

**CONTINERE:
TRA LIBERTÀ E REPRESSIONE**

Daniel Monni

SOMMARIO:

**§1. La “carcerazione preventiva”: un’essenziale premessa terminologica §2. *Ad continendos homines...*
§3. *...non ad puniendos haberi debet* §4. “Detenuto in attesa di Giudizio” di Carmelo Musumeci**

“senza questa assurda prospettiva (che costituisce l’essenza della libertà), gli sarebbe impossibile raffigurarsi la vita. Ha il senso che, per quanto la cosa sia impossibile, pure è così, giacché -senza questa rappresentazione della libertà- non solo non intenderebbe la vita, ma non potrebbe vivere neanche per un istante. Non potrebbe vivere, infatti, perché tutte le aspirazioni degli uomini, tutti gli stimoli della vita, non sono che movimenti verso un accrescimento della libertà. Ricchezza-povertà, gloria-oscurità, potere-sottomissione, forza-debolezza, salute-malattia, cultura-ignoranza, lavoro-ozio, sazietà-fame, virtù-vizio: ecco altrettanti gradi, maggiori o minori, della libertà. Rappresentarsi un uomo che non abbia libertà non è possibile che al patto di rappresentarselo privo di vita¹”

§1. La “carcerazione preventiva”: un’essenziale premessa terminologica

Fermare con durevoli tratti la scienza criminale potrebbe ri(con)durre -*de relato*(?)- la nostra indagine ad una *summa* della vita umana -o, *rectius*, di ciò che ci appare d’essa- aggrappata, press’a poco- ai due concetti, reciprocamente delimitantesi nell’unità, di libertà e necessità. Celebri, in tal guisa, le riflessioni di Tolstòj, secondo il quale “*la ragione esprime le leggi della necessità [e] la coscienza esprime l’essenza della libertà. La libertà, senz’alcuna limitazione, è l’essenza della vita secondo la immediata coscienza dell’uomo. La necessità, priva di contenuto, è la ragione dell’uomo nelle sue tre categorie fondamentali. La libertà è [dunque] l’oggetto dell’osservazione; la necessità è ciò che compie l’osservazione. La libertà è il contenuto; la necessità è [quindi] la forma²”*. La paradossale -ma non troppo- secrezione contestuale di tali concetti potrebbe rimandare la mente ad una brillante intuizione del Manassero che non sembrò esitare nell’affermare che “*il concetto vario e vago della libertà è contingente ai popoli e ai tempi³”*. Sembra difficile, d’altronde,

¹ TOLSTÒJ L.N., *Guerra e Pace*, Milano, 2011, pagina 1302

² TOLSTÒJ L.N., *op.cit.*, pagina 1310

³ MANASSERO A., *La libertà personale dell’imputato*, Milano, 1925, pagina 1

negare che la definizione di libertà d'un celebre giureconsulto romano appaia, oggi, assai. -anzi, troppo- lungi dal maturato sentire: "*libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid iure aut vi prohibetur*"⁴.

Fu, forse, anche per questo che "*la virtuosità delle definizioni sulla libertà adottate non solo nei trattati, ma pur anche nelle costituzioni francesi e nella carta costituzionale finì poi per cessare: sarebbe [verrebbe, inoltre, da aggiungere] strano che il codice civile e il contratto dessero una definizione dell'amore*"⁵. La nostra carta costituzionale non pare sfuggire, d'altronde, alla tendenza summenzionata: non una definizione ma, casomai, la semplice e solenne affermazione del principio secondo il quale "la libertà personale è inviolabile"⁶ traduce e scolpisce nella Carta un principio acutamente ritenuto "*coessenziale alla Costituzione*"⁷. La tautologia della(e) libertà sembra compendiarsi, d'altronde, in un prosaico dittico: "*altro è la libertà, o meglio le libertà, altro sono i diritti di libertà. Questi sono come i confini, il baluardo, la protezione di quella*"⁸.

I confini della libertà sembrano, peraltro, trasformarsi in truci orizzonti nell'epoca contemporanea: l'era del castigo. Si potrebbe dire, in tal senso, che "*in linea di principio, di fronte ai disordini vissuti da una società, alla violazione delle sue norme e all'infrazione delle sue leggi, i suoi membri si affidano a una risposta fatta di sanzioni che alla maggior parte degli individui appaiono utili e necessarie*"⁹. L'equazione social-securitaria sembra, dunque, urlare che "*il crimine è il problema e il castigo la sua soluzione*"¹⁰.

Cionnonostante, come non ha – peraltro- mancato di notare il Fassin, con il momento punitivo è il castigo a divenire il problema: "*lo diventa a causa del numero di persone rinchiuso o poste sotto sorveglianza, dello scotto pagato dalle loro famiglie e comunità, del costo economico e umano che ciò determina per la collettività, della produzione e riproduzione di disuguaglianze che*

⁴ FIORENTINO, *Dig. I, V, 4*, riprodotta, tra l'altro, dall'art 4 della Dichiarazione dei Diritti dell'uomo del 26 agosto 1789

⁵ MANASSERO A., *op.cit.*, pagina 2

⁶ Art. 13 Cost.

⁷ GALEOTTI S., *La libertà personale: studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, Milano, 1953, pagina 31

⁸ *Ibidem*. Si veda, inoltre, PRESUTTI E., *Diritto Costituzionale*, Napoli, 1915, pagina 199

⁹ FASSIN D., *Punire: una passione contemporanea*, Milano, 2018, pagina 12

¹⁰ *Ibidem*

favorisce, della crescita della criminalità e dell'insicurezza che genera e, infine, della perdita di legittimità derivante dalla sua applicazione discriminatoria e arbitraria. Ritenuto ciò che dovrebbe proteggere la società dal crimine, il castigo appare sempre di più ciò che invece la minaccia¹¹". La soluzione, si potrebbe dire, con "il momento punitivo" si trasforma nel problema.

Mi sia consentita, seppur in ritardo, una piccolissima chiosa introduttiva: il paradosso della penologia, forse, deve estendersi anche alle c.d. "*carcerazioni preventive in attesa del processo*¹²". Allorquando, con un velato determinismo, ci si interroghi, infatti, sull'esistenza "scientifica" della materia penale si giunge, insieme al Lanza, a proposizioni di questo tipo: "*la penalità, come fatto, ci appare presso tutti i popoli storici*¹³". L'exasperazione dell'ignuda constatazione fenomenica, d'altronde, potrebbe indurci a ritenere esistente un "nesso" tra il reato e la pena, poiché "*nel flusso storico dell'attuazione reale della penalità questi due elementi s[ono] siffattamente ligati tra loro, da chiudere in sé stessi i caratteri propri ai due termini di una catena causale e cioè l'uno ci appare come un fattore antecedente (il reato); l'altro come fattore conseguente (la pena)*¹⁴". Siamo, dunque, al cospetto d'un "*nesso di antecedenza e di successione, vale a dire una legge che li liga*¹⁵"? Sulla base di tale argomentare si è acutamente osservato che esisterebbe un'elementare legge della scienza penale, tendente nelle forme al canone dell'equazione: "*il reato suscita una reazione*¹⁶". In tale reazione, a modestissimo parere di chi scrive, non può non comprendersi la carcerazione preventiva.

Non è sconosciuta, d'altronde, la circostanza secondo la quale "*l'evoluzione giuridica si rivela progressiva ogni qualvolta cresce e si fa effettiva la corrispondenza della norma regolatrice dei rapporti con ciò che impongono le condizioni della vita, vale a dire con ciò che esige la natura*

¹¹ *Ibidem*

¹² FASSIN D., *op.cit.*, pagina 9

¹³ LANZA V., *L'umanesimo nel diritto penale*, Palermo, 1906, pagina 4

¹⁴ LANZA V., *op.cit.*, pagina 5

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ LANZA V., *op.cit.*, pagina 7

*stessa delle cose*¹⁷”. Si può, quindi, escludere dall’accezione di “penalità” -nell’epoca “securitaria” contemporanea- la carcerazione preventiva? Forse, verrebbe da dire, no.

Mi sia concessa, in tal senso, una breve notazione. Il Marucci, con parole che sembrano stroncarsi nelle fredde pareti delle carceri contemporanee, scriveva agli inizi del novecento: *“oggi si ammette concordemente da tutti – classici e positivisti – che il carcere, almeno così com’è ora costituito – sia una scuola di disfacimento fisico e morale: di guisa che il delinquente, che dovrebbe andare per redimersi – come si dice – o si dissolve in tutta la sua umana compagine, o si raffina nel delitto, apparecchiandosi a dar nuovo filo da torcere alla giustizia e alla società*¹⁸”. Non furono – e non sembrano essere – unicamente le parole di Dottrinari più o meno “garantisti” i pennelli con i quali si dipinsero quadri atroci e drammatici della pena detentiva. Si pensi, ad esempio, ad un articolo di Misasi, apparso ne *“Il Mattino”* del 1901, nel quale – a proposito del carcere di Nisida - si leggeva: *“un bel pezzo descrittivo mi offrirebbe l’interno di quel penitenziario, che or fan venti anni rappresentava quanto l’architettura aveva immaginato di più come il faut per la dimora e la custodia di cotesti poveri omicidi, ladri, grassatori, falsari, violatori di donne, che la società ivi rinchiude, onde chi è ancora alle scuole elementari del delitto, mercè la compagnia diurna e notturna dei maestri, ne esca addottorato, e vi ritorni, greve la fronte di gloriosi allori...E in verità i penitenziari non sono che una scuola della delinquenza per i novellini, un onorato riposo per i veterani del delitto...Chi bada con tanta meticolosità se il pane che noi mangiamo sia ben cotto, se le minestre ben condite, se il letto bene sprimacciato, se la biancheria ben monda? Chi ci costringe al bagno sia d’inverno che di estate, come si costringono quei contadini, quegli operai, che prima di essere delinquenti, vivevano nell’annosa sozzura?*¹⁹”. Sembra di potersi intravedere, dunque, nella recidiva un *“imperfezione della legge*²⁰”: poiché quelli non si *“possono chiamare delitti né semi-delitti; ma delitti [...] piuttosto giuridici che reali, perché sono creati più dalle*

¹⁷ VANNI I., *Gli studi di H. Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Verona, 1892, pagina 2

¹⁸ MARUCCI A., *La nuova filosofia del diritto criminale*, Roma, 1904, pagina 174

¹⁹ MISASI N., ne *Il Mattino*, 23-24 ottobre 1901

²⁰ Come la definì LOMBROSO C., *L’uomo delinquente*, Torino, 1897, pagina 530

imperfezioni della legge che da quelle degli uomini²¹". Una battuta lapalissiana potrebbe essere questa: "E se lo diceva il Lombroso – che di imperfezioni degli uomini – se ne intendeva (giusto un pochino!)...". I soggetti sottoposti a carcerazione preventiva, benché non siano formalmente detenuti, sono -nei fatti- "l'altra metà" di questo lugubre cielo: ne respirano, infatti, l'esiziale aria condividendo con i condannati, in una sorta di infausta eterogenesi dei fini, l'immediato destino (di doman non v'è certezza).

Non è un caso, mi si consenta, che l'art. 13 comma V della Carta Costituzionale parli di "carcerazione preventiva": come ha acutamente notato il Serraino è, quindi, di questa che si deve parlare "schiettamente e senza imbellettamenti". Si potrebbe, infatti, ritenere che "*custodia cautelare [sia] denominazione artefatta, giacché si rivolge ad un istituto indolore, e quindi, alla luce dei meri, nudi fatti, attualmente inesistente. Custodia cautelare è [casomai] denominazione evocativa di un concetto che, seppur necessario per l'inquadramento del fatto relativo, non può essere elevato a unico oggetto della dommatica; pena suscitare insoddisfazione in chi colga, alla sola percezione oculare, lo scarto abissale che qui separa concetto e fatto²²*". Si rimandi, per un momento, la mente anche a Goffman ed alla definizione che ci consegnò dell'"istituzione totale", ossia "*il luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che – tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo – si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato²³*": apparentemente facile concludere che all'interno di tale concetto debba, per forza di cose, confluire anche la carcerazione preventiva. Si comprende, dunque, perché autorevolissima dottrina sostenga che "*qualunque disciplina voglia schivare un uso arbitrario di strumenti processuali invasivi della libertà personale dell'imputato, sia sul piano interno sia su quello transnazionale, non può che muovere dalla presunzione di libertà posta alla base della presunzione d'innocenza, che costituisce ancor oggi la*

²¹ *Ibidem*

²² SERRAINO M., *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona*, in AA.VV., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, pagina 199

²³ GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1961, pagina I

bussola più efficace per orientare un'indagine che possa dirsi fair nell'uso di strumenti di coercizione²⁴”.

La carcerazione preventiva, oltretutto, sembra ammantarsi, del tutto paradossalmente, più del tratto “punitivo”, in spregio a quello “custodiale”, maggiormente nel sistema penale attuale – dichiaratamente accusatorio – piuttosto che nel lontano(?) impianto inquisitorio poiché, in quest'ultimo, sembrava assurgere alla dignità di “mezzo istruttorio”. L'affare inquisitorio, infatti, *“quale arte psico-compulsiva intesa al discorso confessorio [...] esige[va?] lunghe clausure dove i pazienti, macerati dall'attesa, divent[assero] comodamente manipolabili: espediente istruttorio, tale custodia è un ferro del mestiere; in ambiente normale l'inquisito non confesserebbe²⁵”*.

S'appaleserebbe, dunque, chiaramente e la natura e lo scopo della carcerazione preventiva: *“è un animale confessante l'inquisito o almeno dev'esserlo, e siccome l'effusione suicida ripugna ai normali, bisogna stimolarla²⁶”*. In tal ammanto, forse, lo strumento custodiale appalesa i propri confini, perennemente lambiti – al di là di ciò che si vorrebbe – dall'immediata soggettività. Si pensi alle parole che Hegel dedicò ai delitti perseguiti come *crimina privata* piuttosto che *publica*: *“il togliere il delitto [...] è l'azione di una volontà soggettiva, volontà che può porre in ciascuna lesione avvenuta la sua infinità e la cui giustizia perciò è in genere accidentale, così come tale volontà anche per l'altro è soltanto come particolare. Per il fatto ch'essa è come azione positiva di una volontà particolare, la vendetta diviene una nuova lesione²⁷”*. Che la carcerazione preventiva, col suo strascico punitivo, voglia inibire condotte criminose intravedendovi dei *crimina privata*?

§2. Ad continendos homines...

Il sistema giuridico contemporaneo – scrittura apocrifia delle letture dabbene sui diritti dell'uomo – sembra consegnarci il simulacro d'una vita intoccabile ovvero, oserei dire, insacrificabile. Cionnonostante sembra essere proprio l'epoca moderna – connotata dal culto per un

²⁴ RUGGERI S., *Tutela cautelare e salvaguardia dei diritti della persona, profili comparatistici e garanzie sovranazionali in Europa* in AA.VV., *op.cit.*, pagina 198

²⁵ CORDERO F., *Procedura Penale*, Milano, 2012, pagina 465

²⁶ CORDERO F., *op.cit.*, pagina 466

²⁷ HEGEL G.W.F., *Lineamenti di Filosofia del Diritto*, Roma-Bari, 2012, pagina 92

improvvisato *deus ex machina* (il carcerocentrismo) – l’età nella quale, più che in altri periodi, la “vita sacra” sembra rimandare le menti alla “gnoseologia” di tale concetto. Nota, in tal guisa, la riflessione di Agamben, secondo la quale “*la sacertà della vita, che si vorrebbe oggi far valere contro il potere sovrano come un diritto umano in ogni senso fondamentale, esprime, invece, in origine proprio la soggezione della vita a un potere di morte, la sua irreparabile esposizione nella relazione di abbandono*²⁸”. Il soggetto ristretto in vincoli pare, *mutatis mutandis*, incarnare l’originario *homo sacer*: è il detentore della vita “*sacra, cioè uccidibile e insacrificabile*²⁹” poiché vittima dell’imposizione del vincolo sovrano. Paradossalmente, ma non troppo, potrebbero vedersi nei soggetti sottoposti a carcerazione preventiva altrettanti *homines sacri*?

Si sa, d’altronde, ciò che acutamente notò Nietzsche sulla *societas, id est*, ch’ella, nella veste di “*gregge cerca di conservare un tipo e si difende su ambo i lati, sia da coloro che degenerano da quel tipo (criminali ecc.), sia da coloro che si elevano al di sopra di quel tipo [poiché] la tendenza dell’armento mira all’immobilità e alla conservazione, in esso non c’è nulla di creativo*³⁰”. L’istinto di auto-conservazione, continua Nietzsche, trascende in penalità e, forse, financo nella “morale”: “*i sentimenti piacevoli, che ci ispira l’uomo buono, benevolo, giusto (in contrasto con la tensione, la paura, che suscita l’uomo grande e nuovo) sono i nostri personali sentimenti di sicurezza e di uguaglianza; con essi l’animale gregario glorifica la natura dell’armento e poi si sente bene lui stesso. Questo giudizio di benessere si maschera con belle parole – e così sorge la morale*³¹”. L’esigenza subiettiva di difesa diviene, *in nuce*, qualcosa di altro e di ulteriore rispetto alla propria *essentiae materiae*: diritto.

Una *moira* non dissimile sembra, forse, dominare le “oscure leggi” della carcerazione preventiva: istituto nato, molto probabilmente, per contenere e “fermare” chiunque avesse commesso un crimine piuttosto che per punirlo. Celebre, al riguardo, la definizione Ulpiano-

²⁸ AGAMBEN G., *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, pagina 93

²⁹ *Ibidem*

³⁰ NIETZSCHE. F.W., *La volontà di Potenza. Frammenti Postumi*, Milano, 2011, pagina 163

³¹ *Ibidem*

Giustiniana del carcere: “*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*³²”. Meno conosciuta e, purtuttavia, degna di maggiore(?) interesse una corrente “abolizionista romana” di “quel” carcere riferibile a Graziano, Valentiniano II e Teodosio: “*nullus in carcerem, priusquam convincatur, ominino vincitur*³³”. La carcerazione preventiva, in sostanza, sembra condividere il “fato” con l’araba fenice: pare ri-nascere dalle proprie ceneri custodiali reincarnandosi in qualcosa di altro e di ulteriore, la pena. Non pare un mero caso, d’altronde, la circostanza secondo la quale il 20 dicembre 1568 gli antesignani(?) dei “Garanti dei Diritti” dei detenuti inviarono al Duca di Albuquerque (governatore di Milano) una nota nella quale ribadivano “*supplicatum fuit excellentie sue per dominos protectores carceratorum ut dignaretur providere reparationi et auctioni domus malemansionis, ut commodius et melius tractari possint detenti, carceresque, non ad penam, sed tantum ad custodiam sint*³⁴”.

Allora come ora si potrebbe, quindi, dire che “*magistrati e leggi cittadine ved[ono]evano nella prigione anche una soluzione di carattere punitivo, provocando una distorsione fra teoria e prassi che preoccupava[?] i giuristi dell’epoca*³⁵”. Un quadro prasseologico, dunque, ben lungi dall’ormai utopistica concezione *hobbesiana* della “carcerazione preventiva”, secondo cui “*qualunque danno sia fatto soffrire a un uomo, con ceppi o con costrizione prima che la sua causa sia ascoltata, è contrario alla legge di natura*³⁶”.

Echeggia, seppur in lontananza, un monito riferibile all’Agostiniano *De civitate Dei*, secondo il quale gli uomini torturano - con un certo pressapochismo – per sapere se si deve torturare. Gli *iudicia*, in tal senso, *dolenda sunt* poiché appare degna di accoglimento la seguente riflessione: “*Quid ipsa iudicia hominum de hominibus, quae civitatibus in quantalibet pace manentibus deesse non possunt, qualia putamus esse, quam misera, quam dolenda? Quando*

³² Digesto, 48.19.8.9.

³³ Ch. Th. 9.2.3.

³⁴ Cfr. BIFFI S., *Sulle antiche carceri di Milano e del Ducato Milanese e sui sodalizi che vi assistevano i prigionieri ed i condannati a morte*, Milano, 1884, pagina 205

³⁵ GAZZINI M., *Storie di vita e di malavita. Criminali, poveri e altri miserabili nelle carceri di Milano alla fine del medioevo*, Firenze, 2017, pagina 12

³⁶ HOBBS T., *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, London, 1651, pagina 256

quidem hi iudicant, qui conscientias eorum, de quibus iudicant, cernere nequeunt. Unde saepe coguntur tormentis innocentium testium ad alienam causam pertinentem quaerere veritatem. Quid cum in sua causa quisque torquetur et, cum quaeritur utrum sit nocens, cruciatur et innocens luit pro incerto scelere certissimas poenas, non quia illud commisisse detegitur, sed quia non commisisse nescitur? Ac per hoc ignorantia iudicis plerumque est calamitas innocentis. Et quod est intolerabilius magisque plangendum rigandumque, si fieri possit, fontibus lacrimarum, cum propterea iudex torqueat accusatum, ne occidat nesciens innocentem, fit per ignorantiae miseriam, ut et tortum et innocentem occidat, quem ne innocentem occideret torserat. Si enim secundum istorum sapientiam elegerit ex hac vita fugere quam diutius illa sustinere tormenta; quod non commisit, commisisse se dicit. Quo damnato et occiso, utrum nocentem an innocentem iudex occiderit, adhuc nescit, quem ne innocentem nesciens occideret torsit; ac per hoc innocentem et ut sciret torsit, et dum nesciret occidit. In his tenebris vitae socialis sedebit iudex ille sapiens an non sedebit? Sedebit plane. Constringit enim eum et ad hoc officium pertrahit humana societas, quam deserere nefas ducit. Hoc enim nefas esse non ducit, quod testes innocentes in causis torquentur alienis; quod hi, qui arguuntur, vi doloris plerumque superati et de se falsa confessi etiam puniuntur innocentes, cum iam torti fuerint innocentes; quod, etsi non morte puniantur, in ipsis vel ex ipsis tormentis plerumque moriuntur; quod aliquando et ipsi, qui arguunt, humanae societati fortasse, ne crimina impunita sint, prodesse cupientes et mentientibus testibus reoque ipso contra tormenta durante immaniter nec fatente probare quod obiciunt non valentes, quamvis vera obiecerint, a iudice nesciente damnantur. Haec tot et tanta mala non deputat esse peccata; non enim haec facit sapiens iudex nocendi voluntate, sed necessitate nesciendi, et tamen, quia cogit humana societas, necessitate etiam iudicandi. Haec est ergo quam dicimus miseria certe hominis, etsi non malitia sapientis. An vero necessitate nesciendi atque iudicandi torquet insontes, punit insontes, et parum est illi, quod non est reus, si non sit insuper et beatus? Quanto consideratius et homine dignius agnoscit in ista necessitate miseriam eamque odit in se et, si pie sapit, clamat ad

*Deum: De necessitatibus meis erue me!*³⁷”. Si incarcerava, si potrebbe dire, per sapere se si deve incarcerare.

In questo preciso senso, insieme al Del Vecchio, verrebbe da dire che “*essendo questi, e non altri, i poveri e limitati mezzi di cui il processo si serve, sarebbe vano tentare di eliminarne la valenza parzialmente afflittiva, come irrealmente tentare di negarla*³⁸”. La carcerazione preventiva, dunque, sembra “*garantire de facto*” la sentenza definitiva e “*nell’ipotesi che questa abbia un determinato contenuto, [ne] anticipa i prevedibili effetti*³⁹”: una logica tanto distante quanto distinta dal semplicistico(?) “*continere*”.

Carnelutti, non a caso, nel momento in cui predicava - del tutto seraficamente - l’indefettibile concatenarsi della pena nel processo e del processo nella pena⁴⁰ osservava, con altrettanta ieraticità, che “*far diventare il reato impossibile è ciò che si chiama lo scopo preventivo del diritto e perciò del processo penale (ne peccetur)*⁴¹”. In tal guisa suole sostenersi che “*sotto questo profilo il diritto penale ha una funzione analoga a quella dell’igiene rispetto alla salute del corpo; si cerca di creare delle condizioni, per virtù delle quali venga meno, come la possibilità della malattia, così la possibilità de’ reati*⁴²”. L’ecpirosi della carcerazione preventiva sembra, dunque, palesarsi nella costante tensione - della scienza penale - verso la repressione della pericolosità criminale che, purtuttavia, benché voglia ammantare - non del tutto larvatamente - il “*punitur ne peccetur*” del più modesto “*ne peccetur*” sembra trasformare “l’evanescenza custodiale” nell’“immanenza punitiva”.

§3. ...non ad puniendos haberi debet

Si potrebbe, quindi, sostenere che non sembra più assurdo sostenere che il carcere, sia esso concepito in guisa custodiale ovvero punitiva, appalesi i “lombrosiani” connotati di “*una entità vorace che assorbe, ingloba e forza all’assimilazione, o quantomeno alla perdita della propria*

³⁷ S. AURELII AUGUSTINI, *De civitate Dei contra Paganos*, Liber XIX, 6

³⁸ DEL VECCHIO G., in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Volume 60, Milano, 1983, pagina 321

³⁹ CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pagina 42

⁴⁰ Interessante, al riguardo, il contrasto con il Bellavista ed il Petrocelli

⁴¹ CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, pagina 39

⁴² *Ibidem*

*naturale unicità, gli individui in esso contenuti*⁴³”. In tal senso diviene, molto probabilmente, difficile conciliare “l’emenda del reo” – il momento, forse, più sociale per un gruppo di consociati - con la segregazione e l’isolamento carcerario, irrimediabilmente intarsiati nell’improduttivo immobilismo cellulare. Si potrebbe, quindi, comprendere perché Foucault, tra le sue acutissime intuizioni, si preoccupò di sottolineare un dato più storico che giuridico, *id est* che “*il movimento per riformare le prigioni [...] non è un fenomeno tardivo e neppure sembra esser nato dalla constatazione di uno scacco, stabilito chiaramente. La riforma della prigione è quasi contemporanea alla prigione stessa. Ne è come il programma*⁴⁴”. Il carcere come idea e come istituzione sembra prestare, quindi, il fianco a sferzanti critiche che paiono rinvenire la propria scaturigine in prasseologie orientate (in taluni casi anche politicamente⁴⁵) in senso contrario rispetto alle idee di partenza.

Postulato: la carcerazione preventiva, cittadina *ius soli* ed *ius sanguinis* della pena carceraria, sembra subire - seppur di riflesso – tutte le ombre (e le poche luci) dell’ideale(?) detentivo. In tal senso, forse, Charles, nel commentare una legge francese del 1970, scrisse: “*ce ne sera point l’un des moindres sujets d’étonnement, pour les générations futures, que le coincidence, à notre époque, d’une délinquance de jour en jour plus prospère et barbare, et de l’angoisse de culpé, débordante aux yeux de certains, et qui finit par ne plus faire voir dans ehaque inculpé que la victime d’une pathologie sociale plus encore qu’individuelle*⁴⁶”. Potremmo, dunque, dire di essere innanzi – in tema di carcere - ad un problema prettamente sociale e, solo *de relato*, giuridico?

Un interrogativo di tal sorta, evidentemente, dovrebbe essere posto, *a fortiori*, allorquando si osservi la libertà dei soggetti che, costituzionalmente, non possono essere considerati colpevoli. La carcerazione preventiva, d’altronde, sembrerebbe essere uno degli istituti giuridici maggiormente

⁴³ TRAVAGLIA CICIRELLO T., *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018, pagina 1

⁴⁴ FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014, pagina 255

⁴⁵ Ci si riferisce alla nozione di Populismo Penale. Uno dei primi saggi (forse il primo) sull’argomento è di SALAS D., *La volonté de punir: essai sur le populisme penal*, France, 2008. Da sottolineare anche FIANDACA G., *Populismo politico e populismo Giudiziario*, in *Criminalia*, Napoli, 2013, pagine 95 e ss.

⁴⁶ CHARLES R., *Liberté et Détenion*, Paris, 1970, pagina 1

sensibile al “modo di intendere” la penalità. Se è vero, come pare, che “*esistono due differenti sistemi per ricercare il vero e rendere giustizia, uno si basa sul principio di autorità, l’altro sul principio dialettico*⁴⁷” sembra esserlo, altrettanto, la circostanza secondo la quale l’impianto dichiaratamente accusatorio che vorrebbe reggere le sorti dell’ordinamento dovrebbe, tautologicamente, confidare più nell’alleanza con la dialettica piuttosto che con l’autorità. Cosa resta, altrimenti, di una certa idea di processo se non l’evanescenza?

Mi sia consentita una brevissima chiosa. Il Massari, in altro(?) contesto, sostenne fermamente: “*noi crediamo col Lucchini, con l’Impallomeni e col Rocco che l’assoggettamento del condannato alla esecuzione della pena sia un’attività estranea al processo: per noi, cioè, l’inflizione effettiva della pena è esecuzione del rapporto punitivo*⁴⁸”. Che ne è, purtuttavia, del processo allorché la “custodia” “punisce” i custoditi (che diventano, pertanto, puniti)? L’incerta colpevolezza cristallizza, evidentemente, certezze di larvata pena.

Certamente potrebbe dirsi che “*profonda è stata l’influenza [del codice Rocco e dell’ideologia alla base di quel codice] sulla cultura processualpenalistica che ne ha assorbito [dunque] l’inconscio inquisitorio*⁴⁹” al punto da indurre taluni a ritenere che gli operatori della giustizia penale, come giano bifronte, abbiano “*l’accusatorio sulle labbra, l’inquisitorio nel cuore*⁵⁰”. Al limite del paradosso, infatti, benché nel nostro ordinamento “*il diritto alla libertà personale [...] sia fra quelli meglio definito*⁵¹” non si comprende perché “*la libertà personale, purtroppo, resti un diritto estremamente fragile. La sua storia è [infatti] un susseguirsi di continue manipolazioni, riduzioni della sua portata eccessivamente sbilanciate a favore della repressione dei reati, della sicurezza e dell’ordine pubblico*⁵²”.

⁴⁷ MALINVERNI A., *Principi del processo penale*, Torino, 1972, pagina 31

⁴⁸ MASSARI E., *Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1948, pagina 58

⁴⁹ GARLATI L., *L’inconscio inquisitorio. L’eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, 2010, pagina. 2

⁵⁰ MOCCIA S., *L’inquisitorio sulle labbra, l’inquisitorio nel cuore*, in *Il Manifesto*, Milano, 22 aprile 1998

⁵¹ MARCELLO D., *Il volto sbiadito dell’habeas corpus nella privazione della libertà personale*, in *Cassazione Penale*, fascicolo I, Milano, 1 gennaio 2019, pagina 422

⁵² *Ibidem*

Non pare un caso, in tal senso, la circostanza secondo la quale in epoca non troppo lontana la carcerazione preventiva venne messa in discussione per un presunto contrasto con l'art. 27 comma II della Costituzione: la Corte Costituzionale, tuttavia, ribadì che la legge può *“entro limiti, non insindacabili, di ragionevolezza presumere che la persona accusata di reato particolarmente grave, e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza, sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene predisposta”*⁵³ consacrandone, con tali parole, la liceità. Facile obiettare, si potrebbe dire, che in questo modo è sempre un'azione passata (la commissione di un fatto criminoso) a legittimare la punizione di una potenziale azione futura.

Provocatoriamente, ma non troppo, si potrebbe dire che nel soggetto sottoposto a carcerazione preventiva appare facile intravedere il “volto del reo” piuttosto che il “volto del custodito”: *“un estraneo, un nemico [...] celato dietro le maschere dell'astrazione e dei formalismi”*⁵⁴. Che sia questo il motivo per cui, ai sensi dell'art. 137 c.p., la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile si detrae dalla durata complessiva della pena? La pena, d'altronde, come insegnava il Nuvolone è *“equivalente a castigo e punizione per la violazione di un obbligo”*⁵⁵: tratti tipici del ferro e del cemento comuni tanto alla detenzione “preventiva” quanto a quella “successiva”.

Una riflessione conclusiva. La scienza criminale, soprattutto allorché la si osservi attraverso la carcerazione preventiva, assomiglia *“a una potenza che per natura riunisca insieme una biga e un auriga alati”*⁵⁶. Si sa, verrebbe da dire, *“se presso gli dei cavalli e aurighi sono tutti buoni e di buona razza, tutti gli altri esseri hanno invece natura mista”*⁵⁷. Il distinguo riguarda *“in primo luogo colui che governa la pariglia di cavalli; in secondo luogo i cavalli stessi che sono in suo potere, di cui uno è bello, buono e di ottima razza, mentre l'altro è tutto il contrario, sia quanto a lui stesso sia alla sua origine; da ciò deriva necessariamente che il governo della biga risulta nel*

⁵³ Corte Costituzionale, n. 64 del 1970

⁵⁴ TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, pagina 24-25

⁵⁵ NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, pagina 17

⁵⁶ PLATONE, *Fedro*, Milano, 2010, pagine 100 e ss.

⁵⁷ *Ibidem*

*nostro caso assai difficile*⁵⁸. Facile comprendere il duplice destino della biga: “*nella sua forma perfetta e alata, si libra nelle supreme altezze e regge l’universo intero; ma una volta privata della ali, non ha tregua nella sua caduta, fino a che non afferrì qualche cosa di solido dove essa pone la sua sede e assume un corpo terreno*”⁵⁹. Nel nostro campo d’indagine le bighe più fortunate “*giunte al culmine, superano il livello della volta celeste, [e purtuttavia] rimangono ritte sul dorso del cielo; in questa loro immobilità, il movimento circolare le trascina nella sua orbita, ed esse contemplan le essenze che stanno oltre il cielo [...] fino a che il movimento circolare di rotazione non la riconduca al medesimo luogo*”⁶⁰. Il mondo carcerario, o *rectius* l’intero universo carcerario, sembra scontare l’enorme iato esistente tra i cavalli che lo trascinano: quello “bianco” vede nel carcere un *deus ex machina*, una pena umana ch’appare degna del miglior “iperurano”; quello nero, viceversa, apre gli occhi del timido osservatore mostrando una “*cloaque d’infection où mille malheureux s’entre-communiquent le poison lentement dévorant de la mort*”⁶¹.

(Ab)usando di celebri parole si potrebbe dire che il carcere “è cosa che deve essere superata. Che avete fatto voi per superarlo? Tutti gli esseri crearono finora qualche cosa che sorpassa loro stessi: e voi volete essere il riflusso di questa grande marea, e tornare piuttosto al brutto anziché superare [il carcere]? Che cosa è [lo splendore dei supplizi] per [il carcere]? Una derisione o una dolorosa vergogna. E questo appunto dev’essere [il carcere] per il Superuomo: una derisione o una dolorosa vergogna. Voi avete percorso la strada che porta dal[la vendetta] [al carcere], ma molto c’è ancora in voi del[la vendetta]. Una volta eravate [lo splendore dei supplizi], e ancor adesso [il carcere] è più [splendore dei supplizi] di tutti [gli splendori dei supplizi]”⁶². In attesa del superuomo!

§4. “Detenuto in attesa di Giudizio” di Carmelo Musumeci

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ BRISSOT DE WARVILLE J.P., *Théorie des lois criminelles*, volume I, Paris, 1871, pagina 171

⁶² NIETZSCHE G.W.F., *Così parlò Zarathustra. Un libro per tutti e per nessuno*, Milano, 1976, pagina 50

Non so quanti hanno visto il bellissimo film dal titolo, appunto, “Detenuto in attesa di giudizio” ben interpretato da Alberto Sordi in uno dei suoi pochi ruoli drammatici. Un geometra emigrato in Svezia torna in Italia per trascorrervi le vacanze. Alla frontiera l'uomo viene arrestato e condotto a San Vittore. Dopo interrogatori e trasferimenti in altre carceri, il poveraccio capisce di essere accusato di un omicidio che non ha mai commesso. Subisce un lunghissimo calvario giudiziario, costellato da trattamenti umilianti e degradanti. Chiarita oramai la sua posizione, il povero geometra riacquista la libertà, ma è un uomo, ormai, fortemente segnato fisicamente e psicologicamente. Nei miei 35 anni di carcere ho visto tante persone entrare in carcere, scontare una lunga pena per poi essere assolti al processo. Si è vero, quasi tutti i prigionieri si dichiarano innocenti (è un loro diritto), ma molto spesso alcuni lo sono ed anche per questo la carcerazione preventiva andrebbe applicata solo in rari casi. Non posso fare a meno di pensare che il carcere produce criminalità. E questo probabilmente perché quando vivi intorno al male, non puoi che farne parte. E in parte questo vale anche per le guardie carcerarie, che non sono nate “cattive”, ma a volte lo diventano a furia di vivere in un ambiente di “cattività”. Penso che spesso non siano i reati commessi a far diventare una persona criminale, bensì i luoghi in cui è detenuto e anche per questo penso che la custodia cautelare in carcere dovrebbe essere applicata solo in casi eccezionali. Mi ricordo che più che trascorrere le mie giornate le vedevo passare perché il tempo in carcere è difficile da percepire. Il tempo lo si estende e lo si altera. A volte per tentare di vivere devi saper morire. Ed io iniziavo a morire appena mi svegliavo al mattino. Normalmente mi svegliavo all'alba. Non mi alzavo subito. Stavo un po' abbracciato con il mio cuore. A volte andavo all'aria a fare quattro passi. Spesso invece rimanevo in cella. La sera iniziavo a fare su e giù per la cella. Avanti e indietro. Tre passi avanti e tre indietro. Quando ero abbastanza stanco, mi sdraiavo sulla branda con la speranza di addormentarmi perché non potevo fare altro. Io però avevo una condanna definitiva invece molti detenuti in attesa di giudizio spesso sono solo colpevoli di essere innocenti e quando ad alcun di loro verrà riconosciuta la loro innocenza sarà troppo tardi.