33, 52). Egli s'ispirava a Marsili, per il quale il carcerato fuggiasco era equiparato al reo confesso e meritava la pena di morte (I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, nn. 44 e 37, 286), a meno che la sua evasione non fosse facilitata da un'opportunità imperdibile: approfittare della porta della cella lasciata spalancata. In questo caso si ricorreva ad una pena più mite non essendo possibile l'assimilazione della fuga ad una confessione (I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, nn. 37 e 45, 286). Su posizioni analoghe Paolo Grillandi, per il quale solo «quando intervenit fractura carceris» si aveva un reo confesso e convinto, ma se si evadeva da una porta o da una finestra lasciata aperta la massima non valeva (P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum* cit., rubr. *De fuga incarcerati*, n. 7, 353). Per Farinacci era da considerarsi *effractor* non solo chi «fracto muro seu ianua carcerum aufugit», ma anche chi «aufugit fractis vinculis et compedibus per apertum ostium seu fenestram» oppure calandosi con funi o altro lungo le mura del carcere (P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 82-83, 65). Per Claro e altri invece occorreva distinguere tra un *carceratus legitime detentus*, per il quale la massima comune era applicabile, e un *carceratus indebite*: l'evasione di quest'ultimo non equivaleva a confessione, ma non doveva neppure essere punita (G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. XXI, nn. 25-27, 306-307). Con uno sguardo rivolto alla pratica locale (una delle ricchezze del genere letterario qui esaminato), Claro precisava che, se per dottrina comune la fuga veniva opposta come confessione e conseguentemente comportava l'applicazione della pena ordinaria, questo non accadeva a Milano, dove il Senato, massimo organo di giustizia, preferiva operare un'ulteriore distinzione: solo nel caso di persistente contumacia la fuga equivaleva a *ficta confessio* con le conseguenze che ne derivavano; qualora il fuggiasco fosse stato invece catturato o si fosse consegnato spontaneamente non veniva condannato in ragione della sola fuga, «sed tantum gravius» torturato (G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. XXI, n. 25, 306). Una dettagliata descrizione dei requisiti necessari perché la fuga del carcerato integrasse o, al contrario, escludesse un'ipotesi di *ficta confessio* si trova in P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Et si confitebuntur*, nn. 45-67, 373-376 e in P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 7-21, 56-58.

determinato la cattura e la conseguente custodia)⁶⁴; dall'altro l'eventuale riconoscimento di impunità al carcerato che, ingiustamente recluso, cercando una salvezza che non poteva essere conseguita diversamente, uccideva durante la fuga il proprio carceriere⁶⁵, attuando una sorta di difesa legittima a fronte di un abuso di potere. In questo caso era lecito fuggire «nonostante che al custode delle carceri o a sbirri possa avvenire qualche danno» dal momento che il carcerato «si serve del ius che ha, non di resistere con violenza, ma di fuggire la morte [...] tanto è l'amore per la vita»⁶⁶; come affermano le fonti del tempo, era lecito per il carcerato *redimere sanguinem suum* con ogni mezzo, dalla fuga alla corruzione del giudice⁶⁷.

Per Iacopo Novello la *ratio* della liceità del comportamento non era da individuarsi nella necessità di difesa, ma nell'impossibilità di considerare integrata l'ipotesi di omicidio, la cui fattispecie richiedeva il dolo. Nel caso descritto esisteva una causa sufficiente a escludere il dolo, e di conseguenza un omicidio; ma se ciò bastava a rendere inapplicabile la pena di morte non era sufficiente a far considerare non punibile l'evaso. Una sanzione doveva essere irrogata, ma ad arbitrio del giudice⁶⁸.

A testimonianza della varietà della prassi, spesso non aderente alle posizioni teoriche, Marc'Antonio Savelli precisava che in Toscana, nonostante la non sanzionabilità degli evasi ingiustamente carcerati fosse «vera di ragion comune», si seguiva una linea diversa nel momento applicativo, preferendosi la previsione di una pena arbitraria alla assoluta impunità dei carcerati⁶⁹. Il principio era valido solo se la liberazione poteva avvenire tramite appello o ricorso a un giudice superiore, ossia in una società, potremmo dire, dotata di un assetto giurisdizionale relativamente stabilizzato; qualora invece gli imputati «fussero in mano di qualche Tiranno e con ci fusse altro rimedio per scampare la vita, crederei fusse vera» la soluzione prospettata dalla dottrina maggioritaria, a sottolineare il valore di un'amministrazione della giustizia operata in nome e per conto di un potere legittimo⁷⁰. In questa riflessione si saldavano forma di governo (distinguendo la monarchia dalla tirannia e prevedendo in questo caso un ritorno al «farsi giustizia da sé», anche attraverso la ribellione agli atti posti in essere) e liceità dell'operato del sistema giudiziario (che comportava invece obbedienza e rispetto da parte dei sudditi).

Se lo stesso si dice per il Regno di Napoli, dove la punizione del carcerato fuggito grazie ad un atto di violenza esercitato nei confronti dei custodi era sanzionato con pena arbitraria, De Rosa attestava invece di aver visto più di una volta applicata la pena di morte (secondo la previsione del *ius civile* smentita e derogata dalla prassi comune) «quia carcer M.C. [Magna Curia Vicariae, di cui egli era magistrato] est supremi Tribunalis, ideoque iniuria maior est»⁷¹.

In tanta abbondanza di soluzioni difformi, dalla dottrina proveniva una precisazione di rilievo, attorno alla quale si creava un consenso condiviso: occorreva distinguere tra una car-

⁶⁴ P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 38, 59. Pur riportandola come possibile (e in alcune realtà praticata), Farinacci riteneva assurda una simile opzione che puniva nello stesso modo il fuggitivo innocente del reato attribuitogli, non convinto né confesso e che avrebbe potuto difendersi dall'imputazione, e quello colpevole, convinto e confesso: i due soggetti, pur condividendo la medesima condizione di evasi, non potevano essere assimilati ai fini sanzionatori, perché si sarebbe finito per aggravare di più la condizione di chi «non esset vere reus et innocens» rispetto a quella di un criminale; e ciò in contrasto con la regola secondo cui «ubi maior est culpa, ibi etiam maior debet esse poena» (P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 38, 59).

⁶⁵ P. DEL POZZO, *De syndicatu* cit., verb. *Captura*, n. 5, 232; M. A. BIANCHI, *Practica criminalis* cit., n. 60, 117; I. MENOCHIO, *De arbitriis* cit., lib. II, cent. IV, cas. CCCI, nn. 15-16, 416; I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Diligenter*, n. 56, 70 e § *Attingam*, n. 40, 286; L. CARERIO, *Practica* cit., § *De homicidio et percussione*, n. 1, 219. Una posizione granitica senza possibilità di eccezione era sostenuta da Vitalini, per il quale il carcerato che per conquistare la libertà uccideva il carceriere meritava sempre la pena capitale, mentre l'evaso non omicida poteva essere punito con la pena prevista per il reato del quale era sospettato sommata a quella prevista per la fuga, anche nel caso in cui fosse risultato alla fine innocente, dal momento che la sua fuga equivaleva a una confessione (B. VITALINI, *Tractatus de maleficiis* cit., rubr. *De carceribus privatis* cit., nn. 7-12, 589). Farinacci (P. FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, n. 129, 71) riteneva si dovesse verificare una di queste due condizioni per garantire l'impunità al «fuggiasco omicida»: che fosse nota l'ingiustizia della carcerazione e che il carcerato fosse in evidente pericolo di morte e non avesse altro modo per evadere che uccidere i custodi. Se l'innocenza poteva essere dimostrata in altro modo, ad esempio con testimoni a favore, per Farinacci era difficile accettare la totale impunità dell'evaso. Era preferibile l'applicazione di una pena straordinaria ad arbitrio del giudice, ravvisandosi una sorta di eccesso di incolpata tutela (nn. 132-133, 72).

⁶⁶ G. MANARA, *Notti malinconiche nelle quali con occasione di assistere a condannati a morte si propongono varie difficoltà spettanti a simile materia*, Bologna, 1658, interrogazione CLXXVI, 288.

⁶⁷ I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, n. 40, 286 (il quale rimandava per l'uso dell'espressione e del concetto a OLDRAO DA PONTE, *Consilia seu responsa*, Francofurti, 1576, cons. LIII, n. 11, 23; questi, dal suo canto, riconduceva il principio secondo il quale «unicuique redimere sanguinem suum, quomodocumque potest» a Ulpiano [D. 48.21.1]); G.B. CAVALLINO, *Actuarium* cit., pars prima, *De poena trabutantis aliquem*, vers. *Quinimo sit*, 117; L. CARERIO, *Practica causarum criminalium* cit., § *De homicidio et percussione*, n. 20, 114.

⁶⁸ I. NOVELLO, *Tractatus aureus. Defensionem omnium eorum adversus quascunque accusationes et inquisitiones pro quibuscunque criminibus docens*, Lugduni, 1556, nn. 115-116, 620.

⁶⁹ M. A. SAVELLI, *Practica universale* cit., § *Carcerati* cit., n. 3, 63.

⁷⁰ Ivi, n. 4, 63.

⁷¹ C. A. DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis* cit., l. I, cap. III, n. 30, 23.

cerazione *iusta* e una *iniusta*⁷², laddove per carcerazione ingiusta si intendeva la violazione e il mancato rispetto da parte del giudice dell'*ordo iuris*, quindi la mancata osservanza delle regole formali riguardanti la cattura⁷³. Solo in questo caso non solo per il *reus* era lecito fuggire ma anche *impune offendere et occidere custodes*. Farinacci considerava quasi un imperativo morale la fuga per quanti subivano il carcere ingiustamente e che, altrettanto ingiustamente, rischiavano una condanna a morte (un'annotazione che in fondo svelava la possibilità dell'errore giudiziario e la non totalmente cieca fiducia nell'acquisizione della verità da parte del rito inquisitorio, teso invece alla sua piena affermazione). Il *carceratus iniuste* non solo poteva fuggire, ma *nec tenetur ad aliquid etiam in foro conscientiae*. Senza peccato e senza pena: era questa la condizione di chi si procurava da sé quella libertà negata dalla giustizia. «Et isto casu non solum fugiendo non peccat, verum etiam non fugiendo, si potest, peccat, quia tenetur fugere et non debet expectare iniquam iudicis condemnationem». La *ratio* di un'enunciazione così forte rispondeva ad una profonda matrice religiosa. Chi infatti rimaneva in carcere in attesa di una morte tanto certa quanto ingiusta (anzi, iniqua) pur avendo l'occasione e l'opportunità di evadere commetteva reato di suicidio: «sui ipsius homicida est», concludeva lapidariamente l'avvocato romano⁷⁴. E come tale non meritava neppure il perdono divino.

Lelaborazione dottrinale si svolgeva quindi lungo due direttrici teoriche tanto sottili quanto profonde (e in un certo senso interdipendenti). Vi è il tema del tradimento dell'*aequitas* (che impedisce alla norma o alla condotta umana di essere rappresentativa della giustizia), preponderante elemento di discriminazione per decidere se e come punire (se ne è dato un saggio anche con riferimento al carcere privato). Vi sono le diverse conseguenze previste per chi evade da innocente o da ingiustamente recluso. Le due condizioni non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili: il rispetto delle regole procedurali non comportava sconti di pena nei confronti dell'evaso non colpevole del reato addebitatogli. La violazione da parte dello stesso Stato della correttezza formale provocava invece l'accettazione non solo della fuga dell'innocente ma pure delle uccisioni necessarie per conseguire la libertà. Un modo per ristabilire quella giustizia infranta e quasi profanata da chi per primo avrebbe dovuto costituirne il depositario.

Il vecchio che avanza.

4.

E' necessario tuttavia precisare a questo punto che mentre i civilisti, fedeli all'insegnamento giustiniano sopra ricordato, continuavano a concepire il carcere quale luogo di custodia, furono i canonisti a legittimare il carcere quale pena, come risulta ad esempio dal *Liber Sextus* di Bonifacio VIII⁷⁵ o dalle indicazioni sinodali⁷⁶.

Per coloro cui creava conflitto di coscienza ordinare la privazione di quella vita ritenuta sacra e nella disponibilità della sola divinità, il carcere consentiva di conseguire scopi precisi, primo tra tutti l'armonizzazione tra punizione e finalità etico-religiose: l'isolamento favoriva la riflessione e quindi il pentimento, il riavvicinamento a Dio e la salvezza dell'anima. Ciò cui

⁷² I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, n. 43, 286.

⁷³ I. MARSILI, *Practica criminalis* cit., § *Attingam*, n. 43, 286; F. CASONI, *De indicis* cit., *Singularia questionum criminalium*, cap. IX *De captura et carcere*, n. 23, 114. Dal momento che il tema del carcere è, nei diversi autori, strettamente collegato a quello della cattura, Casoni fa discendere l'impunità dell'evaso dal fatto che una cattura ingiusta è «ipso iure nulla» (ivi, n. 24, 114). Per una trattazione articolata cfr. G.B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum* cit., l. I, § V *Carceratorum privilegia*, cap. III, sez. I *Quis dicatur iniuste carceratus?*, 61-62.

⁷⁴ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXX, nn. 120-122, 70. La predicata impunità era contestata da Cavallo, il quale, interpellato in ordine a una causa sulla quale i giudici non riuscivano a giungere a una sentenza condivisa, non mancò di esprimere il proprio 'voto' dissentendo dalla posizione condivisa dai *doctores*. Indipendentemente dalla giustizia o ingiustizia della carcerazione, il fuggitivo andava sempre punito, secondo l'autore, poiché era di cattivo esempio permettere che il carcerato potesse ottenere la sua 'salvezza' *uti via facti cum per viam iustitiae*. Solo al giudice spettava intervenire e procedere per rimediare agli eventuali errori commessi (P. CABALLO, *Resolutionum criminalium* cit., cent. I, cas. LXII, n. 2, 55). Dissentiva da tale giudizio Sebastiano Guazzini, e non solo perché la possibilità di lasciare impunita una fuga da ingiusta carcerazione era *opinio magis communiter approbata a doctoribus*, ma perché il giudice che deteneva qualcuno *illicite et indebite* cessava di agire come giudice e rivestiva i panni di privato cittadino, cui lo *ius carcerandi* era precluso (S. GUAZZINI, *Tractatus ad defensam* cit., lib. I, tomo I, *defens.* V, cap. IV, n. 13, 214-215).

⁷⁵ In una glossa di Giovanni d'Andrea si precisava che, sebbene il carcere fosse ordinariamente destinato alla custodia, era tuttavia possibile servirsene come pena perpetua in sostituzione della pena di morte nei confronti di chierici colpevoli di reati meritevoli dell'ultimo supplizio. Dal momento che i giudici ecclesiastici non potevano ricorrere a simile *poena sanguinis*, era loro consentito avvalersi del carcere con riguardo a rei confessi o convinti: costoro erano condannati o alla detenzione temporanea o a quella senza fine, *quomvis inventio carceris fuerit ad custodiam* (VI. 5.9.4). Il principio si trova ribadito ad esempio nei *Consilia criminalia* di Bartolomeo Cipolla, per il quale «de iure canonico non potest quis condemnari ad mortem etiam pro homicidio nec ad aliquam poenam sanguinis»; per questo l'autore equiparava la pena di morte al carcere (B. CIPOLLA, *Consilia criminalia*, Venetiis, 1525, cons. LXXIII, vers. *Tertio praemitto*, 150).

⁷⁶ Cfr. R. CANOSA-I. COLONNELLO, *Storia del carcere* cit., 27-35.

il *ius civile* mirava attraverso il dolore fisico, ossia l'espiazione, il diritto canonico lo raggiungeva piegando ai propri fini un istituto nato per assolvere scopi diversi: sarà questo il modello sanzionatorio che si imporrà come vincente nel processo di contaminazione e di reciproco debito di influenza (soprattutto in ambito penale) tra diritto civile e canonico.

Nei secoli attraversati dall'esperienza delle *Pratiche* è un punto fermo e all'apparenza irrinunciabile la discrasia fra *ius civile*, che difendeva l'idea romanistica del carcere quale custodia cautelare, e *ius canonicum*, pronto a riconoscere al carcere funzioni retributive, spogliando la pena da ogni patina di vendetta e attribuendole sempre più il ruolo di strumento di espiazione.

Lo evidenzia con chiarezza, ad esempio, l'alessandrino Giulio Claro, nella cui opera il carcere fa capolino tra le 'altre pene corporali', categoria residuale rispetto alla trattazione riservata ai *genera poenarum*. Frammischia alla fustigazione, alle frustate, ai tratti di corda, al trireme compare la scarna ma incisiva riflessione riservata al carcere. Claro evidenziava come fosse opinione comune tra i *doctores* che il carcere come pena non potesse essere imposto ai laici, a differenza di quanto praticato per gli ecclesiastici. E a sottolineare con vigore la separazione tra le due sfere egli precisava che il giudice ecclesiastico non avrebbe mai potuto condannare un laico al carcere perpetuo, neppure qualora il reato commesso fosse di competenza del foro ecclesiastico, con la sola eccezione dell'eresia⁷⁷.

Puntuale anche la ricostruzione offerta da Paolo Grillandi, per il quale il carcere perpetuo, nella sua funzione sanzionatoria, era 'usato' dai giudici ecclesiastici, mentre raramente vi ricorrevano i giudici laici, che consideravano sostitutive del carcere, e quindi preferibili, pene quali la relegazione o la deportazione, da applicare secondo la qualità delle persone. Egli ribadiva che a questa soluzione si giungeva in ragione del fatto che «carceres ius civile invenit ad custodiam, non autem ad poenam»⁷⁸.

Il reggino Ludovico Carerio rafforzava il principio riportando le diatribe insorte sulla validità di sentenze di condanna al carcere perpetuo pronunciate da giudici laici. I giuristi si mostravano propensi a considerare nulle tali decisioni, invocando la massima secondo la quale *liber homo non possit per saecularem condemnari ad perpetuum carcerem*⁷⁹. Dello stesso avviso, Iacopo Menochio sosteneva lapidario che «lata sententia de perpetuo carcere sit ipso iure nulla»⁸⁰.

Lo scenario offre, a ben guardare, una pluralità di spunti di riflessione. Anzitutto, l'equiparazione tra carcere perpetuo e pena di morte consentiva al diritto canonico, come si è in precedenza precisato, di trovare una sanzione in sostituzione dell'ultimo supplizio.

Ma non solo. Nelle *Pratiche*, accanto ad una riproposizione dello 'stato dell'arte', ricostruito attraverso la crescente stratificazione di rimandi dottrinali, si insinua il 'nuovo' che avanza. Difficile scorgerlo, sepolto com'è sotto citazioni e rinvii tesi a creare una *communis opinio* solida e corroborata dall'autorevolezza degli autori richiamati, ma esso scorre come una sottile vena aurea tra le fitte pagine teorico-pratiche dei *doctores* del tempo.

Il modello canonico, ripudiato con fermezza in via di principio, finì per esercitare un'influenza non indifferente: nelle *Pratiche*, infatti, trapela qua e là un'affermazione (precoce) del carcere anche come strumento punitivo nei confronti dei laici.

Come si è ribadito nel corso di questo lavoro, l'inasprimento della carcerazione era vietato nel caso in cui si attuasse una detenzione preventiva, ma gli stessi autori erano pronti a riaffermare la piena legittimità di tali modalità afflittive qualora la sentenza pronunciata fosse di condanna definitiva al carcere perpetuo e temporaneo. Quindi, ciò che era di norma vietato (oscurità, legature etc.) diveniva a quel punto possibile: conseguenza ovvia e logica in ragione

⁷⁷ «Poena carceris non est in usu apud laicos, ubicunque enim alia poena imponi potest, numquam imponitur poena carceris et ita tenet communiter Doctores [...]. Apud clericos autem multum frequentatur [...] et dicitur quod quamvis clericis non liceat interficere quenquam, tamen possunt reos in carcerem includere cum tanta necessitate cibi et potus ut fame necentur [...]. Caeterum non potest iudex ecclesiasticus condemnare laicum ad perpetuum carcerem, etiam quando laicos propter delictum effectus esset de foro ecclesiastico, praeterquam in causa haeresis» (G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. LXX, n. 4, 465). Indirettamente Follerio spiega che il carcere poteva essere previsto solo nel caso in cui fosse imposto dal diritto canonico (oltre che, come si è detto, quando il condannato fosse insolvente e pagasse con la sua libertà ciò che avrebbe dovuto versare in denaro): P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 10, 141-142. Altrettanto puntuale Carlo Pellegrini, il quale di fronte al legittimo dubbio se il carcere potesse integrare l'ipotesi di pena, vista la sua funzione *de iure civili*, rimarcava la distanza assunta dal diritto canonico: «de iure canonico bene datur ad poenam clericis et ecclesiasticis personis. Non vero laicis, etiam si agatur de crimine ecclesiastico [...] nisi in crimine haeresis» (C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum*, cit., *Pars quarta in qua habetur practica criminalis super modo procedendi in causis criminum, sectio VIII De carceratione Delinquentis*, n. 33, 370).

⁷⁸ P. GRILLANDI, *De relaxatione carceratorum* cit., § *De sententiae et poenarum executionem*, nn. 4-5, 348.

⁷⁹ L. CARERIO, *Practica causarum criminalium*, Lugduni, 1562, § *De homicidio et percussione*, nn. 13-15, 239. Si veda anche C. PELLEGRINO, *Praxis vicariorum* cit., *Pars quarta, sectio VI* cit., n. 33, 370.

⁸⁰ I. MENOCHIO, *De arbitrariis* cit., lib. I, q. LXXXIX, n. 6, 108.

del mutare della destinazione del carcere. Ciò che più rileva, tuttavia, è la breccia non indifferente che si apre nella granitica difesa del ruolo del carcere come mero luogo di reclusione preventiva. Si ammette, quasi impercettibilmente e distrattamente, che il carcere perpetuo e temporaneo, ostracizzato nell'elaborazione teorica, rappresenta una realtà imposta dalla forza dei fatti.

Da un lato si salvaguardava il principio dell'incompatibilità tra custodia cautelare e afflizione punitiva. Dall'altro, ci troviamo di fronte all'emersione strisciante, nei secoli dell'età moderna, dell'uso del carcere – *de facto* e per consuetudine – in funzione di pena (e non più solo di 'deposito transitorio'), in deroga all'indicazione del *ius civile*.

Al tempo stesso, il carcere-pena, per le condizioni disumane cui erano costretti i detenuti, finiva per assolvere la stessa finalità prevista dal diritto canonico: un sostitutivo della pena di morte. Lo attesta con efficacia incontestabile Farinacci: e potremmo considerare non casuale che l'affermazione emerga proprio dalla penna del giurista pontificio, dal momento che nella città eterna la contaminazione tra spirituale e temporale era evidentemente più marcata.

Ribadito il 'sacro' principio che «regulariter carcer non ad poenam ma ad custodiam dari debeat, propterea reprobatus sit a iure carcer obscurus, terreus et subterraneus, ut pariter dixi»⁸¹, Farinacci sosteneva che a Roma il carcere perpetuo e nelle sue forme più estreme (al buio, senza aria, sotto terra, privo di luce, con ferri alle mani e catene ai piedi) era disposto dai giudici quale pena sostitutiva nei casi in cui il reato fosse punito con pena capitale, proprio perché vi era la quasi certezza che nel giro di pochi giorni ne sarebbe derivata proprio la morte del condannato⁸². Il ricorso al carcere in funzione sanzionatoria – aggiungeva l'insigne criminalista – «non solum permissum est saltem de consuetudine, verum etiam talis consuetudo apud nos viget». Era la rocca di Ostia il luogo *horribilis* che 'garantiva' la sopravvivenza di pochi detenuti, quelli che «propter illius aeris intemperiem modico tempore vitam non finiant»⁸³. Dal suo canto una *quaestio* di Menochio interamente dedicata al carcere perpetuo, benché si affannasse⁸⁴ a ribadire l'inapplicabilità da parte dei giudici laici proprio in ossequio al precetto romano che lo adibiva a luogo di custodia, non mancava di precisare talune eccezioni.

La prima consisteva nella possibilità di condannare al carcere perpetuo i servi. La *ratio* si rinveniva in una parificazione della carcerazione perpetua alla servitù; il fondamento legittimante consisteva nel fatto che il soggetto destinato al carcere a vita non avrebbe subito una pena più grave di quella cui lo costringeva la personale condizione di servo⁸⁵.

La seconda eccezione prescindeva dallo *status* soggettivo a favore del mero dato oggettivo dato dalla gravità del delitto. La posizione di Menochio si saldava a quella di Farinacci, dal momento che per i delitti atroci per i quali, *ex arbitrio iudicis*, fosse irrogabile la pena capitale, l'ultimo supplizio poteva essere convertito, nel consueto processo assimilativo ed equiparativo, in carcere perpetuo⁸⁶.

Lo stesso Claro, fiero sostenitore, come si è visto, della separazione tra sanzioni 'civili' ed ecclesiastiche⁸⁷, era costretto ad ammettere, seppur in forma dubitativa («credo», affermava in via prudenziale) che a Venezia e a Mantova *hodie sit in usu* il carcere, sia temporaneo che perpetuo, come pena⁸⁸. L'ipotesi è corroborata, ad esempio, nell'edizione del 1666, con le annotazioni del Baiardo e altri, dove si legge che «aliquando carcer ad tempus datur ad poenam in levibus delictis, quibus iura sive statuta nullum decernunt particolare supplicium». Inoltre, se, in linea di principio, una sentenza di condanna al carcere perpetuo pronunciata da un giudice laico *non tenetur*, ciò non valeva nel caso in cui fossero giudicati quei reati per i quali l'antico diritto prevedeva pene ormai in disuso, come ad esempio la condanna *in metallum*⁸⁹. Ancora una volta si nota la natura per lo più surrogatoria del carcere, cui ricorrere come *extrema ratio*, e che a sua volta, come si suggerisce nelle stesse pagine, poteva essere sostituito dal trireme, in

⁸¹ P. FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis* cit., l. II, tit. IV cit., q. XXVII, n. 104, 16.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ I. MENOCHIO, *De arbitrariis* cit., lib. I, q. LXXXIX, 108-109.

⁸⁵ *Ivi*, n. 8, 109.

⁸⁶ I. MENOCHIO, *De arbitrariis* cit., lib. I, q. LXXXIX, n. 9, 109.

⁸⁷ V. nt. 76.

⁸⁸ G. CLARO, LV cit., § *Finalis*, q. LXX, n. 4, 465. Una ricostruzione dello stato delle carceri a Mantova, a dimostrazione del loro utilizzo a fini sanzionatori, è offerta da A. BERTOLOTTI, *Prigioni e prigionieri di Mantova dal secolo XIII al secolo XIX*, Roma, 1890. La documentazione riportata (lettere di richiesta di grazia, denunce di continue evasioni, registri dei detenuti) mostra la realtà e, paradossalmente, la vivacità della situazione delle carceri nel XVI-XVII secolo; da ciò si ricavano, indirettamente, anche informazioni interessanti sullo stato della criminalità a Mantova.

⁸⁹ G. CLARO, *Opera omnia super practica civilis atque criminalis*, Genevae, 1666, *Additiones ad quaest. LXX*, nn. 6-8, 789.

un rincorrersi tra sanzioni alternative, ma tutte egualmente fortemente afflittive.

Follerio era invece puntuale nell'individuare i numerosi casi in cui nel Regno di Napoli la sanzione del carcere temporaneo trovava applicazione (oltre, ovviamente, alle situazioni già contemplate dal diritto canonico). A mero titolo esemplificativo, si ricorda la detenzione temporanea applicabile per un anno al medico che avesse esercitato la professione privo della necessaria licenza; un anno era irrogato anche a chi somministrava filtri e *pocula amatoria* senza che da ciò fosse derivata la morte della vittima; la stessa pena era applicata a chi, gettando dall'alto un masso o un ramo incautamente, uccideva un uomo; si arrivava ai due anni per il giudice che avesse ingiustamente torturato un uomo causandone la morte⁹⁰.

E' una lenta ma inarrestabile emersione.

Alla luce di quanto indicato, appaiono ancora più significative le riflessioni dedicate in pieno Settecento al tema del carcere da Beccaria nel suo noto *pamphlet*.

Nell'opera non solo il carcere rimane sullo sfondo come strumento punitivo, ma presenta le stesse caratteristiche delle epoche precedenti, a dimostrazione che Beccaria è in qualche modo erede ribelle del passato e testimone scomodo del presente, fondendo in sé tradizione e riformismo⁹¹. Il carcere è infatti inteso come luogo di mera custodia, limitato nella durata e rispondente all'esigenza di evitare che l'imputato potesse fuggire o inquinare le prove, innestando tuttavia su questa concezione l'enunciazione rivoluzionaria della presunzione di non colpevolezza che stravolse completamente la nozione del penale nella sua dimensione sostanziale e processuale⁹². Nel Settecento maturo si avvertiva l'urgenza di affrontare temi nodali, come la pena di morte, l'abolizione della tortura, la modifica del sistema processuale, la ricerca della certezza del diritto nell'ambito del penale, sottraendo all'arbitrio giudiziario la determinazione dei reati e delle relative sanzioni. Tuttavia, l'idea di Beccaria (e non solo di Beccaria) della detenzione accompagnata dal lavoro gettò radici solide, fino a produrre frutti maturi nei secoli successivi⁹³.

Il mio viaggio si ferma qui.

Note, anche grazie a due opere ancora oggi fondamentali, pur nella diversa lettura offerta alla questione, le vicende che accompagnarono l'affermazione del carcere quale pena suprema, se non esclusiva, dall'Ottocento in poi⁹⁴. Rispetto al passato, il carcere sembrava rispondere a quell'idea di 'dolcezza delle pene' caro allo stesso Beccaria. L'imprigionamento, per dirla con Pellegrino Rossi, diveniva la pena per eccellenza delle società civili⁹⁵, rappresentando una reazione moderata alla ferocia sanzionatoria in uso fino al secolo XVIII.

Colpisce tuttavia che in Italia, in pieno XIX secolo, due testimoni diretti descrivessero lo stato delle prigioni esattamente come nell'età delle *Pratiche*: Carlo Ilarione Petitti di Roreto, personaggio di spicco del Risorgimento sabaudo, e Martino Beltrani Scalia ci restituiscono un'immagine delle carceri che sembra tratta dalle opere degli antichi criminalisti. Il primo, nel

⁹⁰ P. FOLLERIO, *Practica criminalis* cit., rubr. *Vel carcerentur*, n. 10, 145.

⁹¹ Mi permetto di rimandare sul punto a L. GARLATI, *Echi del passato e istanze riformiste: Beccaria e il processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo* (<http://www.penalecontemporaneo.it/aree/5-storia-del-diritto-penale>), 1-12; EAD., *Tradition et réformisme. Les inspireurs culturels du Beccaria processualiste*, in *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, a cura di Ph. Audegean, C.h. Del Vento, P. Musitelli, & X. Tabet, Lyon, 2017, 63-77.

⁹² «La privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia di un cittadino finché sia giudicato reo, e questa custodia essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e dev'essere meno dura che si possa [...]. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, diretta da L. FIRPO e G. FRANCONI, I, Milano, 1984, § XIX *Prontezza della pena*, 71).

⁹³ Mi sia consentito rinviare a L. GARLATI, *Utilità, esemplarità, certezza della pena. Il pensiero di Beccaria tra mito e realtà*, in *Archivio Storico Lombardo*, 19 (2014), 47-74; EAD., *Nemo propheta in patria. La proposta abolizionista di Beccaria nel diritto italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni*, in *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, a cura di L. Garlati e G. Chiodi, Milano, 2014, IX-XXXI; EAD. *Beccaria: filosofo acclamato del passato e giurista misconosciuto del futuro*, in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi-L. Garlati, Torino, 2015, 1-30.

⁹⁴ Mi riferisco a G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1978 e M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* cit. Nel primo caso l'emersione del carcere in funzione sanzionatoria è strettamente connessa alla possibilità di legare pena e lavoro (una visione in apparenza non distante da quella proposta da Beccaria, dove il lavoro forzato prendeva il posto della pena di morte, sulla base di una concezione utilitaristica e final-preventiva). Per i due autori, lo sfruttamento della forza lavoro dei criminali era stato determinante nell'ascesa del modello carcere dove il profitto «spianò la strada all'introduzione del carcere come forma punitiva fondamentale» (G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, 134). Per Foucault più che la questione economica è l'«economia dei corpi» che rileva. Il lavoro praticato nelle carceri non risponde tanto a esigenze di mercato quanto a funzioni di correzione, come se la cella riproponesse l'ideologia del monachesimo cattolico nelle società dominate dal protestantesimo. La pena diventa più umana a livello fisico ma più pervasiva a livello psicologico, come aveva dimostrato Bentham con il *Panopticon*, metafora di un potere invisibile e di controllo costante, in grado di condurre i prigionieri ad assumere automaticamente un comportamento disciplinato e da riprodurre dopo il rientro nella società civile.

⁹⁵ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale. Nuova traduzione con note e addizioni dell'avvocato Enrico Pessina*, Napoli, 1853, 271.

1840, rappresentava le carceri del Regno di Sardegna quali luoghi privi di luce e connotati da scarsa ventilazione, da totale assenza di igiene (nei luoghi e nelle persone), da promiscuità tra giovani e anziani, da miserevoli condizioni di vitto e vestiario⁹⁶.

Beltrani Scalia scriveva invece che sul finire del secolo lo stato delle carceri era generalmente lacrimevole, e che oramai era pacifico tra giuristi e legislatori che un simile sconcio contrastava con le leggi di giustizia e di umanità⁹⁷.

Nella descrizione della condizione dei carcerati il tempo sembra essersi fermato: i detenuti continuavano ad essere dei *sepolti vivi*⁹⁸, così come li tratteggiava Farinacci secoli prima⁹⁹.

Da allora molti passi sono stati compiuti, ma non tutti gli insegnamenti e i moniti della storia sono stati accolti.

Beltrani Scalia nel 1867, spinto da volontà riformistica, nonché dall'ottimistico entusiasmo costruttivo che animava gli operatori del settore nella neonata Italia, scriveva: «Rigenerare l'uomo per l'uomo, rafforzando nel colpevole la potenza della volontà, al difetto della quale spesso il delitto è dovuto; rendere il colpevole padrone della sua sorte, e per gradi ravviarlo sul retto sentiero d'una vita laboriosa ed onesta — ecco il sistema degno dell'umanità e del secolo illuminato nel quale viviamo [...]. Alla oscura carcere vedremo sostituirsi vasti, aerati e ben disposti locali che hanno formato oggetto di severi e pazienti studi — allo squallore, alla miseria, agli abusi d'ogni sorta, all'ozio corruttore, vedremo succedere il conforto del bisognevole, l'ordine, la disciplina, la istruzione, il lavoro: un carcere non sarà più il luogo d'infamia entro cui, se pur non lasciavasi la vita, vi si lasciava però sempre ogni sentimento di virtù e di morale, ma sarà invece un sacro asilo, entro cui è ora che si penta e si emendi l'uomo che infrangendo la legge, violò i patti fondamentali del consorzio civile. La nostra mente rifugge dal considerarlo altrimenti, ed i solenni responsi della storia ci rinfrancano, e ci fanno sperare che un non lontano avvenire sanzionerà un principio così vero, così grande»¹⁰⁰.

A noi la risposta se la premonizione possa dirsi avverata o se, l'Italia, addormentatasi sull'orlo di un abisso, «è simile al pazzo...Che della veste che gli brucia addosso festeggia e ride»¹⁰¹.

⁹⁶ C. ILARIONE PETITTI DI RORETO, *Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarla*, Torino, 1840.

⁹⁷ M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri* cit., 401-402.

⁹⁸ E' l'espressione usata da Pasquale Stanislao Mancini nel saggio dedicato alla riforma del sistema carcerario nel Regno delle Due Sicilie, con particolare attenzione alla condizione delle prigioni ad Avellino. Il celebre giurista, richiamando la chiusura di alcune carceri proprio nel territorio irpino, le descriveva come «orribili caverne d'ogni luce mute, nelle quali pari a bestie feroci eran sepolti vivi i percossi dalla verga della Giustizia» (P.S. MANCINI, *Del migliore ordinamento del nuovo gran carcere di Avellino e della introduzione della riforma penitenziaria nelle Due Sicilie. Discorso pronunziato al Consiglio generale del Principato ulteriore nelle sessioni di maggio 1862*, estr. da *Le ore solitarie*, 1843, 5).

⁹⁹ V. nt. 46.

¹⁰⁰ M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri* cit., 8 e 508.

¹⁰¹ G. GIUSTI, *L'incoronazione*, in *Versi editi e inediti di Giuseppe Giusti*, Bastia, 1836, 63.