



VENERDÌ 29 FEBBRAIO

ORE 14 ACCREDITI E ISCRIZIONI

ORE 15

Saluti dell'organizzazione: **EZIO MENZIONE** avvocato Legal Team Italia - AED

Saluti della **GIUNTA REGIONALE TOSCANA** e delle altre Autorità

LA DETENZIONE IN EUROPA

LUIGI FERRAJOLI (IT) Professore di Teoria Generale del Diritto all'Università di Roma 3

È ancora necessario il carcere?

VIRGINIE BIANCHI (FR) avvocatessa membro dell'AED

Le prigioni in Europa: le regole e le condizioni della detenzione

CRISTIANA BIANCO (IT) avvocatessa, già Referendario presso la Cancelleria della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, direttivo di Antigone

La privazione della libertà nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

ROBERT ROTH (CH) Rettore Facoltà di Diritto Università di Ginevra

Il ruolo del Consiglio d'Europa tra giurisprudenza e raccomandazioni

MAURO PALMA (IT) Presidente del comitato per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti

Il controllo del Comitato europeo per la prevenzione della tortura sulla privazione della libertà

LUIGI MANCONI (IT) Sottosegretario di Stato alla Giustizia

Le lunghe carcerazioni: effetti e riflessi

CENA SOCIALE E SPETTACOLO TEATRALE

SABATO 1 MARZO

ORE 9

I SOGGETTI E I MECCANISMI DELL'ESCLUSIONE

ENRICO MARZADURI (IT) Università di Pisa

Le politiche securitarie e il carcere prima del processo

IÑAKI RIVERA (SP) Università di Barcellona

La detenzione e l'espulsione dei cittadini non europei

LAURA JANES (GB) Solicitor and Legal Officer, The Howard League for Penal Reform

La responsabilità penale dei minori e la severità delle pene: tendenze e sviluppi europei

LAVINIA LEFTERACHE (ROM) Giudice alla Corte d'Appello di Bucarest - Medel

Le nuove leggi penali in Romania e il rispetto dei Diritti Umani

SELÇUK KOZAGACLI Segretario Generale del ÇHD - Associazione Avvocati Progressisti

Il regime carcerario per i detenuti politici in Turchia

ORE 11 coffee break

LIVIO PEPINO (IT) componente del Consiglio Superiore della Magistratura - Medel

Il paradigma del nemico e le trasformazioni del sistema penale

HELMUT POLLÄHNE (DE) Facoltà di Legge Università di Brema

La nuova economia del sistema carcerario

DIBATTITO

ORE 13 lunch

ORE 14

QUALI MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

ALESSANDRO MARGARA (IT) già Presidente Tribunale di Sorveglianza di Firenze, estensore dell'ordinamento penitenziario italiano

Le alternative alla detenzione: quali e per quale scopo

TAVOLA ROTONDA

La carcerazione e le misure alternative

PIETRO BUFFA (IT) Dipartimento Amministrazione Penitenziaria

GEMMA CALVET (SP) avvocatessa AED

SIMONETTA CRISCI (IT) avvocatessa AED

URSULA GROOS (DE) avvocatessa AED

CHRISTOPHE MARCHAND (BE) avvocato AED

FRANCO SCARPA (IT) Direttore Ospedale Psichiatrico Giudiziario di Montelupo Fiorentino

PASCALÉ TAEI (FR) avvocatessa AED

CONCLUSIONI

GILBERTO PAGANI (IT) avvocato Presidente dell'AED

CO-ORGANIZZAZIONE

EADH Associazione Europea delle Giuriste e dei Giuristi per la Democrazia e i Diritti dell'Uomo nel mondo

MEDEL Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés

PARTECIPAZIONE E SOSTEGNO

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Pisa

Camera Penale di Pisa

Unione delle Camere Penali Italiane

Università di Pisa - Facoltà di Giurisprudenza

PATROCINIO

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA • MINISTERO DELLA SOLIDARIETÀ SOCIALE • REGIONE TOSCANA • PROVINCIA DI PISA • COMUNE DI PISA

Traduzione simultanea

PER INFORMAZIONI ED ISCRIZIONI

<http://convegnocarcerepisa.sytes.net/>

AGLI AVVOCATI PARTECIPANTI VERRANNO ATTRIBUITI
10 CREDITI FORMATIVI SECONDO LA NORMATIVA
SULLA FORMAZIONE CONTINUA APPROVATA DAL C.N.F.

1. Due modelli di sistema penitenziario: premesse e derive.

Non si può parlare di misure alternative se non nel quadro di un sistema penitenziario dato, né si può eludere la domanda di quale sia il modello entro il quale quel sistema si muove. Se si vuole concentrare l'esame sui modelli dei paesi più sviluppati (come si usa dire), si può parlare di due modelli. Uno è quello Usa, sempre più esteso e pesante, che ha sostituito la incapacitazione delle persone alla loro riabilitazione: uno dei suoi contestatori, Loic Wacquant, lo ha sintetizzato nel titolo di un libro: "Punire i poveri-Il nuovo governo della insicurezza sociale". L'altro modello è quello europeo, che fa bella mostra di sé nei documenti degli organismi della Unione Europea e del Consiglio d'Europa (questo è anche dotato di una organizzazione giurisdizionale e di una di controllo sulle violazioni delle regole), ma che non viene confermato da molte legislazioni dei paesi europei, fra i quali il nostro, che sembrano invece avviarsi sulla strada del modello americano.

Il modello USA

Allora, il modello USA. Due i dati fondamentali: la delegittimazione della risocializzazione dei condannati come finalità del sistema e la rilegittimazione del carcere, più che come retribuzione, come vera e propria incapacitazione delle persone attraverso la pena. Eppure: nel 1973 una commissione indipendente, in sede nazionale, "consigliava una moratoria nella costruzione di nuove carceri e la chiusura progressiva degli istituti penali minorili, giudicando il carcere una istituzione in via di superamento, che si era dimostrata inadatta a contrastare la criminalità" (Re, Carcere e globalizzazione, Laterza 2006, pg. 21). Mentre questa era la valutazione degli esperti, la scelta politica, secondando la dichiarata "guerra al crimine" (dentro la quale aveva grande rilevanza la guerra alla droga), era quella del ricorso sistematico al carcere contro la criminalità di strada, con l'avocazione di competenze a livello centrale e una grande mobilitazione di risorse per le forze di polizia. Ignorare le ragioni contro il carcere e rilanciare il carcere come strumento di igiene sociale era la premessa per la crescita inarrestabile del carcere: l'indice di prisonizzazione che, nel 1973, era di 98/100.000, oggi è arrivato a 726/100.000: i detenuti da 204.000 a 2 milioni e 300.000.

Cosa ha significato questo? Una enorme mobilitazione di risorse per il rafforzamento della Polizia e del sistema penitenziario (l'aumento della prima e delle risorse necessarie per la stessa è stato verticale e il secondo ha visto il passaggio dalle 592 carceri federali e statali del 1974 alle 1704 del 2000) e una corrispondente smobilitazione di risorse dal sistema sociale di aiuto e sostegno al disagio di persone ed ambienti in situazioni critiche.

I costi, pertanto, non sono solo economici, ma anche sociali. Una citazione per tutte, da un articolo di A.Ceretti e A.Casella sulla rivista "Dignitas" (pg. 16 del n.5 del 2004), che riprendeva il pensiero di David Garland: "Le nuove forme di controllo della criminalità implicano costi sociali difficilmente sopportabili: inasprimento delle divisioni sociali e razziali, consolidamento dei processi criminogenetici, perdita di credibilità della autorità penale, crescita della intolleranza e dell'autoritarismo, accentuazione della pressione penale sulle minoranze, configurando una sorta di nuova segregazione razziale". Su questo ultimo punto: gli afroamericani in carcere sono il 49%, mentre sono il 12-13% della popolazione libera.

Quello che succede sul piano sociale è quello che Wacquant sintetizza nel titolo del suo libro: "Punire i poveri: il nuovo governo della insicurezza sociale." La guerra al crimine o la guerra alla droga è la guerra alla criminalità di strada, che è espressione e conseguenza delle aree abbandonate dalle politiche sociali e gestite pertanto da quelle penali. Osserva la Re, nel testo citato, pg. 89 "...La nuova teoria penale sostituisce al paradigma classico della punizione individualizzata del reo una penalità incentrata sul controllo di gruppi e di aggregati di soggetti considerati potenzialmente devianti...Le nuove politiche penali non s'interessano più alla dimensione morale

della criminalità, al problema della colpa e dell'equità nella sfera penale, ma si limitano a porsi degli obiettivi manageriali ancorati a una logica puramente utilitaristica.”

Qualcosa succede, dunque, anche sul piano del sistema giuridico. Intanto, alla estensione del sistema penitenziario corrisponde una estensione del sistema penale, sempre più pervasivo, anche su comportamenti antisociali prima leciti. Crescono, quindi, le previsioni penali e crescono anche le pene inflitte per le violazioni delle stesse: la pena vera o giusta per i singoli fatti, determinata dal giudice secondo appositi prontuari, sostituisce quella indeterminata, che poteva essere concretamente definita nel corso della esecuzione in relazione all'andamento della stessa: una pena certa, quindi, e in sostanza una pena più severa che deve essere eseguita completamente. Ma l'armamentario più recente sul piano giuridico segna il definitivo trionfo della punizione e del carcere: l'espressione di questo sistema, tratta con disinvoltura dal gergo sportivo, suona così: tre sbagli, cioè tre rilievi penali anche non gravi, e sei fuori, fuori dalla società e dentro il carcere, in una situazione di sostanziale ergastolo: una affermazione estrema della recidiva, anche se questa recidiva sia relativa ad atti antigiuridici modesti. Il fine della pena passa, come si è già detto, dalla riabilitazione della persona alla sua incapacitazione: dal recupero alla negazione della persona.

Ma la dilatazione del sistema penale e, conseguentemente, di quello penitenziario si esprime anche in una vastissima area di misure alternative al carcere, sorte proprio, a suo tempo, dalla vecchia attribuzione alla pena delle finalità riabilitative. La dimensione di questa area è impressionante: v. il testo citato della Re (pg.6): “Alla fine del 2003, il totale delle persone sottoposte alla carcerazione o a misure alternative negli Stati Uniti era salito a 6,9 milioni, pari al 3,2% della popolazione adulta residente (1 adulto ogni 32)...con il risultato di una espansione complessiva del controllo penale sulla popolazione”. Ma, inesorabilmente, alle nuove finalizzazioni della pena corrisponde una sorta di mutazione delle misure alternative. Lo spiega Wacquant (pg. 144 del testo citato: “...trent'anni fa *i parole officers* uscivano dalle scuole per assistenti sociali e studiavano i fondamenti della psicologia e della sociologia. Oggi, mentre i casi da seguire sono raddoppiati, essi si formano in scuole di giustizia criminale dove apprendono le tecniche di polizia e l'uso delle armi da fuoco. La nuova filosofia panottica che li guida è sottolineata da questo slittamento semantico: i programmi di *parole* sono stati recentemente ribattezzati “liberazione sotto controllo” in Florida e “controllo di comunità” nello stato di Washington. Sotto il nuovo regime liberal-paternalista, infatti, l'individuo liberato con la condizionale non è tanto un ex-pregiudicato restituito alla libertà quanto un *quasi prigioniero* in attesa di un imminente ritorno dietro le sbarre”. E ancora, a pg. 143: “Da “trampolino”, la liberazione condizionale è diventata “trappola”: tra il 1985 e il 1997, il tasso degli individui in libertà vigilata che completano con successo la fase di “supervisione esterna” è crollato dal 70% al 44%. E nel giro di vent'anni, l'impatto di quelli ripresi e rispediti in carcere è raddoppiato, passando dal 16% di nuovi ingressi nel 1980 al 34% nel 1997.”

Un altro modello.

Esiste un modello europeo? Certo che esiste ed assomiglia moltissimo a quello che è stato anche il modello USA, poi travolto dalla esplosione delle politiche penali che abbiamo descritto.

Comunque, il modello europeo è consacrato in documenti omogenei, provenienti sia dal Consiglio d'Europa, sia dalla Unione Europea, i cui fondamenti sono esattamente contrari a quello che emerge negli USA: il ricorso alla pena detentiva deve essere la extrema ratio e, comunque, in carcere, devono essere rispettati i diritti fondamentali della persona, il reinserimento sociale dei condannati deve essere la finalità della esecuzione penale, ampio spazio deve essere dato alle misure alternative alla detenzione. C'è solo da aggiungere che i sintomi del “grande internamento” si cominciano a fare sentire anche da noi e che il modello europeo è, quindi, sotto tiro.

Si legga, ad esempio, quello che ha scritto Wacquant, nel già citato “Punire i poveri” (pg. 270), su “L'aberrazione carceraria alla francese”: “Nel marzo 2003, il Ministero della Giustizia francese lanciava una campagna pubblicitaria televisiva finalizzata a ridare lustro all'immagine dell'amministrazione penitenziaria per potere attirare circa 10.000 agenti di custodia da reclutare in

tutta fretta per fare fronte alla esplosione programmata della popolazione carceraria del paese. Tre mesi dopo, il numero dei detenuti superava quota 60.000 per 48.000 posti disponibili, record assoluto dai tempi della Liberazione. Insalubrità, fatiscenza, promiscuità spinta al parossismo, condizioni igieniche catastrofiche, scarsità di personale, evidenti carenze nelle attività formative e lavorative (dei detenuti) che riducono la missione di “reinserimento” a uno slogan tanto vuoto quanto crudele, affollamento dei parlatori, moltiplicazione dei movimenti di protesta da parte dei condannati, aumento degli episodi di violenza più gravi e dei suicidi (il cui tasso è raddoppiato in due anni, diventando il più alto nella storia europea) erano in quel momento bersagli delle proteste congiunte dei sindacati delle guardie carcerarie e degli avvocati, del Consiglio nazionale forense, delle associazioni umanitarie, delle famiglie dei prigionieri e dei militanti e ricercatori specializzati nel settore penale...Alla fine di gennaio del 2004, il CPT (Comitato prevenzione tortura del Consiglio d'Europa) pubblicava un rapporto sconvolgente sui “trattamenti inumani e degradanti” che sono la sorte comune dei detenuti francesi...Il rapporto fa eco a quanto riscontrato in quelli presentati da tre diverse commissioni di inchiesta incaricate rispettivamente dalla Assemblea nazionale, dal Senato e dal Guardasigilli, che denunciavano unanimemente la progressiva trasformazione del sistema carcerario francese in una “prigione simile alla corte dei miracoli”, dove regnano “l'arbitrarietà penitenziaria” e la “legge del più forte”: i senatori arrivavano fino a parlare di “una umiliazione per la repubblica”. E più avanti (pg. 271): “Il governo di Jean-Pierre Raffarin ... ha fatto dello zelo delle forze dell'ordine e della severità penale uno dei temi elettorali più importanti, se non un dogma politico. Questo ha portato, nel giro di due anni, il numero dei detenuti ... a 64.813 a metà del 2004.”

Quali le caratteristiche di questo indirizzo? Risponde Wacquant (pg. 271-272): “Potenziamento dei mezzi e intensificazione delle azioni di polizia nelle *zone sensibili*; pressione burocratica e politica sui giudici al fine di ottenere una maggiore severità delle pene e un'accelerazione nelle procedure (un terzo delle carcerazioni è il risultato di procedimenti sommari, privi di investigazioni e incapaci di portare prove...); estensione generalizzata del ricorso alla reclusione e inasprimento della scala delle sanzioni... Restrizioni dei benefici di pena e diminuzione delle liberazioni con la condizionale e dei regimi di semilibertà; tutto contribuisce a far crescere il numero di persone dietro le sbarre. Se il paese continuasse su questa strada, raddoppierebbe il numero dei suoi detenuti in meno di cinque anni, con *una velocità di due volte maggiore rispetto a quella degli Stati Uniti, all'apice della bulimia penitenziaria* degli anni ottanta, che li ha resi leader mondiali della carcerazione (710 detenuti ogni 100.000 abitanti)”.

Si noti la corrispondenza delle considerazioni di Garland sugli effetti delle politiche penali e penitenziarie USA e di quelle di Wacquant ora riportate. E' la demolizione del sistema giuridico: la legge è diseguale per tutti, questo è diventato il suo fine.

2. L'esplosione della penalità e le misure alternative.

Bisogna registrare che le misure alternative escono schiacciate dal modello penal-penitenziario affermatosi negli USA e adottato anche in Europa. Proviamo a capire cosa succede. Intanto, il carcere risucchia – attraverso la prevalenza della opzione detentiva, consacrata dal sistema dei “tre sbagli e sei fuori” – un'area sempre più estesa delle alternative alla detenzione: lo conferma, per la Francia, anche quanto dice Wacquant sulla riduzione del ricorso alle misure alternative. In secondo luogo, queste si modellano sempre di più sul carcere: il loro rapporto con questo diventa sempre più di equivalenza, anziché di alternatività. Non è un caso che in Italia, in questi mesi, riprenda campo il tema e anche la applicazione dei braccialetti elettronici, in contemporanea con la introduzione della Polizia penitenziaria nel controllo delle misure alternative, compreso l'affidamento in prova al servizio sociale. La tecnologia del controllo delle persone è messa a disposizione della mutazione degli operatori delle misure alternative, che, come notava Wacquant per gli USA, non sono più esperti di servizio sociale e di psicologia e sociologia, ma criminologi esperti nell'uso delle armi. Perché il discorso di fondo è questo: le misure alternative

devono misurarsi, esattamente come il carcere, con le esigenze di sicurezza: di qui un controllo invasivo della vita delle persone, che tende a verificare costantemente dove le persone si trovano: ci sono precedenti letterari (Orwell) e non letterari (sono molti nel passato, ma anche nel presente). Quale ne sarà il risultato? Che la vita delle persone sottoposte a tali misure deve essere rigidamente programmata e che le trasgressioni, anche molto modeste, comporteranno revoca delle misure e prosecuzione della pena in carcere: né saranno rare le violazioni di quelle prescrizioni perché le persone sottoposte vengono dall'area del disagio sociale e ricostruiscono con fatica il loro rapporto con la società: la rigidità delle prescrizioni non tiene inevitabilmente conto di questa fatica. Saltano così le finalità che le misure alternative avevano all'origine, di basarsi sulla responsabilizzazione della persona attraverso un rapporto che è anche di fiducia, sul controllo, più che sulla persona medesima, sul suo percorso di reinserimento sociale, che ha bisogno di forme di controllo leggero e di sostegno attento all'effettivo sviluppo dell'inserimento. Non è la misura alternativa che si adatta alla vita degli interessati per agevolare il loro ritorno alla socialità, ma è la loro vita che deve modellarsi sulla voluta rigidità delle misure ed essere disciplinata. Le finalità di risocializzazione diventeranno difficilmente raggiungibili con le nuove modalità che sopprimono la fiducia e il processo di responsabilizzazione e che, inevitabilmente, porteranno a sempre più numerose interruzioni delle misure e rientri in carcere.

Sintetizzo: il sistema originario voleva contenere l'area detentiva ed affidare alle alternative al carcere una più efficace politica di inclusione sociale; il nuovo sistema vuole invece estendere un controllo sociale invasivo e incapacitante, col carcere o senza il carcere, per operare in direzione della esclusione sociale nei confronti delle aree a rischio, che sono, poi, quelle della precarietà e della povertà.

A conclusione di quanto esposto si può dire che ci sono le misure alternative buone e quelle cattive o meglio un sistema penal-penitenziario buono e uno cattivo nel quale le misure si inseriscono. Quando le misure alternative sostengono una abnorme estensione della penalità ed anzi servono a rendere sostenibile (in termini economici e non solo) il ritmo di crescita della stessa verso una irresistibile estensione, le misure alternative diventano, inevitabilmente, come dice Wacquant, da "trampolino" verso l'inclusione a "trappola" per l'esclusione: da buone a cattive. Quando, anche attraverso la legge Gozzini, il nostro sistema allargò l'area delle misure alternative, si volle cogliere da molti esperti l'estendersi, fuori dal carcere, delle politiche di disciplinamento, del "sorvegliare e punire". In questo modo si negava del tutto che le misure alternative potessero essere buone, avere finalità di inclusione sociale, e si concludeva che non potessero essere che cattive: il che assolutizza un aspetto del fenomeno, aperto, invece, anche ad altre possibilità.

Queste possibilità sono presenti, come vedremo subito dopo, anche nel nostro sistema penitenziario, pur se, certamente, risentono di una stagione analoga a quella descritta per la Francia. E, allora, parliamo del nostro sistema, sia nelle sue scelte costituzionali, sia nelle sue realtà ordinarie.

3. La Costituzione e la flessibilità della pena in executivis.

In Italia spicca, quale fondamento del sistema penale e penitenziario, il comma 3 dell'art. 27 della Costituzione: "Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Da tale norma, la Corte Costituzionale, nelle sue sentenze, ha costruito (sentenza n. 204/74) un diritto del condannato, garantito giurisdizionalmente, a vedere riesaminato durante la esecuzione, nei tempi e nei modi che la legge ordinaria definisce, se il processo rieducativo ha già prodotto i suoi effetti, in tal caso ammettendo il condannato a concludere la esecuzione penale in un regime alternativo a quello detentivo. Nell'ambito di questo principio, portando avanti la propria riflessione, la Corte costituzionale (sentenza n. 343/87) ha, intanto, rilevato "la crisi congiunta della pena e delle misure clemenziali, rivelatesi inadeguate, la prima a svolgere il ruolo di rigido e unico strumento di prevenzione generale e speciale, le seconde a promuovere reali manifestazioni di emenda". Dato atto di tale crisi, ha indicato la soluzione nella

creazione “di misure, che, attraverso la imposizione di misure limitative – ma non privative – della libertà personale e l’apprestamento di forme di assistenza, siano idonee a funzionare a un tempo come strumenti di controllo sociale e di promozione della risocializzazione”. Si tratta, ovviamente, delle misure alternative, rispetto alle quali la Corte aggiunge: “Giova ricordare che sul legislatore incombe l’obbligo di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle”.

E, allora, concludo: nel nostro sistema la esecuzione della pena detentiva si traduce in un mix di esecuzione detentiva e di misura alternativa, che, da un lato, tiene conto del livello di responsabilità acquisito dal condannato e, dall’altro, della individuazione e utilizzazione delle misure alternative come lo strumento più idoneo alla sua risocializzazione. Bisogna aggiungere che la legislazione ordinaria ha seguito questa linea, salvo quella più recente che ha cercato di abbandonarla con le leggi del governo Berlusconi: Bossi-Fini (immigrazione), Cirielli (restrizioni misure alternative per i recidivi) e Fini-Giovanardi (stupefacenti), leggi che il governo successivo non è riuscito a modificare.

Preciso che questa impostazione della giurisprudenza costituzionale non è il frutto di pronunce costituzionali isolate, ma, da quando la sentenza n. 204/74 fu richiamata con forza dalla sentenza n. 343/87, la giurisprudenza della Corte è stata costante in questo senso: alla flessibilità della pena in fase esecutiva si richiamano una serie di sentenze (282/89, 125/92, 306/93, 68/95, 186/95, 161/97, 173/97, 445/97, 418/98, 137/99, per finire con la n. 78/2007) che dimostrano la chiara scelta costituzionale. E si può aggiungere che, anche quando la Corte ha accettato la riduzione della flessibilità di alcune normative restrittive, sostanzialmente quelle antimafia degli anni 91 e 92, lo ha fatto non sacrificando i principi e sottolineando la eccezionalità dell’intervento riduttivo (v. in particolare la sentenza n. 306/93).

Questo non toglie che il sistema delle misure alternative in *executivis* sia stato frequentemente sotto tiro, non solo e non tanto delle campagne politiche e mediatiche di contenuto securitario (azioni propagandistiche, mai razionalmente fondate), ma anche da posizioni teoriche, che, per la verità, continuano a imperversare. Parto dal riepilogo della vicenda e dalle valutazioni che ne dà Pavarini (in “L’esperienza italiana di riformismo penitenziario”, pg. 144-145, in *Il Vaso di Pandora*, *Ist. Encicl. Italiana*, 1997): le teorie nate dalla “reazione critica alla ideologia trattamentale hanno determinato la crescita di un movimento politico culturale...di ispirazione garantista...che ha ispirato significative riforme del sistema sanzionatorio, volte alla affermazione della meritevolezza del castigo e della inflessibilità della pena in fase esecutiva...Le aspettative suscitate perché la certezza della pena potesse coniugarsi con il criterio ispiratore del carcere come *extrema ratio* si sono dimostrate assolutamente infondate: sono aumentati i tassi di carcerizzazione, in particolare in ragione di una maggiore severità delle pene irrogate nella fase giudiziaria; le condizioni del carcere sono ulteriormente peggiorate.”

Parto dalle conclusioni di Pavarini, tutt’altro che tenero con quello che chiama “riformismo penitenziario”, perché riassumono e spiegano come è finita la storia. La storia della “reazione critica alla ideologia trattamentale”, dunque, è finita male, ma non per questo si è interrotta: anzi, quanto si è raccontato in precedenza dimostra che quelle politiche non sono state affatto abbandonate, ma che si rafforzano e si estendono, anche se per effetto di una convergenza con scelte politiche securitarie contro la precarietà sociale. Allora: dopo avere esposto il nostro indirizzo costituzionale sulla pena e la sua gestione, provo a riflettere sulle obiezioni che sono state mosse allo stesso in sede teorica.

Parlo della prima obiezione. I vari progetti per il nuovo codice penale in Italia - il codice vigente è quello fascista di 78 anni fa, anni ben portati - intendono ridurre la grande discrezionalità nella inflizione della pena, portata dalle varie modifiche democratiche, e introdurre regole più rigide e certe. Per questo la ulteriore discrezionalità e flessibilità nella concreta esecuzione della pena, frutto della nostra legislazione penitenziaria e dei suoi principi, non è stata ben vista da queste riforme penali. Si pensa così a un consistente ridimensionamento della flessibilità in *executivis*, soprattutto ipotizzando un ventaglio di pene, anche alternative alla detenzione, stabilite in sentenza e sottratte alle modificazioni successive durante la esecuzione. Cosa rispondere a questa prima

obiezione? In linea di massima, che quella discrezionalità nella gestione della esecuzione della pena, è indicata dalla giurisprudenza costituzionale, della quale si deve – e sottolineo deve – tenere conto; in secondo luogo che le pene alternative in sentenza non hanno nulla a che fare con le misure alternative in esecuzione e non hanno nulla a che vedere con quella giurisprudenza, strettamente pertinente alla fase esecutiva; e, infine, che la discrezionalità della magistratura di sorveglianza non vuol dire arbitrio, ma deve essere ancorata solidamente agli strumenti che la legge appresta – che, se sono deboli nei fatti, come spesso accade, devono essere rafforzati.

Seconda obiezione. Non si crede più alla rieducazione attraverso la pena e alla c.d. ideologia trattamentale che la attua. E allora la Costituzione sbaglia nella affermazione dell'art. 27? Potrebbe anche essere. La Costituzione è del 1948 e può essere datata e il tempo che è seguito potrebbe avere reso inattuali quei concetti. Ma questa risposta non appare valida se si osserva che la Corte Costituzionale, nelle sue sentenze dei decenni successivi al 1948 e fino ad oggi, ha preso davvero sul serio l'art. 27, non lo ha affatto considerato superato e ha costruito su quello un sistema concettuale ed organizzativo di servizio alla finalità di reinserimento sociale. Questo è chiaro sin dalla sentenza 204/74 e poi nelle sentenze successive, dalla 343/87 a quelle seguenti fino agli ultimi anni. Di più: la Corte Costituzionale risolve proprio il problema che ci stiamo ponendo. Lo fa dove, nella sentenza 343/87, rileva la crisi della pena detentiva, “rivelatasi inadeguata a svolgere il ruolo di unico e rigido strumento di prevenzione generale e speciale”. Dunque, la Corte Costituzionale è consapevole che il carcere come strumento unico e rigido di prevenzione speciale, cioè di modifica delle scelte di vita delle persone e della loro conformazione alla legge, ha fallito. “Di qui la tendenza (scrive la Corte nella sentenza ora citata) a creare misure che, attraverso la imposizione di misure limitative – ma non privative – della libertà personale e l'apprestamento di forme di assistenza, siano idonee a funzionare ad un tempo come strumenti di controllo sociale e di promozione della risocializzazione.” Chiarito che la Corte traccia le linee di un sistema organizzativo di controllo-sostegno, si può dire che questo sistema realizza l'accompagnamento della persona al reinserimento sociale: non si tratta di strumenti di attuazione di una modifica soggettiva – l'apprensione dell'anima di cui parlava Foucault e che sostenevano gli antichi teorici del carcere – ma della compartecipazione – interessati e operatori – alla modifica della situazione oggettiva di inserimento sociale che l'interessato può realizzare. La Corte, quindi, costruisce, attualizzando le espressioni dell'art. 27, una nozione di rieducazione-risocializzazione-riabilitazione come finalità della pena, che si concreta nell'accompagnamento del condannato nel suo percorso di reinserimento sociale da parte di un sistema organizzato a tal fine.

Terza obiezione. Si è fatta strada l'idea che la pena vada difesa da certe interpretazioni troppo larghe del sistema delle misure alternative: ad esempio, quando la più ampia delle misure alternative, l'affidamento in prova al servizio sociale, può essere concessa senza passaggio dal carcere a chi risponde di un grave reato per il quale o sia stata inflitta una pena entro i tre anni o sia rimasto un residuo pena della stessa misura. E' una idea che tenta anche alcuni magistrati di sorveglianza e che porta a una sensibile riduzione della applicazione delle misure. Che cosa dire? Che non mi sembra rientri fra le funzioni della magistratura di sorveglianza quella di difendere la pena, di impedire che il contenuto di questa venga vanificato dall'intervento penitenziario. La funzione di tale magistratura è quella di gestire la esecuzione della pena entro gli spazi che la legge gli dà. Ovviamente, ci possono essere specifiche ragioni contrarie che riguardano la persona e la sua affidabilità (che comprende tutte le condizioni che l'art. 47, comma 2, indica), ma non si possono, io credo, addurre, invece, ragioni che contrastino con le previsioni della legge: come quella secondo cui, con la misura alternativa, vengono sanzionati troppo leggermente una certa condotta o certi tipi di individui e di autori. La difesa della pena è affidata alla legge e vanno rispettate le opzioni della stessa, che prevede la possibilità della misura alternativa in determinati casi. Né si può dire, come è stato detto, che certe misure alternative sono amnistiali e senza contenuto affittivo e vanificano, pertanto, la pena, perché, così dicendo, si rifiuta di capire la sostanza della misura, che è quella di produrre e seguire il percorso di reinserimento sociale della persona secondo le indicazioni e le prescrizioni previste dalla ordinanza di concessione. La mancata comprensione (o la mancata

fiducia) in questa sostanza della misura alternativa (quando c'è rappresenta una notevole limitazione all'esercizio della funzione) può indurre l'autonomato custode della pena a considerare, in certi casi, poco "penosa" la misura alternativa: ma, secondo me, in tale caso il custode della legge non applica la legge.

4. Le pene alternative in sentenza.

Nessuna contrarietà a che, in applicazione del principio della pena detentiva come *extrema ratio*, si ricerchi una nuova gamma di sanzioni penali non detentive. Mi preme, però, chiarire alcuni punti: e intanto alcune premesse.

La prima. Sui problemi, non pochi e non semplici, delle pene alternative, leggiamo, con la chiarezza disperante che merita, la attuale situazione italiana.

Risulta statisticamente che l'aumento della carcerazione è dovuto in modo assolutamente prevalente all'aumento della penalità e alla insistita gestione di tale aumento nei settori ben definiti della immigrazione, della tossicodipendenza e di altre criticità sociali. Tale aumento trova il suo culmine in tre leggi ben note – Bossi-Fini, ex-Cirielli, Fini-Giovanardi (che aggrava fortemente la già grave legislazione precedente sugli stupefacenti) – di cui occorre liberarci al più presto.

Va aggiunto che una caratteristica di queste leggi è l'assoluto disconoscimento del principio della pena detentiva come *extrema ratio*. L'uso della stessa è anzi costante ed ordinario. Il governo Prodi, che ha sostituito quello Berlusconi, autore delle leggi indicate, non è riuscito a modificarne nessuna (nonostante lo avesse nel proprio programma) ed è molto difficile pensare, col panorama politico odierno, che quelle leggi cambieranno nei prossimi anni. Si deve essere consapevoli che le nostre considerazioni su questi temi sono fortemente compromesse rispetto ai loro sbocchi concreti. Questa non è però una ragione sufficiente per rinunciare alla nostra riflessione.

La seconda premessa. Va posta in evidenza la differenza fra le pene alternative applicate in sentenza e le misure alternative applicate in esecuzione: si è già accennato a questo, ma si vuole essere più esaurienti. Le prime, le pene alternative, tengono essenzialmente conto del reato commesso e possono eventualmente cercare di cogliere l'atteggiamento dell'autore rispetto allo stesso. Le seconde, le misure alternative in *executivis*, hanno a disposizione il tempo successivo alla definitività della sentenza e la conoscenza del soggetto acquisita dagli organi competenti sulla sua evoluzione attuale e su quella delle sue relazioni sociofamiliari (eventualmente sperimentata anche con strumenti di prova come i permessi) e delle sue possibilità di inserimento sociale. L'oggetto principale delle prime è il reato, quello delle seconde è l'autore. Come si è accennato, la giurisprudenza costituzionale citata, limitata alla flessibilità in *executivis*, ha a che fare esclusivamente con le seconde. Infine, la concessione delle prime o non è assolutamente in grado di dire come la pena alternativa sarà attuata (quale inserimento familiare, sociale, lavorativo) o deve organizzare (e non è facile nel processo così come è) un sistema informativo apposito. Conclusione: strumenti diversi, che rispondono a problemi diversi e che funzionano in modo fortemente dissimile. Quando si dice, come si dice, che le misure alternative dovrebbero essere anticipate in sentenza per evitare le giurisprudenze eterogenee dei vari tribunali di sorveglianza e per evitare che la pena inflitta diventi, nella esecuzione, una cosa del tutto diversa: ebbene, quando si dice questo, io ho l'impressione che non si abbiano presenti le grandi differenze fra le due cose. E quando si parla della eterogeneità delle decisioni della magistratura di sorveglianza, bisogna fare un pensiero anche a quella dei giudici delle sentenze.

La terza premessa. C'è una finalità generale nella indicazione di pene alternative da applicare in sentenza: una gamma più ampia di sanzioni penali consente al giudice di colpire l'autore del reato nel modo più idoneo. Accanto a questa finalità generale, c'è però una finalità specifica: quella di rendere operativo il principio incontrovertito, anche in sede europea, che la pena detentiva deve essere la *extrema ratio*. E le pene alternative servono al giudice per non restare legato alla pena detentiva e per potere scegliere soluzioni alternative. Allora, la valutazione della

incisività ed efficacia del sistema di pene alternative dovrà partire dalla riduzione prodotta dell'area della carcerazione.

Ciò posto, riassumo i problemi.

Primo problema è quello della **previsione**. Gli interventi precedenti di pene alternative in sentenza sono stati sempre molto timidi. Se accadesse lo stesso, non produrrebbero l'effetto della riduzione della carcerazione. Le pene alternative a quella detentiva devono interessare una casistica nella quale vengono irrogate pene detentive anche significative, non corrispondenti però al principio della pena detentiva come extrema ratio. E' insito in questo principio che altre pene, diverse dalla detentiva, siano più pertinenti ed adeguate rispetto a certi fatti ed anche rispetto a certi autori. In linea di massima, le pene alternative dovrebbero essere previste come autonome e non rimesse alla scelta del giudice, inevitabilmente poco omogenea. Inevitabilmente, nei casi più rilevanti, si dovrà affiancare alla pena alternativa la pena detentiva e lasciare la scelta al giudice.

Secondo problema. Riguarda la **applicazione** della sanzione alternativa. Il problema è già stato accennato. Mentre la pena detentiva ha una struttura concreta e un sistema di servizio che la attua, la pena alternativa (almeno nelle ipotesi di cui si parla), richiede conoscenza della situazione individuale e un progetto di esecuzione corrispondente. Una messa alla prova, un periodo di lavori socialmente utili, un programma di riparazione sociale, ha bisogno di un progetto concreto attuabile e di una sede o agenzia che vi provveda. Chi raccoglierà gli elementi necessari di conoscenza e di progettazione? Come e quando?

Terzo problema. Riguarda la **gestione** di tali pene. Sarebbe logico che organi di gestione fossero gli stessi delle misure alternative in executivis, servizio sociale e magistrato di sorveglianza, necessario anche questo per eventuali autorizzazioni alle situazioni particolari che si verificano nella fase esecutiva di simili sanzioni. D'altronde, questo accade già per le sanzioni sostitutive della pena detentiva, previste dalla prima legge di depenalizzazione n. 689/81.

Quarto problema. Riguarda la **valutazione e la conclusione** di tali pene.

Se sono violate le prescrizioni esecutive della pena alternativa cosa succede? Si torna alla pena detentiva o no?

Per le sanzioni sostitutive di cui alla citata legge n.689/81 è già prevista la conversione in pena detentiva. L'art. 56 del D.l.vo 274/2000, sulla competenza penale dei giudici di pace stabilisce, per la violazione degli obblighi delle pene non detentive previste, la pena della reclusione fino a un anno. Ovviamente, in tali casi, la pena detentiva, cacciata dalla porta rientra dalla finestra. Diminuirà, in modo più o meno rilevante, l'effetto della riduzione dell'area della carcerazione.

Si potrebbe, però, studiare un sistema che eviti, in qualche modo e comunque, il ritorno alla pena detentiva. Potrebbe essere un sistema nel quale, in caso di violazione delle prescrizioni della pena alternativa, potrebbe essere attuato un rafforzamento delle prescrizioni o anche, nei casi più rilevanti, un allungamento della durata della sanzione, non superiore a un certo limite, che evitasse la conversione in pena detentiva. E questo sarebbe, penso, la scelta più logica quando la pena alternativa è prevista come unica sanzione e non in concorso alla pena detentiva.

Resta un problema finale. La nuova legislazione che prevede le pene alternative alla pena detentiva deve affrontare e risolvere i problemi indicati. Non può lasciarli alla attuazione pratica degli operatori, cosa che viene fatta spesso dal legislatore di questi tempi.

Ci siamo occupati fin qui di alternative alla pena detentiva, ma per una maggiore incisività sulla situazione carceraria, bisognerebbe pensare anche ad alternative alla custodia cautelare. Credo che, soprattutto bisognerebbe prevedere interventi cautelari diversi dalla detenzione in determinate materie: se l'affollamento del carcere è dovuto, come è dovuto, essenzialmente agli immigrati, ai tossicodipendenti, a persone in situazioni psicosociali critiche, occorrerebbe stabilire che, per una parte di questa penalità, che possiamo chiamare sociale, non si debba procedere all'arresto. Il che evidentemente non basta, in quanto dovrebbe corrispondervi ed essere disponibile un sistema di alternative di cura o di lavori di pubblica utilità o di impegni sociali, che potrebbero sostituire le attuali misure detentive. La cautelarietà non sarebbe offerta dalla massima esclusione del carcere, ma dalla ragionevole inclusione che può evitare il ritorno a condotte antiggiuridiche.

5. Aspetti concreti delle misure alternative.

Note varie sulle singole misure alternative

Alcune considerazioni sulle singole misure alternative della nostra legislazione e su un confronto fra le stesse.

La semilibertà non ha una particolare fortuna e continua a restare modesta sul piano dei numeri. Credo che il mantenimento dell'aggancio al carcere e all'ambiente che si riproduce anche nelle sezioni di semilibertà, specie in presenza di un'inevitabile separazione dagli operatori interni (non sempre compensata adeguatamente dall'interessamento degli operatori esterni), rappresenti un condizionamento negativo per il buon andamento del percorso di reinserimento. Un inconveniente di questa misura è che, per le pene più elevate, si arriva a durate della misura molto elevate, spesso di difficile sopportazione da parte di molti: l'alternarsi di momenti di libertà e di momenti di ripresa della restrizione (con le liturgie a cui il carcere non rinuncia), quotidiani e ripetuti per anni, rappresentano una situazione schizofrenica che non aiuta. Si dovrebbe ipotizzare, ma la nostra legge non lo consente, una progressione nel trattamento (accrescendo progressivamente gli spazi di libertà) che si dovrebbe concludere con il passaggio alla misura alternativa più ampia, che sarebbe logico identificare nella liberazione condizionale.

La liberazione condizionale è la misura alternativa che c'era quando non c'erano le misure alternative: era infatti, prevista dal codice penale fascista del 1930. Era allora di applicazione abbastanza rara, concessa dal Ministro della Giustizia. E' poi, divenuta, nel 1974, con sentenza della Corte Costituzionale – la già ricordata e fondamentale n. 204/74 – di competenza della A.G., prima della Corte d'Appello e, poi, dal 1986, del Tribunale di sorveglianza. Da qualche anno è di applicazione sempre più rara. In proposito, si possono fornire alcuni numeri. In tutta Italia, nel 2006: liberazioni condizionali concesse 21, respinte 373, dichiarate inammissibili 294. Le statistiche per la sola Toscana, temporalmente più complete, ci dicono: 2005: liberazioni condizionali concesse: 2; respinte 32; inammissibili 13; 2006: concesse 4; respinte 36; inammissibili 8; 2007, primo semestre: concesse 1; respinte 12; inammissibili 1. Sembra ormai considerata, dalla magistratura di sorveglianza, una concessione eccezionale, quando, proprio per questa misura, la sentenza costituzionale n. 282/89 (parte iniziale del n. 8 della motivazione in diritto) aveva affermato, nel quadro di un più ampio discorso: "...essere ammessi alla liberazione condizionale costituisce, per il condannato che si trovi nella situazione di cui all'art. 176, primo comma, C.p.,...diritto e non graziosa concessione". Cercare la ragione di questa posizione della magistratura di sorveglianza non è facile. Fa parte probabilmente del più generale irrigidimento della stessa magistratura, tanto più operante, specie se si coglie sullo sfondo delle campagne mediatiche nei casi di insuccesso, nelle situazioni che approdavano di norma alla liberazione condizionale, quelli, cioè, delle pene più elevate.

Una misura alternativa che ha preso notevole spazio è quella della detenzione domiciliare, che si presenta con una serie di sottospecie sempre più numerose. Fra l'altro, va ricordato che la detenzione domiciliare a termine può essere concessa nei casi di differimento della esecuzione della pena per gravi condizioni di salute o per gravidanza e puerperio (esteso fino a tre anni di età del figlio): in tali casi, la pena viene espiata in detenzione domiciliare, così che il differimento della esecuzione non si verifica. La detenzione domiciliare è una misura alternativa sui generis: alternativa, se si vuole, al carcere, ma non alla detenzione, perché si esegue in stato detentivo, con la previsione della evasione. E' possibile, però, che si caratterizzi di più come misura alternativa, quando il tribunale di sorveglianza o, dopo la concessione, il magistrato di sorveglianza, prevedono un orario di uscita dalla sede della detenzione (la "propria abitazione" o "altro luogo di privata dimora" o "luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza") per il soddisfacimento delle "sue indispensabili esigenze di vita", comprensive del lavoro o di programmi terapeutici o di reinserimento. Questi spazi, specie quando calcolati, nella concessione, in modo molto rigido e

ristretto, sono, però, la fonte di denunce per evasione, che non ne fanno una misura alternativa di facile gestione da parte degli interessati.

La misura alternativa principale resta l'affidamento in prova al servizio sociale, che è anche quella di gran lunga più diffusa. Anche qui si presentano nella pratica alcuni irrigidimenti della magistratura di sorveglianza, persuasa, così, di rendere la misura più conforme alla legge, mentre, a mio avviso, tali irrigidimenti rischiano di renderla meno efficace. Il primo irrigidimento è l'ampio ricorso alla prescrizione della permanenza notturna nella propria abitazione, che ha, fra l'altro, il corollario del controllo domiciliare da parte degli organi di polizia. A mio avviso questa non è una evoluzione, ma una involuzione della misura, in quanto fa emergere, nella dialettica controllo-sostegno – efficacemente descritta nella sentenza n. 343/87 della Corte costituzionale – un pericoloso rafforzamento del momento del controllo e notevoli rischi per la efficacia del sostegno. Un processo di reinserimento sociale è tanto più produttivo in quanto si svolge in un quadro di normalizzazione della vita propria e dei propri familiari: e la imposizione di orari e il controllo di polizia, fisiologicamente pesante, sono negativi per quel processo. Mentre è indubbio che, come accadeva in passato, si ricorra all'obbligo di permanenza notturna nella abitazione quando c'è alle spalle una vita disordinata (casi dei tossici o degli alcoolisti) che si deve cercare di regolarizzare, è improprio generalizzare questo obbligo, come, invece, si sta facendo. Il secondo irrigidimento è quello di inserire tra le prescrizioni della misura anche quella di risarcire il danno del reato: questo viene fatto con una interpretazione, più arbitraria che estensiva del comma 7 dell'art.47, che richiede, invece, che "l'affidato si adoperi, in quanto possibile, in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare". Mi sembra che inserire un obbligo di risarcimento vada del tutto al di fuori delle previsioni del citato comma 7, come mi sembra anche fuori tema quello di generici impegni di giustizia riparativa che vadano al di là dei rapporti con la vittima del reato.

Condizioni e condizionamenti nella concessione delle misure alternative

E' notorio che il sistema penitenziario è fortemente mancato negli aspetti trattamentali. Mentre la parte della istruzione si difende attraverso una significativa presenza della scuola esterna (che ha il suo apice nei poli universitari, in crescita rispetto ai primi del 1999-2000 a Torino e Firenze), manca il lavoro e soprattutto manca l'organizzazione interna cui spetta il compito di promuovere le attività di osservazione e trattamento previste dalla legge. Questo rende poco efficace la promozione delle misure alternative dal carcere, per cui le stesse rappresentano una quota molto bassa (20-30%) delle concessioni. Per i tossicodipendenti, la legge prevede facilitazioni alla ammissione a specifiche misure alternative legate a un programma terapeutico, ma, qui, alla scarsa efficienza degli operatori carcerari si aggiunge quella dei competenti operatori delle tossicodipendenze. Il risultato è che, in carcere, per effetto di tale scarsa operatività, si trovano molti che sarebbero ammissibili a misure alternative. La quota maggiore delle misure è, quindi, quella delle concessioni dalla libertà, previste dalla legge Simeone-Fassone-Saraceni (n. 165/98), in forza della quale, salvo eccezioni, la esecuzione delle pene definitive - ammissibili per la loro entità a misure alternative - viene sospesa e viene dato un termine ai condannati per richiedere ai tribunali di sorveglianza una delle misure previste dalla legge. Anche qui, comunque, vi è da rilevare che molte delle istanze sono respinte, talvolta anche perché gli interessati non si valgono della possibilità loro concessa o non hanno le risorse necessarie per concretarla: è chiaro che la parte maggiore dei richiedenti appartiene ai soliti gruppi in situazioni critiche, che non trovano l'appoggio necessario negli organismi sociali di aiuto, a loro volta privi delle risorse necessarie.

Una situazione, quindi, complessivamente non favorevole, sulla quale pesano poi le perplessità della magistratura di sorveglianza, di cui abbiamo parlato. Si è già parlato della pressione delle campagne mediatiche securitarie su questi magistrati e della scoperta di essere anche, diciamo così, i custodi della pena. Si rimanda alle osservazioni già fatte.

Ma al contempo sembra utile riepilogare quale dovrebbe essere considerata la funzione della esecuzione e, in specie, la funzione della magistratura di sorveglianza sulla traccia delle indicazioni costituzionali: i punti essenziali, ad eccezione del punto 6, sono ricavati alla lettera dalle varie sentenze costituzionali già citate.

1. E' riconosciuto, con riferimento all'art. 27, comma 3, della Costituzione, il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla legge ordinaria, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo (sentenza 204/74 Corte Cost.).

2. Il sistema normativo deve tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma predisporre anche tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle (sentenza n. 204/74 Corte Cost.).

3. A tal fine sono stabilite le misure alternative alla detenzione o di prova controllata, che, attraverso prescrizioni limitative, ma non privative, della libertà personale e l'apprestamento di forme di sostegno, siano idonee a funzionare ad un tempo come strumenti di controllo sociale e di promozione alla risocializzazione (sentenza n. 343/87 Corte Cost.).

4. Il funzionamento di tale sistema deve essere assicurato attraverso la creazione e il mantenimento di una organizzazione adeguata a svolgere le funzioni di controllo e di assistenza indicate nel comma precedente (v. sentenza n. 343/87 Corte Cost.).

5. Quando il giudice competente accerta che il condannato si trova nelle condizioni, legali e di merito, previste dalla legge deve ritenere venuta meno la ragione della prosecuzione della pena detentiva e disporre che la stessa prosegua in misura alternativa (sentenza n. 282/89 Corte Cost.). Questa rappresenta un intervento ordinario e necessario attraverso il quale la pena viene eseguita e tale rimane, anche nei casi in cui la legge ordinaria lo preveda nei confronti di persone in stato di libertà.

6. L'organo giudiziario competente agli interventi di cui al comma precedente è rappresentato dalla magistratura di sorveglianza. La funzione di questa consiste, pertanto, nella gestione dinamica della esecuzione della pena attraverso la utilizzazione degli strumenti ordinari previsti a tale scopo, rappresentati, prima, dalla promozione della redazione e della attuazione dei programmi di trattamento per la definizione dei percorsi di reinserimento sociale e dalla ammissione, poi, se ne ricorrano le condizioni, alle varie alternative alla detenzione, strumenti, tutti, rivolti al fine di tendere alla risocializzazione dei condannati e degli internati.

Il percorso di reinserimento sociale

Il percorso penitenziario, il suo svilupparsi, la sua finalizzazione, la reintegrazione sociale che si vuole favorire e realizzare nei confronti delle persone condannate o internate vengono bene in evidenza attraverso i punti suindicati.

Credo sia utile, a questo punto, la citazione di due altre sentenze costituzionali (già ricordate in precedenza tra quelle che confermano l'indirizzo della sentenza n.204/74), che riconoscono la rilevanza dello svilupparsi del percorso penitenziario ai fini del riconoscimento della ammissibilità ai benefici penitenziari dei condannati per delitti esclusi dagli stessi in forza del periodo iniziale del primo comma dell'art. 4bis: due sentenze, quindi, su un aspetto specifico, che indicano però la rilevanza di un aspetto generale.

Si tratta delle sentenze della Corte costituzionale n. 445/97 e n. 137/99, che dichiarano incostituzionale la inammissibilità dei condannati ora indicati e affermano che i benefici penitenziari della semilibertà (prima sentenza) e dei permessi premio (seconda sentenza) possono essere concessi a coloro che, prima della data di entrata in vigore della normativa preclusiva, "abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata" (vedi dispositivi delle due sentenze). Sono riconosciuti, quindi, il percorso della rieducazione, la crescita dello stesso, la

individuazione del livello raggiunto dal suo sviluppo e si riconosce a tutto questo la sostanza di una situazione acquisita, che le preclusioni dell'art. 4bis non possono colpire se non operando una "ablazione" dello sviluppo potenziale già avviato: ablazione che le due sentenze considerano incostituzionale. E la lettura delle motivazioni delle due sentenze chiarisce che la "adeguatezza del grado di rieducazione" si ricava dal programma di trattamento e della fase cui lo sviluppo dello stesso era pervenuto.

La nozione di percorso penitenziario coglie per il condannato una situazione in movimento, il contrario di quella situazione statica che può essere propria di molte ordinarie situazioni penitenziarie. Il dinamismo dei percorsi di rieducazione-risocializzazione-riabilitazione del condannato è una caratteristica essenziale, che evidentemente non si fa da sé. Va stimolata, indotta, costruita con la efficacia dell'intervento degli operatori. La indispensabile partecipazione del condannato non è un elemento acquisito in partenza. Ci può essere chi si orienta da subito in questa direzione e chi invece ha bisogno di vedere ciò che spesso non cerca e altrettanto spesso semplicemente non ha: e cioè: prospettive, possibilità, risorse sociali e anche, sovente, volontà e fiducia di riuscire.

Tutto questo lavoro riguarda la difficile "professionalità educativa" degli operatori, che, nella situazione di mancanza di risorse in cui gli stessi si sono mossi e tuttora si muovono, è stata spesso impedita. E' una necessità urgente l'apprestamento di quelle risorse, e va anche richiamata l'attenzione sulla esigenza della rete sociale, che rappresenta una sorta di alleanza per il reinserimento sociale fra i vari servizi e organismi pubblici e privati con i quali il lavoro degli operatori penitenziari si deve sviluppare.

6. Le misure alternative funzionano: e allora cambiamole.

L'area delle misure alternative: i casi di revoca, una ricerca sulla recidiva.

Non ho dubbi sul fatto che il sistema delle misure alternative, in tutte le sue varie fasi, dalla preparazione alla esecuzione, possa e debba essere migliorato. Ma va dato atto che non è da buttare via. Ha prodotto modifiche importanti della situazione penitenziaria così come è. Potrebbe migliorare la sua efficacia se si curasse l'evoluzione organizzativa e operativa di cui ha bisogno, non quella ideologica di cui non ha bisogno.

Riporto e ripeto alcune considerazioni già fatte in altre occasioni.

La crescita delle misure:- Sviluppo nell'ultimo decennio dell'area penale esterna, limitata all'indicatore più significativo, rappresentato dall'affidamento in prova al servizio sociale: la prima cifra è relativa agli affidamenti ordinari, la seconda a quelli in casi particolari:

1993: 4965 + 2704;

1998: 20176 + 7455;

2003: 23584 + 6883.

Alla fine del 2003 si parlava pertanto di più di 30.000 affidamenti in prova: alla fine del 2005 gli affidamenti in prova erano arrivati complessivamente a 32.000 circa. Per completare l'area penale esterna con le altre misure (detenzione domiciliare in primo luogo e semilibertà in secondo: le prime, a fine 2005, erano 14.000 circa, le seconde 3.500 circa) ci si avvicina a quota 50.000: i detenuti in esecuzione di pena alla fine del 2005 erano circa 37.000. Il carcere è già soffocato dal carico attuale: cosa accadrebbe senza misure alternative?

Va detto che la Amministrazione penitenziaria, dai dati statistici della quale ricavo quanto indicato, dovrebbe operare uno sforzo per consentire la comparazione del numero delle persone che eseguono la pena in carcere e di quelle che la eseguono in misura alternativa. I dati riportati non sono infatti omogenei. Quello relativo ai detenuti è ricavato dai presenti in carcere in un certo giorno, generalmente il 30/6 e il 31/12 di un dato anno. Quello relativo alle persone in misura alternativa è calcolato, invece, sui carichi di lavoro e, per un certo anno, il calcolo è operato attraverso la somma delle misure ancora in carico alla fine dell'anno precedente + le misure

sopravvenute nell'anno considerato. Il calcolo dei detenuti è ricavato dal numero delle presenze in un giorno dato, quello delle misure alternative non fornisce affatto questo dato, ma uno molto diverso e non comparabile. Si ritiene, però, che il livello informatico del DAP consenta oggi un calcolo omogeneo e quindi comparabile fra numero dei detenuti e numero delle persone in misura alternativa in un dato giorno, così che possa effettivamente valutarsi quanta parte della esecuzione della pena si fa in carcere e quanta in misura alternativa.

I casi di revoca:- Revoche misure alternative, calcolate nel primo semestre 2004, sempre con riferimento all'indicatore più significativo ed esteso, rappresentato dall'affidamento in prova al servizio sociale, con la distinzione specificata:

- affidamenti in casi particolari dalla libertà: 6,08 %;
- affidamenti in casi particolari dalla detenzione: 10,50%;
- affidamenti ordinari dalla detenzione: 3,09 %;
- affidamenti ordinari dalla libertà: 2%.

In particolare: le revoche per commissione di nuovi reati durante la esecuzione di tutte le misure alternative sono stati:

- per gli affidamenti in prova: 0,09%;
- per le semilibertà: 0,11%;
- per le detenzioni domiciliari: 0,19%.

Un documento recente del Dipartimento amministrazione penitenziaria dà un quadro complessivo delle revoche delle misure dal 1999, sempre relativo all'indicatore affidamento in prova, senza distinguere fra affidamento ordinario e affidamento in casi particolari.

Dai casi di revoca indicati nella ricerca si espungono quelli conseguenti alla intervenuta modifica della posizione giuridica, tale da determinare la cessazione (non si tratta di casi di revoca, ma di cessazione, come indicato dall'art. 51bis, O.P.). Precisato questo, si rileva che, dal 1999 al 2005, le revoche degli affidamenti in prova si sono mantenute a livelli inferiori o superiori di poco al 4% del totale degli affidamenti concessi (dal 3,85 del 1999 al 4,64 del 2005). I dati diversi da quelli riportati sopra per il 2004, nei quali si distingue fra i vari tipi di affidamento, dipendono dal fatto che gli affidamenti ordinari dalla libertà, con bassa percentuale di revoche, sono ampiamente i più numerosi.

Risultano anche, da questa ultima rilevazione e, si ripete, per i soli affidamenti in prova, le cause di revoca: quella ampiamente prevalente è l'andamento negativo della misura. È significativo che la revoca per commissione di nuovi reati durante la misura presenta valori irrisori: dallo 0,20% nel 1999 al massimo dello 0,29% nel 2000, scendendo allo 0,16% nel 2005).

La recidiva a seguito esecuzione pena in affidamento in prova e a seguito di esecuzione della pena in carcere:- Il documento cui si è accennato in precedenza è il risultato di una ricerca della Direzione generale della esecuzione penale esterna del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria. Lo stesso dedica una parte ad una interessante ricerca: la recidiva dopo la esecuzione in misura alternativa o dopo la esecuzione in carcere. Tale ricerca è stata condotta su 8.817 casi di affidamento, conclusi nel 1998 in tutta Italia. La stessa ha riscontrato che solo nel 19% (valore medio) dei casi vi era stata recidiva negli anni successivi al 1998 fino a tutto il 2005 e, quindi, per 7 anni. Parallelamente si è verificato, fra tutti gli scarcerati a fine pena nel 1998 (5772), non fruitori pertanto di misure alternative, che aveva recidivato il 68,45%. Incontestabile la maggiore efficacia delle misure alternative, con riferimento a questo indicatore decisivo di recupero rappresentato dalla mancata ricaduta nel reato.

Se si scende, poi, ad una ulteriore analisi dei casi di recidiva si vedrà che i valori cambiano notevolmente nei casi di affidamenti in prova in casi particolari per tossicodipendenti. Per questi:

nei casi di ammessi dalla detenzione (che rappresentano solo il 4% del totale degli affidati), i casi di recidiva salgono al 42%;

nei casi di ammessi dalla libertà (che rappresentano il 22% del totale degli affidati), la recidiva riguarda il 30%.

Per gli affidamenti ordinari - 20% del totale dalla detenzione e 48% del totale dalla libertà - la percentuale di casi di recidiva è molto inferiore e contribuisce (insieme agli affidati militari: solo il 6% del totale, ma con recidiva del 5%) al valore finale riferito sopra: per i primi è il 21%, per i secondi (quasi la metà del totale complessivo) il 17%.

Si può citare anche una ricerca precedente, molto più limitata nella casistica, ma sostanzialmente simile nei risultati. Si tratta di una ricerca sulla recidiva nei cinque anni successivi alla conclusione della esecuzione dell'affidamento in prova su un campione di 152 soggetti, due terzi dei quali tossicodipendenti (parte ammessi alla misura particolare e parte ammessi alla misura ordinaria, ma con specifico programma terapeutico con SERT o comunità). La ricerca, denominata MISURA, è stata svolta dall'Università di Firenze, in collaborazione con il Provveditorato regionale della amministrazione penitenziaria della Toscana e con i Centri Servizio sociale adulti di tale regione.

La ricerca ha portato a queste conclusioni. Nei 152 casi di affidamenti, ordinari e terapeutici, eseguiti presso i Centri servizio sociale adulti toscani sono ricaduti nel reato, nei cinque anni successivi alla conclusione della prova, 34 soggetti, dei quali 28 tossicodipendenti e 6 estranei a tale condizione. La ricerca sinteticamente ha verificato:

che la ricaduta nel reato, fatte le proporzioni fra gli affidati con problemi di tossicodipendenza e coloro senza tali problemi, oscilla fra il 27% , per i primi, e il 12%, per i secondi: quindi con l'esito positivo, della non ricaduta nel reato, nei cinque anni successivi alla conclusione della prova, oscillante fra il 73% dei primi e l'88% dei secondi;

che la grande maggioranza dei soggetti esaminati provenivano da lunghe storie di devianza penale (pluri-recidivi), che il passaggio dalla misura alternativa ha interrotto nei casi di successo percentualmente elevati sopra indicati;

che le statistiche fornite sulla ricaduta nel reato di coloro che espiano la pena in carcere (la ricerca non aveva un proprio campione di confronto) è stimata, per ricerche precedenti, nell'ordine del 75% circa: non ricadono nel reato, pertanto, solo il 25% dei soggetti (nella ricerca citata prima la recidiva di chi espia la pena in carcere è misurata nel valore, non molto dissimile, del 68,45%);

che il problema più rilevante resta indubbiamente quello dell'intervento sulla tossicodipendenza, ancora molto incompleto e da potenziare in ordine alla idoneità dei programmi terapeutici esterni e alla preparazione dell'adesione agli stessi degli interessati.

Non sono molto diversi i risultati di altra ricerca, più recente, limitata alla Toscana (v. E.Garosi, in "Ordine e disordine", Regione Toscana e Fondazione Michelucci, 2007, pg. 181).

Credo si possa affermare conclusivamente che le cose vanno bene. Ma, si vede che questo non è sufficiente. C'è, infatti – lo vedremo subito dopo – chi ha voglia di cambiare.

Come peggiorare ciò che funziona bene.

E' stato rifinanziato un progetto di uso del braccialetto elettronico per controllare persone detenute in arresti domiciliari o in esecuzione di pena. Riguarderà la sola città di Milano e interesserà fino a 400 persone. Di questa forma di controllo si parlò nel 2000, arrivando a inserire, nel Codice di procedura penale, l'art. 275bis e nell'Ordinamento penitenziario il comma 4bis dell'art. 47ter, previsioni legali di questo strumento di controllo (d.l.24/11/2000, conv. nella L.19/1/2001, n. 4). L'esperienza non fu brillante. Non ebbe una grande estensione e si concluse dopo meno di due anni, venendo abbandonata senza rimpianti e lasciando lo strascico del mancato pagamento, da parte dello Stato, della ditta straniera fornitrice del servizio. Si obiettò, inutilmente, allora che le esperienze europee riguardavano pene minime, casi nei quali (per alcoolisti o tossici) occorreva normalizzare i tempi di permanenza a domicilio e, soprattutto, che doveva essere sempre accompagnata da servizi di socializzazione. Nel nostro paese, si pensava, invece, ad un controllo permanente, che avrebbe impedito a chiunque, anche con posizioni pesanti, di commettere nuovi reati. Evidentemente, o per ignoranza o perché gli affari sono affari, si torna a credere nei miracoli.

Ma questo non è il peggio, che è invece rappresentato dal progetto, già partito, di impegnare reparti di Polizia penitenziaria (cioè del corpo di polizia che svolge attività di sorveglianza in carcere) nel controllo delle misure alternative. La cosa paradossale è che i sindacati della Polizia penitenziaria lamentano da sempre la insufficienza dei loro organici (che sono peraltro più consistenti di quelli di altri paesi europei, così che è ragionevole pensare che gli operatori non siano utilizzati nel modo migliore), ma hanno chiesto loro stessi questo nuovo impegno, palesemente estraneo alle loro funzioni. In particolare, si può osservare: che, per la semilibertà, modalità di esecuzione della pena detentiva in stretto rapporto col carcere, la funzione di controllo della polizia penitenziaria è già esistente; che, per la detenzione domiciliare e la liberazione condizionale, le attività di controllo rientrano già nelle funzioni degli organi di polizia ordinari, sulle quali la polizia penitenziaria si sovrapporrebbe; che restano gli affidamenti in prova, per i quali la legge prevede che il servizio sociale apposito svolga e le funzioni di controllo e le funzioni di sostegno. Talvolta, non previsti dalla legge, svolgono funzioni di controllo, particolarmente sulla permanenza notturna a domicilio, organi di polizia ordinaria, con modalità inevitabilmente invasive. Dell'ulteriore e necessariamente sistematico controllo di un reparto di polizia penitenziaria, che agirebbe, d'altronde, proprio presso gli UEPE – Uffici esecuzione penale esterna, il servizio sociale penitenziario, appunto – non ce ne era bisogno. Il problema, però, è che questo controllo non è superfluo, ma è dannoso e avvia un processo di mutamento della misura alternativa: si compromette la sua sostanza tipica che è quella di sostenere e attuare il reinserimento sociale degli affidati in prova.

E, infatti, le due attività – sostegno e controllo del Servizio sociale e controllo di organi di Polizia – hanno oggetti diversi. La prima ha ad oggetto il sostegno ad un processo di reinserimento sociale della persona, nel quale osservanze e inosservanze su singoli aspetti vanno valutati nel quadro dello sviluppo del detto processo. L'attività di polizia rileva solo gli aspetti della inosservanza delle singole prescrizioni. La prima realizza un controllo sostanziale sulla evoluzione di un processo, cui si dà anche sostegno e che sovente si è concorso a costruire con la collaborazione dell'interessato. La seconda realizza un controllo formale, che ignora l'importanza delle singole inosservanze ed è disinteressato alla evoluzione del processo.

Concludo: le due attività hanno anime opposte: l'aiuto per il servizio sociale e il contrasto per la polizia. Da qui differenze di specificità professionale che incidono sul fare degli operatori delle due organizzazioni.

Ma se l'intervento di polizia è operato da quella penitenziaria, un cui reparto è collocato presso gli UEPE – così in concreto stanno andando le cose – vi sarà un problema ulteriore: quello della convivenza di due gerarchie – quella UEPE e quella P.P. – e sarà inevitabile che l'una confligga con l'altra. Quali le modalità e i tempi dei controlli, saranno effettuati in divisa o in borghese, quale ne sarà il livello di invasività, anche tenendo conto che sovente coinvolgeranno una famiglia? Chi deciderà su questi punti? A chi saranno segnalate le trasgressioni? Come interloquirà il Servizio sociale presso la magistratura di sorveglianza dopo gli interventi della Polizia penitenziaria?

E' il caso di ipotizzare gli effetti di tutto questo. Prescindo da quanto detto circa la creazione di conflittualità negli UEPE, dove non c'era. Cerco di capire cosa succederà delle misure alternative. Il controllo sugli aspetti formali diverrà più rigido, non migliore, più attento alle osservanze di prescrizioni specifiche, meno in grado di conoscere come va il rapporto con il lavoro, con la famiglia, con le relazioni sociali. Il decreto interministeriale (appare anche il Ministero dell'interno) che regola l'operazione, chiarisce che ciò che va verificato è "il rispetto degli obblighi di presenza in determinati luoghi e tempi": il che renderà inevitabile che vi siano prescrizioni in tali sensi, in molti casi del tutto superflue. E' il risultato di tutta questa complessa operazione. Una misura i cui indicatori sostanziali sono favorevoli (penso sempre all'affidamento in prova), potrà andare incontro alla revoca per violazioni singole e poco significative proprio perché restano in seconda linea gli indicatori sull'andamento complessivo, cioè sui progressi che l'affidato ha fatto nel suo percorso di risocializzazione. I singoli accertamenti sulla "presenza in determinati luoghi e

tempi” portano a valutazioni fiscali, al disinteresse per le eventuali giustificazioni del lavoratore o dello stesso datore di lavoro.

Concludo: ciò che aumenterà non sarà la qualità nella esecuzione delle misure, ma al contrario aumenteranno le revoche delle stesse. Con il risultato che aumenteranno le persone che espiano la pena in carcere, dove la recidiva, dopo la fine pena, è da tre a quattro volte superiore a quella di chi porta in fondo l’affidamento in prova.

E’ bene ricordare Wacquant e ciò che ha scritto sulla parabola della misura alternativa del *parole* negli Stati Uniti. Gli operatori in passato uscivano dalle scuole di servizio sociale, oggi da scuole di giustizia criminale e apprendono tecniche di polizia e uso delle armi. Sono sempre di più le revoche delle misure alternative e i rientri in carcere. La misura alternativa da “trampolino” verso la inclusione è diventata una “trappola” verso la esclusione. L’efficacia delle misure alternative sta crollando. Siamo sulla buona strada anche noi.

7. Dimensione sociale e dimensione giuridica delle misure alternative.

La dimensione sociale.

Con le considerazioni che seguono cerco di ampliare il tema che solo molto parzialmente è emerso nella questione appena esaminata, quella della Polizia penitenziaria negli UEPE per il controllo sulle misure alternative.

Ritengo utile muovere dalla rilevazione di una dinamica sociale generale: quella dell’abbandono dei vecchi e grandi contenitori di accoglienza delle persone in situazioni di disagio. Si può leggere così il venire meno del manicomio, a cui si accompagnano il venire meno del ricovero per anziani e per persone non autosufficienti, dell’orfanotrofio e di altre simili istituzioni. Questo processo si chiama deistituzionalizzazione. Certamente non si può dire che il carcere venga abbandonato, anzi sta andando incontro ad una stagione di straordinaria fortuna – viene anche avanzata l’ipotesi che stia diventando il contenitore generale di tutto il disagio e di tutte le povertà, assorbendo anche le funzioni già svolte dal manicomio – ma le misure alternative alla detenzione hanno pur sempre la funzione di ridurre l’estensione del carcere, anche in presenza della inesorabile crescita dello stesso. In questo senso le alternative alla detenzione incontrano e seguono le ragioni e i modelli di tutte le altre deistituzionalizzazioni.

Due sono stati gli aspetti di questo processo. Il primo è il rifiuto di quei contenitori come patogeni, come determinanti situazioni di non-vita. Il secondo aspetto è complementare al primo: se si rifiuta la struttura come patogena, diventa necessario un intervento organizzativo diverso, nel quale la presa in carico della persona si accompagna alla sua libertà e al conseguente confronto con tutti i suoi problemi: di salute psichica e fisica, di inserimento sociale in tutti i suoi aspetti, comprese le sue tensioni e le difficoltà delle relazioni con gli altri: in una parola della sua vita. La nuova organizzazione dell’intervento, anziché patogena, come la struttura chiusa, protegge la vita possibile ed entra in contatto con tutti i suoi problemi.

Con la inevitabile conseguenza che gli operatori di tali misure verranno essi stessi a contatto diretto con le persone e con le loro relazioni e i loro ambienti di vita. Questo avviene per tutti quelli che potremmo chiamare “ambulatori del disagio”, come i centri di igiene mentale, i servizi ambulatoriali per le tossicodipendenze, i servizi sociali aperti alla varia umanità che non può soddisfare le sue indispensabili esigenze di vita. Anche i Centri di servizio sociale adulti, oggi chiamati UEPE, presentano gli stessi problemi. La vita che viene resa possibile, attraverso la esecuzione della pena fuori dal carcere, ritorna, per così dire, sugli operatori di tali centri con i problemi e anche con le tensioni e i timori che può suscitare. Le strutture per altre situazioni di disagio presentano una organizzazione articolata di operatori principali e ausiliari. Nei centri di servizio sociale manca questa organizzazione articolata, ma la loro situazione richiede una operatività complessiva che vede la esigenza di un affiancamento agli operatori principali e unici –

gli assistenti sociali – di altri operatori ausiliari, omogenei agli stessi, che svolgono insieme una serie di funzioni: di protezione, assistenza, accompagnamento e integrazione del controllo.

Preciso che queste conclusioni valgono essenzialmente per la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale. Gli operatori ausiliari di cui ho parlato devono essere, come detto, omogenei al Servizio sociale che gestisce la misura e questo perché è essenziale che l'operatività resti sempre finalizzata alla doppia funzione di aiuto e controllo e non si scinda e non si separi, rispetto all'una e all'altra funzione, fra operatori principali ed ausiliari. E si noti che le funzioni degli ausiliari di cui ho parlato sono molte – protezione, accompagnamento, integrazione del controllo, tutte praticabili, secondo le necessità, nel quadro di una organizzazione unitaria – mentre, gli operatori ausiliari eterogenei agli UEPE - la Polizia penitenziaria, nell'operazione descritta in precedenza - sono pensati essenzialmente per lo svolgimento di una sola funzione, quella di controllo degli affidati, e non di tutte quelle altre funzioni di affiancamento, di protezione e di accompagnamento, indispensabili per integrare e sostenere il lavoro degli operatori principali di servizio sociale.

Mi viene il dubbio che questo discorso di inquadramento generale possa sembrare ozioso. Credo non lo sia. E per due ragioni. La prima è quella di individuare la filosofia dell'intervento sociale di deistituzionalizzazione e di coglierne, da un lato, la critica alle istituzioni chiuse (patogene o, nel caso del carcere, criminogene) e, dall'altro lato, di porre la persona, i suoi problemi e, complessivamente, la sua vita al centro della attenzione sociale. La seconda ragione è quella di cogliere, nella operazione che si vuole compiere - Polizia penitenziaria negli UEPE - un modo di sottrarsi a quella filosofia. Se l'affidamento in prova al servizio sociale libera la vita delle persone che ne fruiscono, è ovvio che deve accettare anche – credo sia possibile capirmi – le imperfezioni e le irregolarità, che sono affidate ad una funzione di mediazione del Servizio sociale (e del tipo di operatività che gli è proprio) per agevolare e sostenere la socializzazione delle persone. L'idea che sottostà alla operazione discussa della Polizia penitenziaria negli UEPE (prescindendo dalle motivazioni contingenti, probabilmente decisive) è che ci sia bisogno di disciplinare la vita, di non accettarne irregolarità e imperfezioni, cioè di negarla. E, se vogliamo, l'operazione, si voglia o non si voglia, ha un potente significato simbolico: una parte significativa del carcere esce dal carcere ed entra nelle misure alternative. Senza fare giudizi temerari, la istituzione, negata dalle misure alternative, regola i suoi conti.

La dimensione giuridica.

Ci si deve riportare alla indicazione normativa dell'art. 13, comma 2, della Costituzione, che dispone: “Non è ammessa forma alcuna di detenzione...né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato della autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.” Da questi principi discende che, con riferimento specifico alla esecuzione della pena, viene affermato il carattere della sua tipicità: la detenzione o qualsiasi altra restrizione personale vanno disposti dalla autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. Sottolineo che anche i modi devono essere quelli previsti dalla legge.

Le modalità di esecuzione della pena detentiva sono quelli che la legge prevede e sia il codice penale che la legge penitenziaria chiariscono questi modi. Ma la esecuzione della pena detentiva si svolge anche attraverso le misure alternative e anche per queste le modalità sono previste dalla legge: a queste modalità bisogna attenersi.

Ora, se ci si concentra e ci si limita (come necessario per ragioni di tempo e di spazio) alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, l'art. 47 dell'Ordinamento penitenziario prevede precise modalità esecutive: cioè, modi di esecuzione tipici. L'A.G. rappresentata dal tribunale di sorveglianza stabilisce le prescrizioni, che devono rispondere ai fini indicati nel comma 2 e i cui contenuti sono indicati nei commi 5, 6 e 7. Definita quindi la misura, anche nei suoi contenuti prescrittivi, le modalità della sua esecuzione sono dettate dall'art.47 e vedono unico protagonista il Servizio sociale: lo stesso controlla e aiuta l'affidato, “anche

mettendosi in relazione con la sua famiglia e con gli altri suoi ambienti di vita” (comma 9); lo stesso riferisce periodicamente sul comportamento dell'affidato e, se questo sarà incompatibile con la esecuzione della prova, la misura sarà revocata (commi 10 e 11); anche il giudizio finale sull' "esito positivo del periodo di prova" si muoverà dalle relazioni del Servizio sociale, che confluiranno nella relazione finale (comma 12).

Il nome stesso della misura alternativa – affidamento in prova al servizio sociale – dimostra il ruolo esclusivo di questo nella gestione della misura, la rilevanza qualitativa e specifica del rapporto tra affidato e affidatario. Da qui due distinte considerazioni.

La prima torna ancora sul tema dell'intervento della Polizia penitenziaria nei Centri di servizio sociale, denominati ora UEPE. La partecipazione di altri organi, particolarmente di organi eterogenei, fornitori non di un servizio, ma di un controllo (di polizia), altera le modalità esecutive della misura, ma soprattutto è estraneo alla sua tipicità, quale prevista dalla legge. E si noti che l'alterazione di questa tipicità è già realizzata anche dagli interventi degli organi di polizia ordinari, quando gli stessi attuino un sistema di controllo (indebito per quanto detto), anziché il contrasto in presenza di una attività criminosa attuale (che sarebbe consentito e debito).

La seconda considerazione riguarda i limiti che la stessa magistratura di sorveglianza deve rispettare: non è data alla stessa una sorta di autonomia creativa. I limiti sono dati dalle indicazioni contenute nell'art. 47 O.P.. Sotto questo profilo, intanto, la magistratura di sorveglianza che coinvolge o ha coinvolto, in singoli casi, organi di polizia nella gestione delle prescrizioni va al di là dei suoi poteri ed altera la tipicità (costituzionalmente dovuta) delle modalità di esecuzione dell'affidamento: sia che si limiti ad attribuire agli organi di polizia funzioni di controllo sulle prescrizioni affidate alla gestione del servizio sociale, sia che aggiunga prescrizioni specifiche: ad es.: presentazioni periodiche o meno a organi di polizia, che stabiliscono un rapporto diretto fra l'affidato e tali organi. Si noti che gli esempi non sono di scuola, ma fanno riferimento a casi concreti e non tanto rari. Si può osservare che, tra le indicazioni del Dipartimento della Amministrazione penitenziaria per l'attuazione dell'operazione "Polizia penitenziaria negli UEPE", si prevede che il controllo di tale organo di polizia negli affidamenti in prova possa essere disposto proprio dalla magistratura di sorveglianza. Questa, a mio avviso e per quanto detto, non ha tale potere.

E il discorso potrebbe essere più ampio e comprendere anche alcune prescrizioni non previste dall'art. 47, come quella concernente il risarcimento del danno o anche altre, riferibili ad un'ampia nozione di giustizia riparativa, delle quali dovrebbe essere calcolata la compatibilità con le altre prescrizioni attinenti agli impegni di lavoro e sociofamiliari: al riguardo, il comma 7 dell'art. 47 andrebbe, sì, applicato, ma con cautela.

Ci sarebbe da toccare, infine, un altro tema. Come si dice che ogni carcere è una repubblica a sé – e non dovrebbe essere così – non si dovrebbe potere dire che ogni tribunale o ufficio di sorveglianza, per una sorta di attrazione penitenziaria, diventa una repubblica a sé. Non è una battuta. Mi è capitato di riscontrare che, in certe sedi di sorveglianza, all'arrivo di un affidamento in prova da un altro ufficio, il magistrato provvede subito a sostituire le prescrizioni contenute nella ordinanza ammissiva di altro tribunale di sorveglianza con prescrizioni doc del suo ufficio. E' vero che, ai sensi del comma 8 dell'art. 47, ha competenza a effettuare le modifiche, ma credo che non sia sufficiente la sua visione personale delle cose a motivare le modifiche.

8. Conclusioni.

L'associazione degli avvocati democratici europei ha raccolto rapporti dai vari paesi europei sulla situazione penitenziaria. Sono diversi i toni, fino al rapporto dal Belgio che parla della disumanizzazione delle prigionie e della disumanizzazione della giustizia penale, sempre più severa e, letteralmente nel rapporto, feroce. La situazione di crescita dei detenuti e del sovraffollamento delle prigionie è comune a quasi tutti gli stati europei. Tra questi, l'Italia, a metà 2006, aveva superato i 62.000 detenuti, cifra mai raggiunta prima, fu concesso un largo condono (poi

disapprovato da tutti, compresi coloro che avevano votato per la concessione), i detenuti scesero a 37.000, oggi sfiorano già i 50.000, con un trend di crescita di circa 1000 al mese. Il giudizio del CPT (Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti) del Consiglio di Europa ha affermato chiaramente che far vivere i detenuti in una situazione di sovraffollamento è realizzare un trattamento disumano e degradante, che deve essere censurato dal CPT. D'altronde, la disumanità si potrebbe sostenere che è la filosofia di un sistema penitenziario che ha come scopo di "punire la povertà" per ripetere un giudizio già riportato e spiegato.

Nel cammino verso Babele che segna questi nostri tempi è difficile dire dove andiamo a finire. Si sono viste la ben nota situazione degli Stati Uniti, la situazione della Francia nella descrizione di Wacquant, quella dell'Italia, fra le luci delle sentenze costituzionali e il buio fitto delle leggi riempicarceri del governo Berlusconi, passate intatte attraverso la esperienza Prodi, ormai conclusa. Anche l'Europa, attraverso l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa, predica bene, ma nei singoli Stati razzola male.

Questo convegno è organizzato dagli Avvocati europei democratici. Penso che sia la sede giusta che esprime la consapevolezza che la materia penitenziaria interessa la democrazia. Che uno stato, e quale stato, come gli USA, abbia, tra gli adulti residenti, una persona su tre in esecuzione di una pena, o in carcere o in misura alternativa, ha tutta l'aria di essere una questione di democrazia e di esserlo tanto di più nel momento in cui la cosa non sembra inaccettabile. Anzi: quella politica penitenziaria fa scuola nel vecchio continente: imperversano le teorie delle "finestre rotte" e della "tolleranza zero": se credete leggete lo smontaggio che ne fa Wacquant (nel libro già citato, pg. 257, per le "finestre rotte" e pg. 248, per la "tolleranza zero" della New York di Rudolph Giuliani), rilevando la inconsistenza di questi miti securitari mondiali, come li chiama. E, per renderci conto, di cosa comporta la "certezza della pena", citata con disinvoltura a destra e a sinistra, ricordiamo che fu uno dei discorsi di partenza della carcerazione di massa negli Stati Uniti. Un'altra parola, "sicurezza", le legittima tutte, nonostante la sua ambiguità. Ma sembra proprio che si vada verso Babele, anziché cercare un necessario ritorno alla ragione. E il senso di umanità che deve caratterizzare le pene, secondo la nostra Costituzione? Non fa più audience.

A.Margara

Prof. Luigi Ferraioli: E' ancora necessario oggi il carcere?

Voglio inanzitutto ringraziare gli organizzatori del convegno e l'Avv. Gil Matamala, per avermi invitato a tenere questa prima relazione, che è intitolata con questa domanda assolutamente inattuale e provocatoria “*è ancora necessario il carcere?*”, una domanda provocatoria e proprio per questo feconda, dato che immediatamente è in grado di mettere in questione la triste terribile realtà delle istituzioni carceraria in Europa; una domanda, *è ancora necessario il carcere*, che mi ha riportato ancora indietro negli anni, agli anni 60/70, del secolo scorso, allor quando questa domanda si confondeva o comunque si sovrapponeva ad un'altra domanda ancor più radicale, “è necessaria la pena.”?

Erano gli anni della fortuna delle dottrine abolizionistiche, sia nella filosofia del diritto penale, che nella sociologia del diritto penale e quando molti filosofi e sociologi del diritto si interrogavano su questa seconda violenza, così veniva chiamata, che si aggiunge al delitto, fosse in grado di ridurre i delitti, avesse una qualche utilità al di fuori e al di là delle sue funzioni di stabilizzazione sociale e delle sue funzioni simboliche.

Dico subito che personalmente io ho sempre rifiutato e contestato come utopia regressiva l'illusione di una soppressione della pena dal diritto penale, e ho sempre insistito sulla necessità di distinguere tra la prospettiva non auspicabile della soppressione del diritto penale in quanto tale, dalla prospettiva viceversa auspicabile, e io credo che sia realizzabile, sia pure nei tempi lunghi, di una soppressione del carcere come pena.

Si tratta di due questioni diverse, ricordo che ebbi in occasione di coniare la formuladi “diritto penale minimo” in alternativa ed in polemica, in occasione di un convegno che si svolse a Barcellona circa 25 anni fa, in polemica con le posizioni abolizionistiche; sostenendo che fino a che esisterà una reazione al delitto e alla violenza, questa reazione deve avvenire in forme giuridiche, limitate, vincolate e garantite a tutela per l'appunto, inanzitutto dell'imputato, è il diritto penale minimo.

La vera utopia, l'alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in assenza del diritto penale, e l'ipotesi di una abolizione del diritto penale in particolare, equivale purtroppo all'ipotesi di una regressione allo stato di natura, alla legge del più forte, o a società disciplinari, in ogni caso a società illiberali o comunque fondate sul dominio del più forte, ma questo vuol dire che il diritto penale, la pena si giustifica se e solo se non soltanto è in grado di prevenire i delitti, ma soprattutto è in grado di prevenire le punizioni eccessive, in altre parole se è in grado di minimizzare la violenza sociale e complessiva formata dai reati e dalle punizioni, se è in grado di garantire contro l'errore e contro l'abuso, e dunque se soddisfa non uno scopo giustificante, come nelle dottrine tradizionali e cioè la prevenzione dei delitti, ma anche se minimizza, appunto, le reazioni e i delitti e quindi le punizioni ed è in questo senso che il diritto penale minimo, comunque le dottrine di giustificazione del diritto penale che si richiamano a questa prospettiva, funzionano come dottrine non tanto e non solo di legittimazione ma anche di delegittimazione degli eccessi punitivi.

Il modello garantista è precisamente un modello di delegittimazione degli arbitrii, degli abusi e degli eccessi, ed è alla luce di questo modello che è ormai fatto proprio da tutte le costituzioni, dai principi che sbanderiamo come valori dell'occidente, che dobbiamo misurare la legittimità, la sostenibilità razionale di quella deriva, che veniva appunto ricordata da Ezio Menzione nella sua introduzione, in forza della quale oggi stiamo assistendo ad una crescita esponenziale della carcerazione che si manifesta in una carcerazione di massa della povertà, che colpisce, direi quasi esclusivamente, tossicodipendenti,

immigrati clandestini persone povere e che arrivata negli Stati Uniti, (sono cose che tutti sappiano, ma che dobbiamo ricordare), a cifre incredibili, due milioni e mezzo di detenuti, che rappresentano sette volte la cifra dei detenuti negli anni '70 negli Stati Uniti, il numero dei detenuti era di circa 350 mila, oggi arriviamo a 2 milioni e mezzo, e un fenomeno non di queste proporzioni, ma un fenomeno analogo, si è verificato anche in Europa.

I rapporti che ci sono stati allegati documentano che in tutta Europa abbiamo avuto in questi anni un aumento che, considerando la media dei diversi paesi, può essere considerato il raddoppio del numero dei detenuti. In Spagna siamo passati dai 24 mila detenuti dell'88 ai 64 mila detenuti del 2006, nei paesi bassi da 4 mila a 16 mila, in Inghilterra dai 51 mila di dieci anni fa ('95) agli 80 mila nel 2007, e lo stesso è avvenuto in Italia, nonostante la riforma carceraria e i benefici introdotti dalla legge Gozzini, che avrebbero dovuto mitigare la durezza e la durata del carcere.

In Italia il numero dei detenuti, che negli anni '70 non superava i 30mila, è arrivato a 60mila prima dell'indulto, poi si è ridotto ed ora è tornato ad essere di 50mila, e allora la domanda, *è necessario il carcere?* ci impone di riflettere sul modello, *il paradigma* del diritto penale quale è stato impostato dalle odierna politiche securitaria, e ci impone di ricordare alcune massime illuministe, in tema sia di legittimazione della pena che di efficacia deterrente della pena.

Montesquieu scriveva che la civiltà di un paese di misura dalla mitezza delle pene, paesi barbari ed arretrati avranno bisogno di pene dure, severe ed atroci ed un paese progredisce e si civilizza via via che rinuncia alla crudeltà dei supplizi e delle pene, e quel trapasso avvenne per l'appunto nel '7-800 con l'abbandono dei supplizi e l'introduzione della pena carceraria, ed è un trapasso rispetto al quale oggi stiamo vivendo una regressione che è una regressione per l'appunto di civiltà. A sua volta Beccaria aggiungeva che non è certo la severità delle pene, ma è la loro prontezza la loro fondatezza, in altre parole il sistema di garanzia che l'accompagna, il principale freno ai delitti, l'eccesso delle pene viceversa produce nel senso comune, a cominciare nella pena di morte, una squalificazione dei beni e dei diritti fondamentali che sono per l'appunto lesi, violati dai delitti, propone una squalificazione pubblica di questi beni, quando lo Stato, quando le istituzioni danno prova di crudeltà, alimentano la crudeltà sociale, è un fattore per così dire di interazione; la crudeltà e la severità delle pene, diceva Beccaria, alimentano la durezza della violenza dei consociati, e allora per quanto possa sembrare inattuale, e proprio perchè inattuale, proprio difronte a questa regressione che si sta manifestando in questo aumento esponenziale di carcerazione e al tempo stesso inasprimento delle condizioni di vita dei detenuti, in particolare in carceri come appunto Guantanamo, o le carceri segrete di cui gli Stati Uniti hanno cosparso il mondo, carceri di cui non conosciamo l'esistenza, o anche in tanti carceri in cui l'oscurità, l'opacità che è propria di questa istituzioni è totale per sua natura, è chiusa, proprio questa opacità alimenta le violazioni dei diritti.

Proprio difronte a questa regressione è necessaria una battaglia di ragione in grado di indicare le linee razionali quanto meno di una minimizzazione della pena carceraria e quindi inanzitutto per quel che riguarda l'Italia.

L'Italia ha una vergogna specifica che è l'ergastolo, sono anni che si parla di abolirlo, è stata perfino votata dal parlamento una mozione circa 20anni fa, ma il parlamento anzichè fare le leggi, appunto, si è compiaciuto di deliberare una mozione a favore della soppressione del carcere che avrebbe dovuto con la stessa maggioranza sopprimere il carcere perpetuo, quindi, fine pena mai, che è in contrasto con tutti i principi costituzionali, la dignità della persona, è una morte civile, che è in contrasto con il principio della rieducazione, appunto assunto come fine della pena, con il carattere giurisdizionale, che

richiede una valutazione della specificità del caso, con una natura di pena fissa e quindi non proporzionata al caso concreto che è caratteristica dell'ergastolo.

Non credo che ci sia bisogno di molte parole per sostenere l'incostituzionalità, il contrasto con i principi elementari della dignità della persona e dell'uguaglianza di questa pena barbara; e per altro verso l'altra indicazione che pure è stata avanzata da Menzione, la trasformazione che è avvenuta in molti paesi per esempio in Spagna, ma che in Italia non è ancora avvenuta e nella maggior parte dei paesi ancora non è avvenuta anche in Europa, delle attuali misure alternative in pene alternative.

Sotto questo aspetto nella commissione di riforma del codice penale e come in tante altre commissioni destinate per l'appunto allo scioglimento ormai ogni legislatura produce una commissione, un lavoro di Sisifo che dura ininterrottamente da circa 60 anni, non si capisce perchè una commissione non debba essere insediata in maniera permanente, ebbene nella commissione di riforma come in altre precedenti commissioni è stata proposta l'introduzione di pene alternative alla detenzione come per l'appunto la semilibertà, la custodia domiciliare il confino, la libertà vigilata, per offrire un ventaglio di sanzioni penali in grado di spodestare il carcere dalla sua centralità, il carcere in attesa di essere soppresso perchè privo, di fatto di qualsiasi funzione sociale di qualsiasi funzione in grado di giustificarlo può essere quanto meno spodestato dall'attuale centralità che ancora occupa, e che sempre più purtroppo sta occupando, visto le linee di tendenza, nelle legislazioni e soprattutto nelle pratiche penali, di tutti i paesi europei.

Prevedere il carcere come estrema ratio soltanto per i reati più gravi, questa è la prima o la seconda dopo la soppressione dell'ergastolo delle misure che debbono essere appunto, su cui deve prodursi una mobilitazione della cultura giuridica e della cultura politica, e poi un abbassamento delle pene, un abbassamento delle misure delle pene; in Italia abbiamo ancora una misura massima di 30 anni contrariamente alla media dei paesi europei che, appunto, prevede una pena massima di 20 anni, in alcuni paesi europei sono addirittura 15anni, che per l'appunto è la misura nella quale anche in Italia può risolversi, può essere ridotta la pena appunto dell'ergastolo nel caso della riduzione a 20 anni, e i 30 anni si possono ridurre a 16 anni, e la domanda è perchè non abbassare i massimi della pena a quelli che di fatto appunto risultano possibili sulla base della concessione di misure alternative e dei benefici affidati alla discrezionalità e quindi all'arbitrio sostanzialmente nel migliore dei casi alle procedure burocratiche, perchè, nel peggiore, si tratta appunto di dare spazio a quelle valutazioni dell'anima e alla buona quella condotta, che sono quanto di più illiberale e più in contrasto con il principio che ciascuno sul proprio corpo, sulla propria anima è sovrano, nel senso che il carcere deve consistere in trattamenti umanitari, in grado anche di risocializzare ma senza che la risocializzazione sia accoppiata come beneficio alla misura della pena, perchè altrimenti educare punendo o punire educando è una contraddizione in termini.

Questo tipo di connessione finisce per deformare un rapporto per così dire pedagogico, per innestare un rapporto di servo padrone, per favorire la simulazione, per risolversi in una lesione della libertà interiore ed anche della dignità della persona, e dunque abbassamento delle pene nella misura dei 15/20 anni, dopo 15 e 20 anni una persona è comunque diversa dal momento della condanna e ancor più dal momento del delitto, e una pena superiore ai 20 anni è una pena disumana, contraria al principio, al dovere del trattamento umano, che appunto in tutte le costituzioni che dovrebbe caratterizzare la pena detentiva contraria alla dignità della persona e i suoi diritti fondamentali, però occorre intervenire nel diritto penale.

Io credo che una delle cose più vergognose mi pare che sia stato ricordato anche questo dall'Avv.

Menzione è stata la misura introdotta in Francia che collega enormi effetti penali alla recidiva; sempre nella commissione di riforma del codice penale abbiamo di fatto quasi soppresso e abbiamo reso facoltativa l'aumento di pena in misura tra l'altro minima, perchè la recidiva introduce un'antropologia della disuguaglianza, la recidiva introduce l'idea del delinquente naturale, per principio, è una convenzione della democrazia, il principio che tutti siamo uguali benchè differenti e dunque il divieto della rilevanza a connotati diciamo così identitari, delinquenti abituali, delinquenti per tendenza, recidivo sono tutte forme di soggettivizzazione del diritto penale, sono tutte forme di soggettivizzazione che ricordano la vecchia figura tedesca nazista del tipo d'autore.

Noi dobbiamo contrastare come ignobilmente regressivo l'enorme anche in Italia rilevanza che viene associata alla recidiva, secondo una linea di tendenza che si vede dagli Stati Uniti, che alla terza condanna si butta via la chiave; e cioè praticamente sopprimiamo una persona, lo consideriamo un reietto, un irrecuperabile, una non persona; questo è un segno tipico della regressione civile, sulla base del principio di uguaglianza ancor prima che dei diritti fondamentali di libertà, e per altro verso, fatto diciamo questo di carattere per così dire puramente razionale, la legislazione assolutamente criminogena in materia di droga, la legislazione sulla droga è per esperienza ormai generalizzata una legislazione criminogena, consiste di fatto nel determinare il monopolio criminale della produzione del commercio della droga e il principale favore che possiamo fare alle grandi organizzazioni criminali, è fonte non soltanto della grande criminalità ma anche della piccola criminalità.

Nella criminalità organizzata esiste peraltro una stratificazione di classe, in forza della quale esiste una fascia per così dire di manovalanza, rappresentata da povera gente che per l'appunto viene assunta in funzione di vettori, di corrieri, di piccoli spacciatori magari perchè anche essi tossicodipendenti, e il monopolio criminale della droga esercita una pressione sul mercato della droga e quindi favorisce il consumo stesso della droga; perchè non legalizzare, non regolare, non disciplinare questa terribile materia, anzichè pensare come di solito fa il legislatore penale, grazie a questa politica congiunturale del diritto penale di esorcizzare il fenomeno attraverso il diritto penale, è vietato è proibito, 10/20 anni-30 anni di carcere come se questo potesse limitare anzichè semplicemente esorcizzare il problema.

Infine ultima questione in materia di riforme: si tratta di prendere atto del fatto che la pena detentiva, per deplorabile, per penosa, per afflittiva, forse ingiustificabile che ci possa sembrare priva unicamente della libertà personale e non degli altri diritti, e dunque il carcere dovrebbe essere informato innanzitutto al massimo rispetto della persona detenuta, che in quanto nelle mani delle istituzioni pubbliche dovrebbe diventare qualcosa di sacro, di intangibile, di oggetto per l'appunto di rispetto, anche perchè alla simmetria tra il diritto e il crimine, che il diritto svolge la più potente funzione di delegittimazione e di isolamento del crimine e dunque se non possiamo illuderci che se non può avere una funzione correttiva quanto meno non abbia una funzione corruttiva come di fatto ha, che in altre parole escluso che possa migliorare quanto meno che non peggiori il reo, ma per questo scopo non occorrono affatto attività differenziate, occorre che le carceri diventino dei luoghi di privazione esclusivamente della libertà personale e che sia eliminata quella disuguaglianza di trattamento in forza della quale ogni carcere corrisponde ad una pena differente a da quella che si patisce in altre carceri, perchè ogni carcere ha delle condizioni di vita differenti, ci sono carceri modello e ci sono carceri lager; e la detenzione carceraria è spesso affidata appunto a poteri che per il fatto di essere esercitati, all'interno di comunità per l'appunto segregate, sono poteri in grado di degenerare in poteri selvaggi, per questo pare che una delle misure, e sono anni che tentiamo di introdurla e in altri paesi esiste, una misura essenziale è il garante del diritto dei detenuti, e cioè un'istituzione di garanzia che corrisponde ad un occhio esterno, estraneo ed

esterno, che è tutt'altra cosa dal magistrato di sorveglianza, dotato di poteri ispettivi, in grado di acquisire documentazione di ricevere le denunce e le lamentele dei detenuti, perchè il carcere è innanzitutto un'istituzione opaca. Questa ne fa per altro un aspetto dei più contraddittori rispetto alla stesso assetto democratico, diceva Immanuel Kant che "la pubblicità e la trasparenza è la prima regola del diritto pubblico", diceva che la pubblicità e il governo pubblico in pubblico è l'anima della democrazia, il carcere è un'istituzione opaca, chiusa allo sguardo pubblico.

Certo le nostre leggi hanno introdotto alcuni rapporti con l'esterno, le visite dei parlamentari, ma resta chiusa, ma allora un garante che sia un occhio esterno e che abbia enormi poteri ispettivi è una garanzia minima, anche perchè è l'unica garanzia possibile nei confronti di persone che sono totalmente prive di mezzi di difesa, pensiamo agli immigrati, persone che non conoscono nemmeno la lingua del paese in cui vengono incarcerati, e che sono alla mercè per l'appunto delle istituzioni, e senza un'istituzione di garanzia sono vittime di qualunque sopruso; ebbene se tutto questo è vero una battaglia per la minimizzazione della detenzione, per riduzione quantitativa innanzitutto e per il miglioramento qualitativo della detenzione carceraria è innanzitutto una battaglia culturale, questa è un'ovvietà naturalmente, ma si tratta di rovesciare una serie di luoghi comuni sui quali si fondano le attuali politiche carcerarie, c'è un'interazione tra questi luoghi comuni che vengono alimentati dalle attuali politiche repressive medesime che per l'appunto alimentano questi luoghi comuni, e allora il primo luogo comune riguarda per l'appunto l'informazione; noi abbiamo avuto in questi anni un raddoppio in Europa della carcerazione, negli Stati Uniti siamo arrivati a 2 milioni e mezzo; e contemporaneamente abbiamo avuto una riduzione massiccia della criminalità, in contrasto con l'allarme quotidiano che viene lanciato dalla stampa e dalla televisione, su ogni delitto che avviene nel nostro paese, perchè c'è una specie di voyeurismo intorno al crimine che alimenta paura e insicurezza, gli omicidi in Italia sono 600 all'anno, negli anni 50 erano 2 o 3 mila, alla fine dell'800 con una popolazione che era alla metà erano di 5/6 mila, le rapine sono crollate, le violenze sessuali, che in passato erano caratterizzate da una cifra nera, perchè non venivano denunciate soprattutto quelle domestiche, sono a loro volta diminuite, ma è chiaro che se ogni delitto ogni omicidio viene raccontato in televisione, e si fanno i processi in televisione, e si raccontano i particolari più agghiaccianti, questo determina insicurezza paura, ed è la politica della paura che è la più facile a cavalcare, attraverso appunto campagne demagogiche, sull'immigrato identificato con il potenziale nemico, diffondendo razzismo, diffondendo un'antropologia della disuguaglianza, una rottura dei legami sociali, una rottura di quelle forme di affidamento e di fiducia reciproca su cui si basa la convivenza civile.

Queste sono campagne che alimentano insieme alla paura anche la violenza, in quanto portano ad armarsi, portano a vedere un pericolo del vicino, questo è una politica assolutamente irresponsabile, e il luogo comune della percezione e dell'insicurezza in contrasto con l'aumento oggettivo della sicurezza è la prima cosa che dobbiamo sfatare, oggi è molto facile nelle campagne elettorali appunto, promettere gli aumenti di pena, sapendo che gli aumenti di pena non servono a nulla, e qui c'è un secondo luogo comune che una campagna culturale deve sfatare, noi possiamo avere dei dubbi sull'efficacia deterrente sul diritto penale, ma una cosa è certa, che questa efficacia deterrente è inversamente proporzionale alla facilità o possibilità di osservare la legge.

Gli aumenti di pena non servono a nulla nei confronti della criminalità di strada, nei cui confronti vengono rivendicate, perchè la criminalità di strada neanche viene a sapere di questi aumenti di pena, non è certamente l'aumento di pena in materia di furto o di rapina che porterà i ladri a ridurre le rapine o i furti, o meno che mai il tossicodipendente allo spaccio di droga, l'efficacia deterrente del diritto

penale è soprattutto nei confronti dei crimini del potere, la corruzione, la concussione, per non parlare dei crimini contro l'umanità, dove è l'impunità che è criminogena, non ha senso parlare indiscriminatamente di inefficacia deterrente del diritto penale, l'efficacia deterrente del diritto penale è quasi inesistente, nei confronti della delinquenza di sussistenza, che è l'unica delinquenza nei cui confronti viene appunto agitata la politica securitaria come una sorte di esorcis..., con l'idea che l'aumento delle pene abbia un qualche effetto deterrente, mentre invece nei confronti della criminalità dei colletti bianchi, che è l'unica nei cui confronti la pena il processo avrebbe un'efficace deterrente questa non è una criminalità sui cui viene suscitato allarme, e naturalmente il messaggio che viene lanciato con queste campagne securitarie è duplice, la vera insicurezza è unicamente quella che viene attentata e naturalmente è un fatto reale nessuno trascura che la criminalità di strada e la sicurezza è ormai è un termine che non ha più niente a che fare con la sicurezza sociale, unicamente a una sicurezza di ordine pubblico, questo è ormai è il senso della sicurezza, non ha niente a che fare con quella che una volta veniva chiamata appunto la sicurezza sociale alla previdenza al lavoro, e qui il terzo elemento di una campagna culturale, di una campagna di informazione, di una campagna di ragione e di civiltà, è che nei confronti della criminalità di sussistenza, ovviamente è banale quello che dico, non valgono politiche penali ma valgono politiche sociali.

Per quel che riguarda gli stranieri in particolare dobbiamo prendere atto e questo lo possiamo fare sulla base di statistiche, che il grado di devianza aumenta con il grado di clandestinità e che se vogliamo prevenire la devianza degli immigrati dobbiamo accentuare le politiche di integrazione, sono stati fatti studi statistici, in base ai quali le persone con il minor tasso di delinquenza sono gli immigrati regolarizzati, i quali si guardano bene dal violare il diritto penale, mentre ovviamente l'immigrato clandestino è costretto a unirsi alle persone che conosce, come del resto avveniva per gli italiani, quando andavano negli Stati Uniti e cercavano i loro compari o i loro compaesani di regione o di città e magari che vivevano anche essi in clandestinità e di organizzazione di sussistenza o di carattere mafiosa o di carattere criminale, e allora dobbiamo essere consapevoli di una banalità, che il grado di sicurezza, di ordine pubblica in materia di criminalità deriva dal grado di integrazione sociale in generale e in particolare per quel che riguarda gli immigrati,

Io non credo che questa battaglia sia una battaglia facile, possiamo essere assolutamente pessimisti visto il tipo di tendenze in atto, tendenze che ormai sono in atto da molti anni si tratta di ormai da oltre 10/20 anni questo processo di crescita insensata del tasso di criminalizzazione e del tasso di carcerizzazione, una crescita insensata che solo una battaglia di ragione o di civiltà può arrestare, è probabile che non ci riusciremo ma questo non toglie che sia nostro dovere fare di tutto per impegnarci in essa.

MECCANISMI DI ESCLUSIONE E
DIRITTO PENALE DEL NEMICO
(Pisa, 1° marzo 2008)

di Livio Pepino*

1. Il fondamento delle politiche di esclusione

Nell'alternativa evocata dal titolo di questo nostro convegno («il carcere tra reinserimento ed esclusione») non c'è dubbio che il pendolo si sta spostando – si è già spostato – verso il secondo termine. Di più, l'esclusione e la differenziazione sono diventate il *segno* di questa fase, e non solo da quell'11 settembre 2001 che, nell'immaginario collettivo, ne costituisce l'inizio.

I veicoli della esclusione sono molteplici, a cominciare da quello – ovviamente fondamentale – della struttura sociale (come avrebbe detto il filosofo oggi non più di moda...), ma passano anche attraverso il diritto penale e il carcere, le cui torsioni hanno cause generali. Esse stanno – per dirla con Massimo Pavarini – nell'«afferinarsi a livello planetario di una nuova filosofia morale, di un determinato “punto di vista” sul bene e sul male, sul lecito e sull'illecito, sul meritevole di inclusione o di esclusione». La novità più dirompente degli ultimi anni è, infatti, il diffondersi di un *pensiero unico* (elaborato soprattutto negli Stati Uniti) che ha ridisegnato – ovunque – i sistemi istituzionali, i rapporti sociali, il concetto stesso di cittadinanza e di democrazia. Il suo postulato è che la garanzia dei diritti e della sicurezza degli *inclusi* passi necessariamente attraverso l'espulsione da quei diritti degli *esclusi*, cioè dei *non meritevoli*, dei marginali, dei migranti (i *nuovi barbari* da cui la società contemporanea deve difendersi con ogni mezzo) e la sua espressione politica è il governo *esclusivo* della società (e, quindi, della penalità) della *parte soddisfatta* del mondo. In questa visione, la sicurezza, la prosperità, la *felicità* si identificano con un ordine prestabilito e immodificabile, a cui corrisponde la necessità

* Per una più ampia analisi delle questioni qui esaminate rinvio al mio *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Questione giustizia*, n. 4/2006, di cui questo intervento costituisce una sorta di *editio minor* (con qualche, limitato, aggiornamento).

«di respingere al di fuori, in qualche “esterno”, il disordine» (M. Revelli). Nascono da qui le moderne politiche securitarie, l'opzione della «tolleranza zero», la costruzione delle città e degli stati come «fortezze assediate» che stanno alla base del *revival* della segregazione e della contenzione.

2. Diritto penale *differenziato* ed *esclusione*

2.1. Il fenomeno più evidente che ha caratterizzato negli ultimi anni il nostro sistema penale è il tramonto (anche sotto il profilo formale) dell'uguaglianza, con conseguente progressiva sostituzione al diritto *uguale* di una sorta di diritto *differenziato*. In conseguenza di ciò i tradizionali codici "dei briganti" e "dei galantuomini" si sono diversificati in maniera più netta di quanto non fosse nello stesso sistema disegnato, negli anni trionfanti del fascismo, dal guardasigilli Alfredo Rocco.

2.2. L'articolazione del sistema nei codici *materiali* anzidetti è plasticamente rappresentata dall'art. 14, comma 5 *ter*, testo unico sull'immigrazione (inserito con decreto legge 14 settembre 2004, n. 241, convertito in legge 12 novembre 2004, n. 271) che, punendo con la reclusione da uno a quattro anni lo straniero che, senza giustificato motivo, si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore, ha reso tale reato più grave della totalità (o quasi) dei reati societari e dei falsi in bilancio (come modificati con il decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61)¹. Questa previsione è, peraltro, solo la punta dell'iceberg di un processo di trasformazione della pena da sanzione per un determinato *fatto* a punizione (*differenziata*) per categorie di *soggetti*. Il *virus* antiqualitativo ha inciso in profondità e su versanti disparati: da un lato ha inquinato il sistema anche nelle sue linee in qualche modo innovative, al punto che le (pur timide) prove di "diritto penale mite" sono state rigorosamente limitate ai rami alti della società²; dall'altro

¹ Il caso non ha uguali nel diritto comparato ma si inserisce, a dire il vero, in un filone già tracciato nella precedente legislatura, come dimostra l'art. 624 *bis* del codice penale, introdotto con la legge 26 marzo 2001, n. 128, che, elevando a fattispecie delittuosa autonoma lo scippo e il furto in luogo di privata dimora e prevedendo per essi la pena detentiva da uno a sei anni, ha reso, nella tavola dei valori tutelati, il borseggio di poche lire più grave della corruzione miliardaria.

² Emblematica è la nuova disciplina del falso in bilancio (realizzata all'inizio della scorsa legislatura con la legge 3 ottobre 2001, n. 366 e il conseguente decreto

si è esteso dall'entità delle pene ad altri profili ancor più anomali: basti pensare alla legge 5 dicembre 2005, n. 251, che ha codificato, per i recidivi, anche un diverso tempo per la prescrizione dei reati, una diversa possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione e una diversa operatività delle attenuanti generiche, così fornendo un vero e proprio distillato di diritto penale modellato sul "tipo d'autore".

2.3. Ulteriore (e ancor più evidente) manifestazione della strategia della disuguaglianza è il cosiddetto "diritto penale dello straniero", corollario di una disciplina dell'immigrazione caratterizzata dalla creazione artificiosa (mediante una disciplina ottusamente proibizionista) di una condizione diffusa di *irregolarità*, dalla sottolineatura della condizione di inferiorità dei migranti, dal perseguimento di un doppio livello di cittadinanza³ e dall'abbandono

legislativo 11 aprile 2002, n. 61), manifestazione inedita di *fuga dal carcere*, perseguita con la più vasta gamma di strumenti disponibili sul *mercato* giuridico: riduzione dell'area dei comportamenti illeciti, pene contenute (talora in modo irrazionale), ampie ipotesi di perseguibilità a querela, riconoscimento di un effetto estintivo del reato a condotte risarcitorie, termini di prescrizione ridotti (nonostante la complessità delle fattispecie e del relativo accertamento). Alcune delle tecniche normative utilizzate sono innovative e persino raffinate. Basti pensare alla previsione del nuovo art. 2629, comma 2, del codice civile, secondo cui, nel caso di operazioni effettuate in pregiudizio dei creditori, «il risarcimento del danno prima del giudizio estingue il reato» o a quelle del terzo comma del novellato art. 2621 stesso codice e del quinto comma dell'articolo successivo, secondo cui i falsi in bilancio non sono punibili «se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene» e, in ogni caso, se le stesse «determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al cinque per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'uno per cento». Ma – per limitarsi al profilo che qui interessa – le disposizioni richiamate sono destinate ai soli reati societari, mentre le condotte *virtuose* successive al fatto o l'irrilevanza (*rectius*, la scarsa rilevanza) del danno cagionato continuano ad essere indifferenti in tutti gli altri settori dell'ordinamento (anche, per limitarsi a un esempio, nel caso di furto di pochi chilowatt di energia elettrica realizzato interrompendo il flusso del contatore...).

³ Tra le manifestazioni più *ciniche* di questa impostazione merita segnalare l'art. 5 *bis* del testo unico sull'immigrazione (introdotta dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, nota come Bossi-Fini) che introduce il cosiddetto «contratto di soggiorno», subordinato al contratto di lavoro. Ciò ha come effetto automatico l'attribuzione al datore di lavoro una sorta di potere assoluto sul lavoratore, essendo evidente, nelle attuali condizioni economiche, che il licenziamento è l'anticamera della espulsione. L'attribuzione di tale potere consegna al datore di lavoro un ruolo *publicistico*, nel senso che il conseguimento o il mantenimento di uno *status* di rilevanza *pubblica* (quale la regolarità del soggiorno) finisce, di fatto, per essere rimesso al suo arbitrio.

del principio secondo cui la legge deve essere "cieca al colore". L'armamentario di questo capitolo di *diritto speciale* è stato, nell'ultimo decennio, esteso a vista d'occhio, in quantità e in qualità, con l'aumento abnorme delle pene per i reati *propri* degli stranieri, l'uso indiscriminato del giudizio direttissimo anche nei processi a piede libero, la previsione di una forma particolare di detenzione amministrativa (quella nei centri di permanenza temporanea) svincolata dai principi dell'*habeas corpus*, la sottoposizione a vessazioni e controlli sconosciuti ai cittadini e via seguitando.

2.4. L'area della penalità è aumentata non solo sotto il profilo *quantitativo* ma anche sotto quello *qualitativo*. In particolare sono cresciute in modo significativo – nei settori più *sensibili* - le fattispecie senza offesa *diretta* nei confronti di terzi e quelle "a tipicità ridotta". Costituita da fattispecie prive di immediata offensività è quasi *in toto* la disciplina degli stupefacenti e dell'immigrazione: e non è poca cosa, trattandosi di gran parte del "diritto penale del carcere"... Ma non basta. In un crescendo parossistico di ideologia repressiva si è giunti finanche a codificare, a fianco delle fattispecie anzidette, una sorta di inedito "diritto penale dell'apparenza". Il novellato art. 73, comma 1 *bis*, lett. *a*, testo unico stupefacenti (come modificato con la legge n. 49/2006) prevede, infatti, la punibilità della detenzione (e condotte assimilate) di «sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità (...), ovvero per modalità di presentazione (...), ovvero per altre circostanze dell'azione, *appaiono* destinate ad un uso non esclusivamente personale», dove la rilevanza penale della condotta è ricollegata non già all'*essere* ma all'*apparire*⁴.

⁴ Alla costruzione di un diritto penale dell'apparenza ha concorso anche – è doveroso sottolinearlo – la giurisprudenza prevalente di legittimità in tema di stupefacenti, giunta ad affermare la punibilità della cessione di "dosi" contenenti una quantità di principio attivo priva di effetto *drogante* con questa, davvero *stupefacente*, motivazione (più adatta a un bollettino di guerra che a un'aula di giustizia): «In tema di stupefacenti, scopo dell'incriminazione delle condotte previste dall'art. 73 dPR. n. 309 del 1990 è quello di combattere il mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale poiché, proprio attraverso la cessione al consumatore viene realizzata la circolazione della droga e viene alimentato il mercato di essa che mette in pericolo la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché il normale sviluppo delle giovani generazioni. Ne consegue che, avendo, nel nostro ordinamento, la nozione di stupefacente natura legale - nel senso che sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti - la circostanza che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante",

2.5. Caso esemplare di affievolimento abnorme della tipicità, sostituita da formule tanto evocative quanto (deliberatamente) imprecise, è, poi, quello della fattispecie di associazione con finalità di terrorismo internazionale di cui all'art. 270 *bis* del codice penale (come riscritto con decreto legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito in legge 15 dicembre 2001, n. 438), ancor più a seguito della definizione di «condotta con finalità di terrorismo» contenuta nell'art. 270 *sexies* (introdotto dal decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito in legge 31 luglio 2005, n. 155). In breve: *a1*) sono considerate «terroristiche» le associazioni che «si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico» (art. 270 *bis*, primo comma); *a2*) «la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale» (art. 270 *bis*, terzo comma); *a3*) sono considerate «con finalità di terrorismo» le condotte che «per la loro natura o contesto possono arrecare grave danno a un Paese o a un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia» (art. 270 *sexies*). L'incertezza regna sovrana. Per limitarsi ai profili più evidenti (in parte già emersi in sede applicativa): quali effetti ha sul sistema la mancata indicazione del requisito della «violenza» con riferimento alle «condotte con finalità di terrorismo»? c'è equivalenza tra terrorismo ed eversione con riferimento agli atti commessi (o progettati) in danno di Stati esteri? è indifferente che lo Stato destinatario delle condotte incriminate abbia o meno un ordinamento democratico? è irrilevante la circostanza che i comportamenti in questione si collochino o meno in un contesto bellico? i soggetti attivi dei reati di terrorismo internazionale possono essere anche le forze armate di uno Stato? L'elenco dei profili indeterminati potrebbe proseguire ma tanto basta a dimostrare che non

in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto, non ha rilevanza ai fini della punibilità del fatto» (Cass., sezioni unite, 24 giugno – 21 settembre 1998, Kremi, riv. n. 211073).

si tratta di *incertezze* di poco momento...

2.6. La descritta *flessibilizzazione* della fattispecie non è (solo) frutto di infortuni tecnici o di oggettive difficoltà di formulazione ma risponde alle esigenze del già ricordato "pensiero unico" che porta alla esclusione dei "nemici della società" in senso lato, ovvero dei *nuovi barbari* da cui la società contemporanea deve difendersi con ogni mezzo, anche non codificato (per meglio rispondere al mutare delle situazioni). Al fondo di questo pensiero unico – è bene averlo presente – si affaccia, neppure troppo mascherato, il sogno perverso della *nouvelle vague* della criminologia americana, ormai trasfuso anche in film di successo come *Minority Report*, di individuare preventivamente le "categorie a rischio", per isolarle e rinchiuderle in quanto tali (per quel che sono e per quel che appaiono) indipendentemente dalla commissione di reati.

3. Prassi e orientamenti giudiziari nella stagione dello "scontro di civiltà" e della guerra preventiva

3.1. In questo contesto accade talora che istituti sostanziali e processuali, ancorché formalmente immutati, siano *rivisitati*, anche in misura rilevante, da nuove prassi o nuovi orientamenti giurisprudenziali. Accade da sempre: i criteri di organizzazione degli uffici, le priorità nella trattazione degli affari, i metodi di lavoro, le stesse interpretazioni delle norme (basta consultare i repertori delle riviste giuridiche) risentono, a volte in misura consistente, del *clima* e delle *sensibilità* esterne. Nulla di anomalo, ma, ad evitare che la giurisdizione sia, di fatto, eterodiretta, le linee di tendenza (spesso tortuose e frutto di progressivi aggiustamenti) vanno colte per tempo. Soprattutto nei settori *sensibili*, com'è quello degli interventi nei confronti dei "nemici della società" [espressione comprensiva, in realtà, di categorie eterogenee che vanno, volta a volta, dagli *hooligans* agli immigrati clandestini, dagli *squatters* agli anarchici (insurrezionalisti o meno), dai fondamentalisti islamici ai sospetti terroristi (autoctoni o internazionali) e via elencando].

3.2. Ciò che più frequentemente si contesta (o – a seconda dei casi – si richiede...) a pubblici ministeri e giudici è la dilatazione delle fattispecie associative (e non solo di quelle). Il fenomeno non è certo nuovo, ma oggi è particolarmente acuto ed emerge in tutta evidenza

nei procedimenti che hanno a che fare con le nuove forme di terrorismo o di ribellismo diffuso (spesso impropriamente equiparate). Non di rado, soprattutto nelle pronunce cautelari, la questione della struttura organizzativa e degli altri elementi costitutivi del reato associativo sfuma sin quasi a scomparire: «i programmi di violenza lo si evince più da dialoghi infarciti di radicalismo religioso islamico che non dal rapporto tra mezzi e obiettivi (vds. ord. Trib. Milano, 29 aprile 2003, Daki); i vincoli associativi si concretizzano non tanto nell'assunzione di specifici ruoli nell'organizzazione o nei materiali apporti di rafforzamento dell'ente ma in manifestazioni di adesione ideologica alla *jihad*, ricavabili da un linguaggio antagonistico rispetto alla cultura occidentale e finanche dalla disponibilità di strumenti di propaganda quali riviste terroristiche (Cass. 13 ottobre 2004, Laagoub): insomma, scontandosi la fisiologica indeterminatezza del reato associativo e la carenza di massime di esperienza sul fenomeno, la risposta penale finisce per risentire della collocazione ambientale, dei percorsi di vita e della professione del credo religioso dell'imputato». Con riferimento alla galassia anarchica, la giurisprudenza di merito è giunta a ritenere l'esistenza del reato associativo – con una sorta di contraddizione in termini – in presenza di «strutture non verticistiche ma collegate tra di loro da un forte vincolo associativo prevalentemente di natura personale e accomunate dalle cosiddette pratiche di attacco al dominio (...) con caratteristiche di imprevedibilità, immediatezza e *spontaneismo*»⁵. Ciò – merita sottolineare – avviene in presenza di una giurisprudenza di legittimità, pur originariamente elaborata con riferimento ad altra tipologia di imputati, secondo cui, da un lato, «il reato di cui all'art. 270 *bis* codice penale (associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico), è un reato per la cui configurabilità occorre l'esistenza di una struttura organizzata, con un programma comune fra i partecipanti, finalizzato a sovvertire violentemente l'ordinamento

⁵ Così giudice per indagini preliminari di Roma, 26 luglio 2004, L.M. + altri (citata in C. Novaro, *I nuovi sovversivi: normativa antiterroristica e reati contro la personalità dello Stato nei processi a carico di anarchici e antagonisti*, in *Antigone*, n. 1/2006, 141). L'autore segnala altresì il frequente utilizzo, ai fini della prova della partecipazione al reato associativo, di «elementi sintomatici di dubbia conclusione quali, ad esempio, i rapporti continuativi con persone ritenute inserite nell'ambito associativo, la partecipazione a manifestazioni di solidarietà nei loro confronti, la presenza a loro processi, insomma, di elementi che fanno riferimento alla storia personale dell'indagato e alle sue scelte politiche più che alla commissione di fatti specifici» (ivi, 145).

dello Stato e accompagnato da progetti concreti e attuali di consumazione di atti di violenza, con la conseguenza che la semplice idea eversiva, non accompagnata da propositi concreti e attuali di violenza, non vale a realizzare il reato, ricevendo tutela proprio dall'assetto costituzionale dello Stato che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere»⁶ e, dall'altro, al fine della prova della partecipazione di un indagato al reato associativo, non vale fare riferimento all'adesione psicologica o ideologica al programma criminale, ma la dichiarazione di responsabilità necessita di un concreto passaggio all'azione dei membri del gruppo, sotto forma di *attività preparatorie* rispetto alla esecuzione di reati fine oppure all'assunzione di un ruolo concreto nell'organigramma criminale⁷. Nella stessa logica della *dilatazione delle fattispecie* si collocano altre scelte giudiziarie: dall'estensione abnorme delle ipotesi di concorso morale per fatti avvenuti nel corso di manifestazioni⁸ alla disinvolta assimilazione di fenomeni eterogenei come il conflitto sociale, il ribellismo e la pratica del terrorismo⁹.

3.3. Ciò a cui il *nemico* sembra non avere diritto poi è, spesso, una motivazione congrua (quando non una motivazione *tout court*). Ci sono esempi clamorosi. Quanto all'area del ribellismo, è stato ripetutamente segnalato come, grazie a una amplificazione abnorme del già *elastico* orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui «i gravi indizi di reato, e non di reità, che, ai sensi dell'art. 267 cod. proc. pen., costituiscono presupposto per il ricorso alle

⁶ Cass., sez. 1, 11 maggio – 20 giugno 2000, procuratore generale in proc. Paiano e altri, riv. n. 216253 e Cass., sez. 1, 7 aprile – 10 agosto 1987, Angelici, riv. n. 176516. Nello stesso senso, con riferimento all'area anarchica, Cass., sez. 1, 21 novembre 2002, Pellissero, in *Foro it.*, 2004, II, 29 ss. e, con riferimento al fondamentalismo islamico, Cass., sez. 1, 15 giugno 2006, TS, (inedita).

⁷ Così, da ultimo, Cass., sez. unite, 12 luglio – 20 settembre 2005, Mannino.

⁸ Il più recente esempio in tal senso è quello della condanna pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare di Milano il 19 luglio scorso nei confronti di diciotto imputati per i "disordini" avvenuti l'11 marzo 2006 in corso Buenos Aires (vicenda caratterizzata anche dal particolare *rigore* delle contestazioni e dalla notevole durata della custodia cautelare, all'esito della quale ben nove imputati sono stati assolti).

⁹ Emblematica è la contestazione, da parte della Procura della Repubblica di Bologna, dell'aggravante dell'eversione dell'ordine costituzionale di cui all'art. 1 del decreto legge n. 625/1979 (con conseguente applicazione da parte del giudice per le indagini preliminari di misura cautelare, poi annullata dal tribunale del riesame con ordinanza confermata dalla Corte di cassazione) nei confronti di due imputati per l'occupazione di uno stabile adibito a "copisteria proletaria".

intercettazioni attengono all'esistenza dell'illecito penale e non alla colpevolezza di un determinato soggetto, sicché per procedere legittimamente ad intercettazione non è necessario che tali indizi siano a carico di persona individuata o del soggetto le cui comunicazioni debbano essere captate a fine di indagine»¹⁰, strumenti come le intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali sono utilizzati *a pioggia*, anche per lunghi periodi, coinvolgendo, con motivazioni stereotipe e di stile, un numero rilevante di persone non sottoposte alle indagini per il solo fatto di aver partecipato a un dibattito o a una manifestazione, ovvero di aver fatto una telefonata o inviato una e.mail a un indagato, e via seguitando¹¹.

3.4. La *disattenzione* alla motivazione ha come corollario lo scadimento della *cultura della prova*. Molti, anche qui, gli esempi possibili. Non si tratta solo della frequente confusione, in casi singoli, tra sospetto (anche labile) e indizio¹²; lo *scadimento* riguarda, talora, lo stesso impianto di alcuni clamorosi processi nei confronti di presunti terroristi islamici¹³, amplificati (nella fase iniziale) sui *media* e letteralmente *crollati* alla verifica del dibattimento, ove sono emersi la mancanza dei necessari controlli sulle informative provenienti da Servizi segreti anche stranieri (*sic!*), l'uso disinvolto di "brogliacci" di intercettazioni in realtà del tutto incomprensibili (anche con l'ausilio di tecniche raffinate), la mancanza di accertamenti peritali doverosi su

¹⁰ Cass., sez. 1, 3 dicembre 2003 – 8 aprile 2004, Prota e altro, riv. n. 227914.

¹¹ Così, C. Novaro, *I nuovi sovversivi*, cit., 143-144. Una dura censura all'«uso improprio di intercettazioni a fini preventivi» e alla violazione, in esse, delle regole sulla competenza territoriale può leggersi in alcuni decreti con cui diversi giudici per le indagini preliminari di Napoli hanno respinto, nell'ottobre 2001, le richieste del pubblico ministero di proroga delle intercettazioni su una trentina di utenze, formulata in un procedimento avente ad oggetto l'attività della rete No global nell'Italia meridionale.

¹² Il caso tipico, ormai divenuto esemplare, è l'arresto, avvenuto all'indomani dell'11 settembre 2001 a Bologna, di alcuni islamici, *colpevoli* di avere commentato criticamente, durante una visita turistica alla cattedrale di San Petronio, un quadro contenente una riproduzione di Maometto... Ma le cronache riferiscono quasi quotidianamente esempi analoghi anche a livello internazionale: basti pensare all'arresto ad Amsterdam, il 23 agosto scorso, su un aereo statunitense di alcuni passeggeri che, dopo la partenza, «si scambiavano dei telefonini».

¹³ Il riferimento è ai procedimenti per il presunto progettato attentato alla rete idrica dell'ambasciata degli Stati Uniti a Roma e per il rinvenimento di tritolo in un appartamento di Ostia.

sostanze sequestrate¹⁴. Né vanno sottaciute la frequente *approssimazione* delle massime di esperienza utilizzate (anche per la difficoltà di far fronte a fenomeni nuovi) e l'ancor più diffusa adesione a luoghi comuni, come quelli che acriticamente collegano immigrazione clandestina e terrorismo internazionale, che costituisce l'*humus* culturale di abnormi inasprimenti del trattamento sanzionatorio¹⁵.

3.5. A ciò si affianca la frequente trasformazione del processo in una indagine permanente, *senza luogo né tempo*. Un caso emblematico – e non certo isolato – è descritto da C. Novaro¹⁶: «A.D. viene indagato per partecipazione ai gruppi anarco-insurrezionalisti dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino dal febbraio al giugno 1996 e poi dall'agosto 1998 al luglio 1999, dalla Procura milanese dalla fine del 1999 all'ottobre 2003 e, infine, dalla Procura romana dalla fine del 2003 al luglio 2005. Dunque, dal 1996 al 2005, A.D. è stato sottoposto, quasi ininterrottamente, ad indagini in procedimenti penali diversi ma tutti aventi ad oggetto l'area anarco-insurrezionalista e tutti conclusi con richieste (e successivi decreti) di archiviazione nei suoi confronti. Nell'ambito di questi procedimenti egli è stato sottoposto a numerosi controlli e perquisizioni e a ripetute e periodiche intercettazioni telefoniche e ambientali sul veicolo di sua proprietà e nella sua abitazione. Inutile dire che quelli citati sono i soli processi emersi dagli uffici delle diverse procure di cui A.D. è riuscito ad avere conoscenza. Di non pochi procedimenti non si ha, invece, notizia se non fortuitamente a distanza di mesi o anni, posto che molti tra essi non superano la soglia del rinvio a giudizio. La logica che li ispira sembra essere quella di

¹⁴ Gli episodi citati ben potrebbero essere determinati da errori isolati o da scarsa professionalità di singoli, ma tale ipotesi *consolatoria* sembra esclusa dal loro ripetersi e dall'assenza di qualsivoglia reazione sia nella corporazione dei giudici che nell'opinione pubblica (a differenza di quanto avviene in altri settori e per comportamenti assai meno preoccupanti).

¹⁵ È il caso della introduzione *di fatto*, per via giurisprudenziale, del reato di "immigrazione clandestina". Il migrante irregolare, infatti, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità deve essere punito, per il suo *status*, addirittura tre volte (e, se del caso, contemporaneamente): la prima perché non esibisce all'autorità di polizia il documento di identità; la seconda perché non ottempera all'ordine di allontanamento; la terza perché, convocato in questura per la "verifica della sua posizione", non si presenta...

¹⁶ C. Novaro, *I nuovi sovversivi*, cit., 138.

mantenere un monitoraggio investigativo continuo su una specifica area politica, il cui risultato potrà eventualmente essere proficuamente speso successivamente». Evidente, in ciò, l'abbandono della logica del processo (che ha, per definizione, termini e regole di competenza predeterminati) ed anzi la torsione del processo in indagine di polizia. Ad analoghe considerazioni conduce l'analisi di vicende processuali assai note come quella dell'indagine dell'autorità giudiziaria di Cosenza nei confronti della *Rete meridionale del sud ribelle* in cui alla gravità delle contestazioni (che vanno dalla associazione sovversiva all'attentato contro organi costituzionali) corrisponde un processo "contenitore" costruito sulla base di una *curiosa* lettura delle regole della competenza territoriale e degli elementi costitutivi del reato associativo.

3.6. È in questo contesto che si collocano le (poche) indagini e i (quasi inesistenti) processi relativi a denunciati episodi di *tortura*¹⁷ nei confronti di persone rientranti, a diverso titolo, nella categoria dei "nemici". I casi più eclatanti degli ultimi tempi sono quelli delle vessazioni e mortificazioni inflitte nel marzo e nel luglio 2001, all'esito delle manifestazioni di Napoli e di Genova in occasione del Global Forum e del G8, a giovani *antagonisti o no global* (o anche a semplici passanti)¹⁸. Per essi si è pervenuti, nonostante mille polemiche e ostacoli, al dibattimento (per le violenze avvenute nella caserma di Bolzaneto ormai prossimo alla conclusione in primo grado). Ciò è particolarmente inquietante perché, lungi dall'essere casuale, si colloca in un contesto in cui il Parlamento nazionale elude da oltre vent'anni l'obbligo di inserire nel codice penale uno *specifico* delitto di tortura coerente con la previsione dell'art. 1 della Convenzione di New York del 10 dicembre 1984¹⁹ e le pratiche di

¹⁷ È considerato tortura, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione di New York sottoscritta il 10 dicembre 1984 e ratificata dall'Italia con legge 3 novembre 1988, n. 498 «ogni atto mediante il quale siano inflitti intenzionalmente a una persona dolore o sofferenze gravi allo scopo di ottenere informazioni o di punirla, a condizione che il dolore o la sofferenza siano inflitti da o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale».

¹⁸ Cfr., al riguardo, L. Pepino, *Genova e il G8. I fatti, le istituzioni, la giustizia*, in *Questione giustizia*, n. 5/2001.

¹⁹ Come noto, nella scorsa legislatura, quando ormai l'introduzione del delitto di tortura sembrava prossima, il relativo iter parlamentare è stato bruscamente interrotto a seguito dell'approvazione da parte dell'allora maggioranza, nell'aprile 2004, di un emendamento proposto da esponenti della Lega che stravolgeva il testo prevedendo la necessità che le violenze o le minacce concretanti tortura siano «gravi e reiterate»

tortura non solo si diffondono anche in Italia e nell'intera Europa ma sembrano trovare giustificazione e legittimazione anche sul piano teorico²⁰, dopo averle avute su quello pratico²¹.

4. Il revival dell'illusione repressiva e il boom del carcere

4.1. Governare i conflitti con la repressione è una risalente illusione della politica criminale che, nel nostro Paese, era stata in qualche modo ridimensionata e contenuta attraverso alcuni interventi legislativi degli anni Settanta: su tutti, il decreto legge 11 aprile 1974, n. 99, fonte di un generalizzato abbassamento delle pene (realizzato attraverso l'estensione della possibilità di bilanciamento tra circostanza attenuanti e aggravanti, l'elevazione da uno a due anni del *quantum* di pena compatibile con la sospensione condizionale della pena, la modifica della disciplina della continuazione), e la riforma penitenziaria introdotta con legge 26 luglio 1975, veicolo di una inedita flessibilità della pena (realizzata mediante la possibilità di sua modificazione e riduzione nella fase esecutiva).

4.2. Questo percorso si è interrotto già negli ultimi due decenni del secolo scorso ma è nella legislatura appena conclusa che è intervenuto un vero e proprio ribaltamento di prospettiva il cui epilogo sta nella riforma novellistica del codice penale del dicembre 2005 (legge n. 251/2005 nota, nel gergo politico, come ex Cirielli) e nelle modifiche della disciplina dell'immigrazione (legge 30 luglio 2002, n. 189) e degli stupefacenti (legge 21 febbraio 2006, n. 49). I passaggi della *svolta* sono numerosi e talora deflagranti: aggravamento generalizzato

(sic!).

²⁰ Sino a ieri la citazione d'obbligo era quella di A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma, 2002. Oggi, peraltro, molte altre se ne possono aggiungere sino all'editoriale di A. Panebianco *Sicurezza e fondamentalisti della legalità. Il compromesso necessario* (*Corriere della sera*, 13 agosto 2006) e al dibattito che ne è seguito sui maggiori quotidiani.

²¹ La violenza poliziesca a cui si fa qui riferimento non è infatti – la cosa merita di essere sottolineata – un "effetto non voluto", ma una parte essenziale della strategia di contrasto *muscolare* del nemico: i bastoni nel retto per *far cantare*, le uccisioni *per errore* di presunti colpevoli, la dotazione alla polizia di pallottole *dum dum* (vietate persino, per i loro effetti devastanti, dall'esercito degli Stati Uniti) sono corollari delle strategie di "tolleranza zero" (come, con compiaciuto cinismo, affermava lo staff del sindaco di New York, Giuliani, rilevando che «non si possono fare frittate senza rompere qualche uovo»).

(e spesso abnorme) delle pene soprattutto per i recidivi²²; dilatazione dei termini per la prescrizione in caso di reiterazione nel reato; restringimento, sempre per i recidivi, dell'ambito di applicabilità delle misure alternative al carcere; ampliamento, in particolare nei settori dell'immigrazione e degli stupefacenti, delle fattispecie prive di offensività diretta a terzi.

4.3. Il *revival* dell'illusione repressiva (elevata a sistema di governo del conflitto sociale e politico) ha determinato – né avrebbe potuto essere altrimenti – una drastica crescita del carcere e, più in generale, dell'area penale punitiva. Il *boom* del carcere è, in realtà, risalente: dal minimo storico di 25.804 detenuti del 31 dicembre 1990²³ si è, infatti, passati a 47.709 al 31 dicembre 1996, 53.165 alla stessa data del 2000, 59.523 a fine 2005 e 61.264 al 30 giugno 2006, alla vigilia dell'indulto. Conseguenza della crescita dei reati – si potrebbe dire – ma non è così, ché, secondo le rilevazioni periodiche del Ministero dell'Interno e dell'Istat, la curva dei reati (quella reale, non quella cangiante e utilitaristica dei manifesti elettorali) è stazionaria o addirittura in calo (con picchi verso l'alto solo nel 1991 e nel 1996).

4.4. Alla crescita del carcere e della pena si è accompagnata – si sta accompagnando – una loro significativa trasformazione. Nei suoi tre secoli di storia il carcere è stato, nel bene e nel male, uno strumento di inclusione (più o meno *forzata*)²⁴ e altrettanto è stato per la pena, che significativamente l'art. 27, terzo comma, della Costituzione vuole «tesa alla rieducazione del condannato». Oggi, invece, essi sembrano acquisire una diversa *curvatura* in direzione della esclusione dalla cittadinanza sociale della «sottoclasse, più o meno estesa, spesso connotata anche in termini etnici, cui è negato

²² Il riferimento culturale è quello americano, sintetizzato nello slogan «tre volte e sei eliminato», che ha determinato nelle legislazioni di molti Stati, a partire dagli anni Ottanta, imponenti svolte repressive, sino al punto di prevedere che la terza violazione della legge penale (in alcuni casi senza distinzione, in altri con riferimento ai soli delitti di sangue) comporta la condanna all'ergastolo.

²³ Il dato è, in verità, *drogato* dagli effetti dell'indulto concesso con il dPR 22 dicembre 1990, n. 394, ma abbastanza prossime sono le rilevazioni al 31 dicembre 1989 (30.421) e al 31 dicembre 1991 (35.469).

²⁴ Proprio su questo ruolo del carcere si sono appuntate alcune delle analisi critiche più accreditate degli ultimi decenni del secolo scorso, a cominciare dall'ormai classico *Sorvegliare e punire* di M. Foucault (trad. italiana Einaudi, Torino, 1976).

l'accesso legittimo alle risorse economiche e sociali disponibili e che viene rappresentata come pericolosa, percepita come una minaccia per la sicurezza sociale e, *in conseguenza della sua esclusione*, per la sicurezza fisica e patrimoniale dei cittadini»²⁵. Vanno in questo senso, implementando il tradizionale sistema di incapacità e interdizione dettato dall'art. 32 del codice penale, la già ricordata esclusione dalle misure alternative di un'area crescente di detenuti (individuati in base alle caratteristiche soggettive più che alla natura del reato commesso) e, in un settore *sensibile* come l'immigrazione, l'espulsione del cittadino extracomunitario a titolo di misura di sicurezza e/o di misura sostitutiva o alternativa prevista dagli articoli 15 e 16 del decreto legislativo n. 286/1998²⁶.

4.5. Ma c'è di più. Nel riassetto in corso della politica criminale spicca – aprendo una sorta di percorso a ritroso²⁷ – il venir meno del monopolio della giurisdizione sulle limitazioni della libertà personale (che pure l'art. 13, secondo comma, della Costituzione consegna in via esclusiva all'autorità giudiziaria, con l'ulteriore limitazione dei «casi e modi previsti dalla legge»). La manifestazione più eclatante di questa tendenza è la "detenzione amministrativa" (per un massimo di sessanta giorni) degli stranieri destinatari di provvedimento di espulsione negli appositi centri di permanenza temporanea e assistenza²⁸, introdotti dalla legge n. 40/1998 (Turco-Napolitano) e potenziati dalla legge n. 189/2002 (Bossi-Fini). Gli *ospiti* dei centri ammontano annualmente a

²⁵ Così E. Santoro, *Carcere e criminalizzazione dei migranti: una politica «da tre soldi»*, in F. Berti e F. Malevoli (a cura di), *Carcere e detenuti stranieri*, Franco Angeli, Milano, 2004, 44 e 51.

²⁶ Anche in questo caso il modello di riferimento è quello degli Stati Uniti, in cui dodici Stati prevedono per molte categorie di condannati l'esclusione dal godimento dei diritti politici (fra essi la Florida e l'Alabama, dove, come conseguenza di tali disposizioni, poco meno di un quarto dei maschi neri è definitivamente privato del diritto di voto) e quasi tutti gli Stati inibiscono il voto ai detenuti durante l'esecuzione della pena, con effetti di esclusione *razziale* di immediata evidenza, ove si consideri che su otto adulti reclusi, ben sette sono neri (cfr. E. Santoro, *Carcere e società liberale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2004).

²⁷ Negli ultimi decenni del secolo scorso si era infatti compiuto il lungo viaggio di eliminazione (o significativa riduzione) delle ipotesi di privazione della libertà da parte dell'autorità amministrativa e senza commissione di reati presenti soprattutto nel settore minorile e in quello della sofferenza psichica.

²⁸ La qualificazione di queste strutture come centri di detenzione *tout court* non è forzata né arbitraria considerate le caratteristiche tipicamente detentive delle stesse (strutture chiuse, sorvegliate dall'esterno e prive di possibilità di uscita per gli *ospiti*).

10-15.000. Il dato, ingente in sé, diventa impressionante se esaminato comparativamente a quello degli stranieri detenuti. L'effetto *di sistema* è dirompente. I centri di detenzione prefigurano, e in pare già realizzano, un carcere *parallelo* di dimensione prossima (almeno per alcune categorie di detenuti) a quello tradizionale e caratterizzato dalla mancanza di collegamento della detenzione con la commissione di un reato, di correlazione della stessa con la finalità dichiarata²⁹ e di un effettivo controllo giudiziario *di merito* sugli ingressi e sulle modalità della custodia.

5. A mo' di conclusione

In questa situazione, c'è ancora posto per i giudici (e con essi, per un accertamento imparziale e per una "pena giusta")? o, forse, sono diventati superflui? oppure saranno sempre più chiusi in una nicchia con un ruolo di "resistenza" di fronte all'inevitabile degenerazione del diritto penale (per usare una recente provocazione di Massimo Pavarini)? Domande inquietanti, che dovrebbero aprire anziché chiudere il discorso. Ma una *stella polare* esiste. Il giudizio penale, il *jus dicere*, risente inevitabilmente della logica dello scontro: «se l'accertamento riguarda un'organizzazione criminale che perdura al tempo del giudizio – sono ancora parole di M. Donini –, il giudicante si sentirà sotto due fuochi, in conflitto tra due logiche contrapposte: la dimensione serena delle garanzie, la *Magna Charta* del delinquente da un lato; l'idea di scopo e di lotta alla criminalità dall'altro, come obiettivi *congiunti* dello strumento penalistico: arma e diritto, lotta e garanzia sul limite emergenziale di stati di eccezione».

È un equilibrio difficile, ma il cedimento alle passioni e pressioni esterne – come ricorda il Manzoni nel criticare i giudici della colonna infame – «non è una scusa, ma una colpa».

²⁹ Nella maggioranza dei casi infatti, secondo gli stessi dati forniti dal Ministero degli interni, alla permanenza in CPT non segue l'espulsione sì che la detenzione amministrativa realizza semplicemente, di fatto, una sanzione detentiva per i *riottosi*, inottemperanti al decreto di espulsione.

Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione

Pisa, 29.02.2008

IL CONTROLLO DEL COMITATO EUROPEO PER LA PREVENZIONE DELLA TORTURA SULLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ

Mauro Palma

Introduzione

Non vi è alcun dubbio che il diritto internazionale stabilisca la proibizione della tortura come un obbligo imperativo per gli stati: un principio non derogabile, enunciato in ambito europeo dall'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Nessuna circostanza eccezionale può essere addotta per diminuire l'assolutezza di tale proibizione e consentire pratiche contrarie alla dignità delle persone private della libertà da un'autorità pubblica.

La lotta contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti – questa è appunto la lettera dell'articolo 3 – implica tre diverse azioni: la prevenzione, la repressione e il rimedio compensativo per le vittime. Gli Stati non devono soltanto astenersi dal commettere o permettere tali pratiche, devono attivamente adoperarsi per prevenirle. Inoltre devono reprimerle, indagando adeguatamente ogni denuncia o ogni indizio del loro possibile essersi prodotte, e devono cercare forme di compensazione per le vittime per il danno subito garantendo loro le forme della più ampia riabilitazione possibile.

Questi sono principi accettati da tutti gli Stati parti delle Convenzioni contro la tortura. Tuttavia rimane scioccante la distanza tra i principi formalmente accettati e le situazioni di fatto che si registrano. La tortura, occorre ammetterlo, resta tuttora un problema esistente anche nel territorio europeo perché atti che facilmente possono essere definiti di tortura si ripresentano in condizioni di cosiddetta emergenza. Non solo, ma le condizioni di privazione della libertà, le pratiche che accompagnano interrogatori di persone sospette di gravi reati, sono spesso tali da poter essere definite con quell'espressione "trattamento inumano o degradante" a cui fanno riferimento le diverse Convenzioni. Numerosi rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura sono una chiara testimonianza di tale situazione, per l'accumularsi di molteplici fattori, dall'eccessivo sovraffollamento al esecrabili condizioni di detenzione, alla mancanza di ogni forma di attività, al limitatissimo tempo consentito al di fuori delle celle o in spazi aperti.

In questo contesto particolare gravità hanno assunto alcune politiche in ambito poliziesco e penale adottate negli anni recenti nella cosiddetta "lotta al terrorismo internazionale". Siamo tornati a registrare detenzioni segrete o in luoghi segreti, regole per forme di interrogatorio particolarmente rafforzate – "*enhanced*" come si usa dire – trasferimenti di persone da un paese a un altro senza alcuna garanzia legale, periodi di detenzione amministrativa senza formulare alcuna effettiva imputazione. In altre parole in alcuni momenti e in alcune situazioni sono stati calpestati nella pratica alcuni principi ritenuti intangibili dal diritto internazionale.

Per questo la sfida più difficile che ci si trova oggi ad affrontare è proprio quella di riportare gli Stati entro quei limiti di procedure e garanzie formalmente riconosciuti e praticamente evasi.

Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CPT): principali caratteristiche

The CPT è un organismo di tipo non giurisdizionale stabilito da un'apposita Convenzione con un carattere preventivo, incaricato di monitorare e controllare il trattamento delle persone private della libertà da parte di un'autorità pubblica, attraverso un sistema di visite ai luoghi appunto dove la libertà è privata. Attualmente il suo campo di azione copre tutto il continente europeo con l'eccezione, auspicabilmente temporanea, di un solo paese, la Bielorussia che non è membro del Consiglio d'Europa in virtù del suo persistere nel dare esecuzione alle sentenze capitali.

Come è noto, il compito di controllare il rispetto degli obblighi derivanti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stato inizialmente affidato alla Commissione europea e alla Corte europea – due organismi che nel 1998 sono stati integrati in uno solo: la Corte di Strasburgo.

La Corte esamina i ricorsi presentati dai singoli e in alcuni specifici casi dagli Stati, dopo e soltanto dopo che siano state percorse tutte le vie interne offerte dal diritto nazionale; il risultato è una sentenza vincolante che stabilisce se uno Stato abbia o meno violato uno degli obblighi elencati nella Convenzione.

Questo sistema ha avuto risultati significanti, quasi un *unicum* nel panorama internazionale. Tuttavia nel tempo ci si è posti la questione se un sistema con tali caratteristiche avesse o meno l'effettiva possibilità di proteggere le persone private della libertà da possibili torture o altre forme di trattamento contrario alla dignità della persona detenuta.

Proprio per questo, verso la fine degli anni Ottanta, è stato adottato un nuovo meccanismo, di tipo non giudiziale, ma preventivo e con un'impostazione pro-attiva, volta cioè ad agire prima che possibili violazioni di tale principio avvenissero. Da qui è nata la Convenzione per la prevenzione della tortura, ratificata da tutti gli Stati del Consiglio d'Europa come vincolo al momento della loro adesione al Consiglio stesso. È quindi attualmente uno strumento che vincola i 47 Stati del Consiglio.

Il Comitato, che questa Convenzione stabilisce agisce su propria iniziativa e non sulla base di denuncia individuale. Raramente è direttamente coinvolto nella valutazione di casi individuali – anche se talvolta può esserlo – perché principalmente deve esaminare nel complesso un particolare sistema o un particolare luogo di privazione della libertà, cercando di individuarne nella pratica gli elementi di criticità, quegli elementi che potenzialmente possano dare luogo a future violazioni. Il suo obiettivo è di intervenire *ex ante*, cioè prima che le violazioni avvengano e la sua azione può essere sintetizzata dalle seguenti parole-chiave: valutazione complessiva, meccanismo preventivo, intervento *ex ante*, sistema di raccomandazioni rivolte agli Stati.

Il suo ruolo è dunque, diverso, ma complementare a quello della Corte, il cui operare è invece sintetizzabile da parole chiave quali: denuncia individuale e valutazione in singoli casi, meccanismo di tipo giudiziale, intervento *ex post*, sistema di sanzioni.

Il CPT ha due principi fondamentali nella ratio della sua stessa esistenza: la cooperazione con gli Stati e la riservatezza del suo agire. La cooperazione è alla base della stessa Convenzione

che stabilisce il Comitato non come organo giudicante, ma come organo di indirizzo degli Stati per rafforzare il sistema di protezione delle persone. Questo è il suo compito, non quello di condannare gli Stati. La riservatezza deriva dal suo poter agire di propria iniziativa, d'ufficio, nonché proprio dallo stessa fisionomia di organismo che coopera con gli Stati.

Ciò determina che i Rapporti stilati dopo le visite, che come vedremo sono non annunciate e senza possibili limiti, sono strettamente riservati e sono soltanto gli Stati a poterne autorizzare la pubblicazione, unitamente alle proprie risposte. Va qui registrato positivamente che la maggioranza degli Stati ha nel tempo adottato una comune politica volta ad autorizzare la pubblicazione dei Rapporti.

Tuttavia, se le autorità di uno Stato si rifiutano di collaborare con il Comitato e non implementano le raccomandazioni rivolte loro, oppure forniscono informazioni false, il CPT può decidere, secondo una procedura particolare e dopo aver dato allo Stato la possibilità di presentare le proprie contro-deduzioni, di rompere il vincolo della riservatezza e adottare una dichiarazione pubblica.

Il fulcro dell'attività del CPT risiede nel sistema di visite, regolari e non annunciate. Un sistema, questo, che ha una molteplicità di funzioni: in primo luogo il fatto stesso che un organismo esterno possa avere accesso a luoghi, documenti e detenuti, con cui parlare in privato, ha una funzione di forte deterrenza. Inoltre le visite danno la possibilità sia di reagire immediatamente a problemi urgenti, sia di dare una valutazione complessiva della situazione trovata in un particolare luogo. Infine le visite sono la base di un dialogo costante e continuo con le autorità teso a migliorare la situazione complessiva.

I membri del Comitato sono esperti indipendenti di diversa formazione: giuristi, medici, esperti nei sistemi penitenziari, politici. La combinazione del loro variegato background e degli ampi poteri di cui gode il Comitato è elemento di forza dell'azione condotta.

Le visite sono di due tipi: periodiche, secondo un programma stabilito annualmente e *ad hoc*, richieste cioè dalle particolari circostanze; proprio il numero di quest'ultime e con il tempo. Come già detto, il Comitato non deve essere né invitato né autorizzato poiché agisce per propria decisione e conduce le proprie visite in qualsiasi momento, giorno o notte, feriale o festivo che sia. Visita i luoghi delle diverse forme di privazione della libertà: ovviamente gli istituti penitenziari, le stazioni delle diverse polizie, le strutture detentive militari, i centri per stranieri irregolarmente presenti nel territorio, le strutture psichiatriche chiuse; e anche i luoghi dove le persone possono essere trattenute per brevi o lunghi periodi per interrogatori informali (i cosiddetti "*informative talks*" tipici di alcuni paesi). Inoltre controlla i luoghi di ricovero dove persone inizialmente poste su base formalmente "volontaria", vengono successivamente trattenute contro la loro volontà e finiscono per essere *de facto* private della loro libertà.

Il potere di parlare in private con tutta questa varietà di soggetti e il corrispondente obbligo per lo Stato di garantire l'accesso a ogni fonte di informazione sono elementi essenziali per dare effettività al controllo che il Comitato è istituzionalmente chiamato a esercitare.

Una visita inizia e finisce con alcuni incontri con i Ministri competenti e con i dirigenti dei vari settori o degli Istituti. Al termine della visita il Comitato esprime una prima valutazione della situazione riscontrata, fornendo se è il caso le sue osservazioni immediate relative ad alcuni casi o temi specifici: quelli che richiedono un'azione urgente da parte delle autorità responsabili. Questo incontro è in sostanza il primo passo del dialogo che ogni visita avvia o riavvia.

Successivamente viene redatto il Rapporto, con l'analisi della situazione, gli elementi osservati e le relative raccomandazioni. Queste ultime possono essere catalogate in più gruppi, a seconda che siano volte a:

- emendare la legislazione vigente;
- cambiare provvedimenti attuativi di leggi o atti amministrativi;
- implementare effettivamente quando legislativamente o amministrativamente stabilito;
- indagare efficacemente e appropriatamente casi di maltrattamenti, sia sul piano amministrativo, sia su quello penale;
- inviare e periodicamente ribadire un chiaro messaggio di non tollerabilità di alcuna forma di violenza verso le persone private della libertà da parte di agenti e operatori;
- migliorare le condizioni materiali e il regime di detenzione;
- migliorare la formazione iniziale e in servizio del personale, in particolare relativamente alle garanzie delle persone detenute.

Questa lista è lunga e tuttavia parziale rispetto all'ampia gamma di raccomandazioni che vengono incluse in ogni Rapporto.

Nel produrre le proprie raccomandazioni, secondo criteri di omogeneità, il Comitato, quantunque non si configuri come organismo di natura giudiziale, applica criteri progressivamente definiti attraverso la continua elaborazione di propri standard, spesso molto dettagliati e ben più vincolanti di altri prodotti dai diversi organismi internazionali.

In questo quadro il CPT ha recentemente collaborato da vicino e in molto positivo con l'organismo del Consiglio d'Europa incaricato di rivedere le Regole penitenziarie europee. Le nuove Regole hanno una stretta consonanza con gli standard elaborate dal CPT e inclusi in più Rapporti sulle visite e si può dire che almeno per una parte dell'attività che ricade sotto la competenza del CPT, quella della detenzione carceraria, è ormai fissato per l'Europa un significativo insieme di standard. Naturalmente, altro discorso è poi il loro effettivo rispetto da parte degli Stati europei.

L'azione del CPT nell'attuale panorama europeo

Il sovraffollamento carcerario è senza dubbio il problema più evidente che affligge il panorama detentivo europeo.

Un rapido sguardo ai tassi di detenzione, cioè al numero di detenuti per ogni mille persone presenti nel territorio di un dato paese, mostra un continuo aumento nei paesi europei occidentali lungo l'arco degli ultimi dieci anni: Spagna, Portogallo a Regno Unito sono in cima alla classifica con un tasso di circa 1.5. Nei paesi orientali tali tassi lievemente sono discesi, giacché si partiva da livelli estremamente alti all'inizio dell'ultimo decennio: il tasso è tuttora comunque 3.4 in Ucraina ed Estonia, 2.9 in Lettonia, 2.5 in Lituania e Moldova; intesta la Federazione Russa con un tasso di 6.3 – un valore comparabile a quello ben noto degli USA.

Il sovraffollamento è tema di diretta incidenza sul mandato del CPT perché un carcere sovraffollato determina condizioni deprecabili e antigieniche, nonché una costante mancanza di ogni privatezza, reduce le attività fuori dello spazio della cella, sovraccarica i servizi sanitari e finisce con aumentare le tensioni e spesso la violenza sia tra detenuti sia tra detenuti e operatori addetti alla sicurezza. Facilmente si determinano condizioni che ricadono entro quella definizione di "trattamento inumano o degradante" già citata precedentemente, come chiaramente evidenziato dalla Corte in una sentenza relativamente recente, quella del caso *Kalashnikov vs/Russia*.

Per risolvere il problema del sovraffollamento molti Stati sono ricorsi alla strategia di aumentare l'offerta del numero di posti in carcere. Il CPT non ritiene affatto che tale aumento di offerta penitenziaria possa offrire una soluzione al problema. Molti Stati infatti si sono avventurati lungo questa dispendiosa via di costruzione di nuovi carceri, e hanno finito col constatare che all'aumento della capienza corrispondeva il parallelo aumento della domanda di carcerazione. Al contrario il problema è stato riportato entro limiti gestibili solo in quei paesi che hanno adottato politiche volte alla riduzione del ricorso alla sanzione detentiva e all'ampliamento dell'offerta di sanzioni alternative al carcere nonché all'estensione dell'accesso a misure alternative alla detenzione nel corso della sua esecuzione.

Ma anche altri problemi, gravi, avanzano nel sistema detentivo europeo. Effettive sentenze di detenzione a vita – senza la possibilità legale di liberazione condizionale – sono state introdotte in alcuni paesi; così come, in altri, sono state introdotte misure di sicurezza volte a impedire il rilascio di coloro che hanno totalmente scontato la pena relativa ad alcuni gravi reati. Sono, questi, solo due esempi, di nuovi problemi.

Sempre più si registra la tendenza a prolungare il tempo di detenzione come misura volta a rassicurare la società esterna, che mai si riterrà del tutto sicura, e a guadagnare così consenso elettorale. Molta enfasi è attribuita alla recidiva, che diviene un elemento decisivo sulla misura della pena; così come ai programmi di prevenzione della recidiva per talune tipologie di reati, che spesso assumono la forma di misure inibenti qualunque espressione della personalità di coloro a cui sono dedicati. A volte della loro stessa integrità psichica e fisica: lungo o indefinito isolamento, castrazione chimica per i responsabili di reati sessuali, ampio uso di mezzi di coercizione, sono solo alcuni dei temi nell'agenda dei decisori politici in molti paesi d'Europa.

Di fronte a queste nuove sfide il CPT ha una sola "arma" in proprio possesso, come misura estrema, quella che ho precedentemente indicato: la possibilità di rilasciare una dichiarazione pubblica, denunciando il rifiuto da parte di uno Stato a collaborare e, dunque il rifiuto implementare le raccomandazioni ricevute.

Nei suoi più di 18 anni di attività il Comitato ha cercato di fare un uso parsimonioso di tale potere. Una dichiarazione pubblica è stata fatta solo in cinque occasioni, quale punto di arrivo dell'assoluta mancanza di ogni dialogo attorno a temi che costituiscono il fulcro dell'articolo 3 della CEDU. Il caso più recente è stato lo scorso anno, nei riguardi della Federazione Russa, relativamente ai maltrattamenti di persone detenute da varie agenzie investigative e alla successiva impunità che è stata loro garantita.

Non si deve infatti dimenticare che la *raison d'être* del CPT non quella di fare mere visite nei paesi; è piuttosto quella di rafforzare attraverso le visite la protezione delle private della libertà da ogni forma di tortura o di maltrattamento. Solo se tale obiettivo è raggiunto o è meno distante si può parlare di vero dialogo con le autorità e di collaborazione. Troppo spesso invece le raccomandazioni anche su temi essenziali vengono ripetute perché la situazione rimane invariata. Troppo spesso nuove leggi vengono approvate anche se in palese contrasto con raccomandazioni da tempo fatte dal Comitato.

CPT e SPT

Al di là delle difficoltà e dei problemi gravi, il sistema di visite è uno strumento efficace di tipo preventivo da parte della comunità internazionale.

Quando nel 1987 si è stabilito in Europa, con uno strumento quale è un trattato, un meccanismo di monitoraggio *in loco* dei luoghi di detenzione, l'intenzione era anche di valutare l'efficacia di tale sistema prima di una possibile attuazione su scala globale. Ora più

di venti anni dopo, un organismo di carattere universale, a lungo atteso, per la prevenzione della tortura e di altre forme di maltrattamenti sta diventando passo dopo passo una realtà; e questo è senz'altro un positivo sviluppo. Lo scorso anno, in ambito delle Nazioni Unite è stato incardinato il Sottocomitato per la prevenzione della tortura e delle altre forme di trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti (SPT), con mandato e poteri simili a quelli del CPT; e il Sottocomitato sta ora iniziando a effettuare visite nei paesi che hanno ratificato il Protocollo opzionale OPCAT.

Ci sono molti elementi di similarità tra i due trattati; tuttavia il Protocollo opzionale non è certamente una copia della Convenzione europea per la prevenzione della tortura. In particolare, gli Stati che aderiscono all'OPCAT devono stabilire a livello domestico un meccanismo nazionale di monitoraggio con ampi poteri rispetto ai luoghi di detenzione. Questo sistema centrato su due capisaldi – le visite e il meccanismo nazionale di monitoraggio – potrebbe rivelarsi l'elemento di maggiore forza dell'OPCAT ed è certamente in linea con quanto sviluppato in questi anni dal CPT. Il Comitato, infatti, ha sempre ribadito che come garanzia fondamentale contro i maltrattamenti, tutti i luoghi di privazione della libertà debbano essere soggetti a continua osservazione da parte di un organismo indipendente a livello nazionale. Negli Stati europei che sono anche parti dell'OPCAT, i nuovi meccanismi nazionali di prevenzione stabiliti nel quadro degli obblighi OPCAT saranno senz'altro tra i maggiori interlocutori dello stesso CPT nel corso delle sue attività.

Il Protocollo opzionale esplicitamente invita alla collaborazione tra il Sottocomitato e gli Organismi regionali, quale è il CPT affinché mantengano una ostante reciproca consultazione e cooperazione, anche “al fine di evitare la duplicità degli interventi”. Mi sembra che tale richiesta sia di assoluta sensatezza ed è ferma intenzione del CPT sviluppare una strategia concreta per stabilire una continua collaborazione tra i due organismi. Un modo, utile anche al fine di un migliore impiego delle risorse, è quello di riprendere un'idea avanzata già nel passato dal CPT nel 1992, nel suo 3° Rapporto generale: diciassette Stati sono attualmente parti sia della Convenzione europea, sia del Protocollo opzionale. La proposta è che gli Stati vincolati da entrambi i trattati si accordino affinché i Rapporti del CPT sulle visite ai loro paesi siano immediatamente trasmessi in via riservata al Sottocomitato delle Nazioni Unite. Ciò faciliterebbe il coordinamento delle attività e soprattutto l'adozione di standard comuni.

Conclusioni

Con questi tre strumenti, CPT, SPT e nuove Regole penitenziarie europee, possiamo guardare al futuro con ottimismo nonostante il permanere delle serie violazioni da cui sono partito in questa mia presentazione? Sono molto esitante a dare una risposta affermativa.

Il sistema di continue visite è senza dubbio uno strumento importante, ma non può essere il solo strumento; affinché sia efficace occorre che sia affiancato da effettivi mezzi che assicurino l'implementazione delle raccomandazioni. Ciò richiede l'impegno serio e costante delle autorità nazionali. Richiede anche l'attenzione della società esterna. Soprattutto la diffusione di una diversa cultura che guardi ai luoghi di privazione della libertà come luoghi che le appartengono, che sono parte della società stessa e non come mondi separate, celati da alte mura o grate proprio per non essere visti. A oggi proprio tale consapevolezza e cultura diffusa sono essere ben lontane dall'essere acquisite.

Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione. Pisa 29.02.2008

La privazione della libertà nelle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Cristiana Bianco

Introduzione

Oggi sono chiamata a intervenire per portare la mia testimonianza di giurista referendario presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo, dove ho lavorato dal 2001 al 2005, occupandomi di casi concernenti principalmente le condizioni di detenzione e l'equità del processo penale.

Nell'intervento vorrei affrontare due aspetti particolari di quello che è il contributo del Consiglio d'Europa nella tutela dei soggetti "ristretti". In particolare vorrei darvi qualche spunto di riflessione sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quanto alla questione oggetto di questo convegno – "carcere fra reinserimento e esclusione" -. Qual è l'apporto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte europea sulla questione della privazione della libertà e del carcere e quale è la conseguenza sul diritto interno delle sentenze della Corte in questa materia.

Analizzerò quindi alcuni casi pratici di Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernenti la privazione della libertà, in particolare per farvi notare a quante e quali diverse soluzioni la Corte sia giunta valutando i casi di specie¹.

Mi preme porre l'accento sul fatto che in ragione del breve tempo che mi è stato concesso, il mio intervento non sarà esaustivo. I casi citati non saranno analizzati nella loro integrità ma solo utilizzati come esempio per spiegare l'applicazione nella pratica quotidiana dei diritti garantiti dalla Convenzione.

Importante sottolineare, per quello che oggi ci interessa, che, pur se alcune disposizioni toccano direttamente o indirettamente la questione della pena, e in particolare della pena privativa della libertà, in effetti la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo non è elaborata in maniera specifica per i detenuti, ciò vuol dire che la Convenzione non contiene disposizioni proprie che garantiscano la situazione di detenzione², (al riguardo per esempio il diritto ad un contatto confidenziale con l'avvocato³, il diritto a

¹ Tutte le sentenze e le decisioni della Corte europea citate nel presente commento sono disponibili sul sito Web www.echr.coe.int.

² P. Lambert, *Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational*, Rivista trimestrale dei diritti dell'uomo, v. 9, n° 34, p. 291-302, 1998.

L'articolo 5 della Convenzione rappresenta un elemento essenziale del sistema di protezione dei diritti dell'uomo. E' la sola disposizione della Convenzione che concerne in maniera specifica la detenzione.

³ Nel caso *Monarca c. Moldova*, n. 14437/05 del 10 maggio 2007, la Corte ha constatato la violazione dell'articolo 5 § 4 della Convenzione, a causa dell'ingerenza nel diritto del ricorrente di intrattenersi in maniera confidenziale con il suo avvocato. Nonostante diversi solleciti fatti dall'avvocato, questo ultimo ha potuto incontrare il suo cliente in una sala colloqui in cui un vetro lo divideva dal ricorrente. Si poteva parlare e farsi capire solo gridando e non si potevano scambiare documenti. Cfr. a tal proposito il caso *Viola c. Italia*, n° 45106/04, 5 ottobre 2006, riguardante la compatibilità della partecipazione del ricorrente in videoconferenza alle udienze di appello con l'articolo 6 §§ 1 e 3 della Convenzione

delle cure adeguate, o il diritto ad un ricorso per lamentarsi del trattamento durante la detenzione e tutto ciò che riguarda la quotidianità detentiva ⁴).

La privazione della libertà nelle sentenze della Corte

La privazione della libertà non costituisce in principio una limitazione ai diritti fondamentali ma, come l'ha affermato la Corte a diverse riprese, “ *la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons* ” (sentenza *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 28 giugno 1984, § 69) ⁵.

Sono dunque le disposizioni generali della Convenzione che possono e devono essere utilizzate per interrogarsi riguardo ai diritti dell'uomo, la questione della detenzione e della privazione della libertà. E' in questo contesto, che analizzerò alla luce della giurisprudenza recente della Corte le risorse fornite da alcuni diritti garantiti dalla Convenzione.

La libertà personale è, in effetti, una condizione fondamentale di cui ognuno dovrebbe in principio approfittare. La sua privazione può avere un impatto diretto e negativo sul godimento di numerosi altri diritti, dal diritto al rispetto della vita privata e familiare, alla libertà di riunione, associazione, espressione, passando per la libertà di movimento. Inoltre ogni privazione della libertà mette la persona in questione in una posizione molto vulnerabile e la espone al rischio di tortura e di trattamenti inumani o degradanti. I giudici sono dunque tenuti a ricordare sempre, per non svuotare la garanzia della libertà della sua sostanza, ogni detenzione deve essere eccezionale, obiettivamente giustificata, e non durare più tempo che quello strettamente necessario. Numerose decisioni della Corte insistono, in effetti, sul carattere primordiale del diritto alla libertà e alla sicurezza ⁶.

Diverse sono le disposizioni della Convenzione che possono essere toccate nella situazione in cui un soggetto sia privato della libertà. Si va dalla previsione dell'articolo 2 (diritto alla vita), alla previsione dell'articolo 13 (diritto a un ricorso effettivo) spesso passando attraverso la previsione degli articoli 3 (interdizione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e/o

⁴ Cfr. per esempio da ultimo *Di Giacomo c. Italia*, n. 25522/03, del 24 gennaio 2008 e *Papalia c. Italia*, n. 60395/00, del 4 dicembre 2007 quanto alla mancanza di ricorso per contestare il controllo e la censura della corrispondenza.

⁵ Nella decisione *Kudla c. Polonia* del 26 ottobre 2000 la Corte ha affermato per la prima volta il diritto di tutti i “reclusi” a delle condizioni di detenzione dignitose. Es: (da *Van der Ven c. Olanda*, 4 febbraio 2003) «... l'article 3 de la Convention leur impose toutefois de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis (arrêt Kudla précité, §§ 92-94) » .

⁶ Citiamo per esempio un estratto della sentenza *Kurt c. Turchia* (1998) § 123 : “*Il faut souligner aussi que les auteurs de la Convention ont renforcé la protection de l'individu contre une privation arbitraire de sa liberté par un ensemble de droits matériels conçus pour réduire au minimum le risque d'arbitraire en prévoyant que l'acte de privation de liberté est susceptible d'un contrôle juridictionnel indépendant et engagera la responsabilité des autorités. Les exigences de l'article 5 §§ 3 et 4, qui mettent l'accent sur la rapidité et le contrôle juridictionnel, revêtent une importance particulière à cet égard. Une prompt intervention judiciaire peut conduire à la détection et à la prévention de mesures présentant une menace pour la vie ou de sévices graves transgressant les garanties fondamentales énoncées aux articles 2 et 3 de la Convention (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Aksoyc. Turquie, p. 2282, § 76). Sont en jeu ici la protection de la liberté physique des individus ainsi que la sûreté de la personne dans une situation qui, faute de garanties, pourrait saper la prééminence du droit et soustraire les détenus à l'empire des formes les plus rudimentaires de protection juridique* ».

degradanti), 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 6 (diritto a una procedura equa) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

La sola riserva è chiaramente che la Corte non potrà esaminare la situazione dei detenuti che nella misura in cui questa viola uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. Bisogna porre però l'accento, infatti, sul fatto che la Corte agisce nella logica di un controllo esteriore indipendente e terzo, ma rappresenta in ogni caso l'intervento di un'istanza giudiziaria che si sviluppa su dei casi individuali (controllo giurisdizionale). Come autorevolmente affermato dal giudice Costa, Presidente della Corte, essa è uno specchio, non può adire, ma è tributaria dei ricorsi che riceve. La Corte Europea, infatti, può intervenire solo se è adita e solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, dunque, se l'accesso dei detenuti alle giurisdizioni interne è già cosa difficile in ragione della loro vulnerabilità sociale, sicuramente è ancora più difficile per quanto riguarda le giurisdizioni internazionali. Inoltre è sempre più difficile per i detenuti provare di aver subito dei trattamenti contrari alla Convenzione, cosa che spesso impedisce di arrivare ad una condanna. Una questione critica per esempio è sempre quella delle prove degli eventuali maltrattamenti. Dopo la sentenza *Tomasi contro Francia*, del 27 agosto 1992, che è il *leading case*, un elemento nuovo introdotto è stato l'inversione dell'onere della prova: le autorità che non hanno delle spiegazioni plausibili da portare alle doglianze dei detenuti che sono entrati in prigione in buona salute e che ne escono affetti da ferite o malattie dovranno essere considerate responsabili⁷. Importante ancora è porre l'accento sul fatto che nonostante la Convenzione sia entrata in vigore nel 1953, essa è uno strumento vivo e che le sue disposizioni sono interpretate dalla Corte in maniera dinamica e evolutiva.

La sentenza della Corte interviene *a posteriori* e, se costata la violazione di un diritto garantito, si impone allo Stato e nello stesso tempo è chiamata a fornire una linea di condotta agli altri Stati parte della Convenzione. Nella sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia* del 13 luglio 2000 (§ 249), la Grande Camera della Corte ha riassunto l'obbligazione degli Stati quanto all'adozione di misure generali per prevenire delle nuove violazioni e delle misure individuali per riparare le conseguenze della violazione subita dal ricorrente⁸. Delle misure individuali sono prese se necessario affinché la parte lesa sia rimessa nella stessa situazione precedente alla violazione della Convenzione: queste misure possono consistere nella riapertura di procedure giudiziarie nazionali, nella concessione di un permesso di soggiorno, nella cancellazione dal casellario giudiziario, etc. Delle misure generali sono prese, se necessario, per evitare che delle nuove violazioni della Convenzione simili si ripetano: queste misure possono consistere in emendamenti costituzionali, legislativi o regolamentari, in cambiamenti di giurisprudenza o delle pratiche amministrative e si attua attraverso la pubblicazione e la diffusione delle sentenze della Corte. In certi casi per esempio è evidente che la violazione costatata è la conseguenza di una legge interna, altre volte è l'assenza stessa di una legge che è all'origine di una violazione. In questo caso appartiene allo Stato in questione, per

⁷ cfr *Aksoy contro Turchia*, 18 dicembre 1996, *Raccolta di sentenze e decisioni* 1996-VI

⁸ « *En vertu de l'article 46 de la Convention les Parties contractantes se sont engagées à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé d'en surveiller l'exécution. Il en découle notamment que l'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences. Il est entendu en outre que l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour* ».

conformarsi alla sentenza della Corte, modificare la legge esistente o adottare una nuova e appropriata legislazione⁹.

Solo gli esempi pratici potranno farvi comprendere l'attualità della giurisprudenza della Corte, la quale negli ultimi anni si è dovuta confrontare con gli argomenti più diversi che vanno dal diritto di voto dei detenuti, alle pene detentive di lunga durata, alle detenzioni amministrative, alla compatibilità di alcuni regimi detentivi particolarmente rigidi con la Convenzione, ai modi di esecuzione delle pene e ai procedimenti disciplinari in carcere, alla stessa quotidianità detentiva e alla affettività in carcere. Allo stato attuale delle cose l'articolo 3 della Convenzione per esempio, è stato più volte utilizzato per interrogare la Corte riguardo alcuni diritti fondamentali quali le condizioni di vita esse stesse in prigione: il sovraffollamento, l'insufficienza di regole d'igiene (docce e accesso ai servizi troppo poco frequente), la indigenza e la povertà che non permettono l'acquisto di generi di prima necessità, l'assenza di intimità anche per i bisogni corporali, la regola delle portare i pigiama tutta la giornata almeno per gli internati, l'uso dei mezzi di contenzione, le perquisizioni invasive frequenti e a volte inutili, l'isolamento tanto sensoriale che sociale, i trasferimenti incessanti dei detenuti etc.

Ci si potrebbe domandare se la reclusione che mette in pericolo gli obiettivi stessi della detenzione come la prevenzione e il reinserimento, è suscettibile di costituire un trattamento inumano e degradante.

Suicidi in carcere e obbligazioni positive dello Stato:

L'articolo 2 protegge il diritto alla vita. Paradossalmente è spesso invocato quando la vittima è già morta (spesso si invocano altre disposizioni quando la vittima è viva).

Sfortunatamente le intersezioni tra disagio mentale e tra istituzioni totali e morte sono numerose. I comportamenti suicidari sono considerati un sintomo di un disagio mentale, ma bisogna anche rilevare che i suicidi potrebbero essere molto ridotti se la depressione e l'ansietà fossero trattate all'interno dei luoghi di privazione della libertà. Particolarmente importante è che l'articolo 2 richiede un obbligo positivo a carico degli Stati: la legislazione nazionale deve prevedere norme precise al fine di reprimere ogni ingiustificato attentato alla vita. L'obbligo generale di proteggere la vita previsto nella prima frase del paragrafo 1 è accompagnato da obblighi specifici quando gli agenti dello Stato sono costretti a ricorrere alla forza.

a) Responsabilità dello Stato per dei suicidi avvenuti in carcere :

Il caso *Kilinc et altri c. Turchia*¹⁰ riguardava un detenuto appellante che aveva dei precedenti di turbe mentali.

La Corte ha dovuto stabilire se le autorità avrebbero dovuto sapere che c'era un rischio immediato e reale che l'interessato potesse suicidarsi e se avevano fatto tutto il possibile per prevenire questo rischio. La Corte ha a tal proposito constatato che non era in dubbio che il soggetto soffrisse di problemi psichiatrici e che le autorità militari avrebbero dovuto prendere delle misure diverse in ragione dell'aggravamento del suo stato di salute. Le autorità avrebbero dovuto sapere che il ricorrente stava per suicidarsi e non avevano preso le misure necessarie a prevenire tale evento. Di conseguenza la Corte ha adottato una sentenza di violazione.

⁹ Un esempio sulle modifiche legislative, dal caso *Valasinas c. Lituania*, n°44558/98, 24 luglio 2001 « *En ce qui concerne la violation constatée par la Cour européenne en matière de contrôle de la correspondance des personnes détenues, le Parlement lituanien (Seimas) a adopté un nouveau Code de l'exécution des peines (Bausmių vykdymo kodeksas), qui a remplacé le Code pénitentiaire. Le nouveau Code est entré en vigueur le 1er mai 2003.* »

¹⁰ n° 40145/98, sentenza del 7 giugno 2005

Nel caso *Troubnikov c. Russia*¹¹ invece, la Corte è giunta alla conclusione opposta considerando che, nonostante l'interessato avesse degli antecedenti psichiatrici e che avesse già tentato il suicidio in una cella della sezione disciplinare, il suo stato al momento dei fatti non era grave né denotava una malattia psichiatrica pericolosa. Inoltre, nessun medico aveva dichiarato che c'era un rischio di suicidio, lo stato del ricorrente era stabile e il deterioramento è stato molto rapido e radicale. Quanto alla sorveglianza medica e psichiatrica dello stato mentale del ricorrente durante la detenzione nella sezione disciplinare (dove si è suicidato) non vi era stata secondo la Corte alcuna negligenza da parte delle autorità.

b) Assenza di indagini adeguate quanto alle circostanze che hanno causato la morte del figlio dei ricorrenti :

Nel caso *Troubnikov c. Russia* citato poco prima, la Corte ha concluso che nonostante le autorità avessero adottato tutte le precauzioni necessarie per evitare il suicidio, le indagini condotte in seguito dalle autorità non erano state effettive e ha concluso alla violazione dell'articolo 2 quanto alla mancanza di una inchiesta effettiva.

Nel caso *Tais c. Francia*, (n° 39922/03, 1° giugno 2006) la Corte ha dichiarato che vi era stata la violazione dell'articolo 2 (aspetto sostanziale e procedurale) quanto alla morte del figlio dei ricorrenti e alla mancanza di una inchiesta adeguata sulle circostanze di questa morte. Il Sig. Tais fu trovato morto, all'età di 33 anni, nella cella del commissariato di Arcachon, la mattina del 7 aprile 1993. Era stato messo in questa cella la sera prima per fargli smaltire la ubriacatura. L'autopsia fatta nell'immediato stabilì che la causa della morte era stata una emorragia della milza a causa di una ferita e rilevava la presenza di ecchimosi multiple in diverse parti del corpo e la frattura di due costole che aveva provocato la perforazione di un polmone. Il rapporto metteva in luce inoltre che il Sig. Tais era sieropositivo, quindi uno stato fisico più fragile. Secondo il Governo francese, il ricorrente è morto a causa di una caduta. In ragione della discordanza tra il rapporto medico precedente e l'autopsia, tenuto conto che le violenze subite non possono non essere avvenute che durante la detenzione, e del fatto che la Francia non ha saputo spiegare le cause della ferita che ha provocato il decesso, la Corte ha concluso che la Francia era responsabile per il decesso e non aveva saputo proteggere il diritto alla vita del ricorrente. Inoltre l'inchiesta sui fatti non era stata svolta in maniera adeguata e effettiva.

c) Obbligazioni positive previste dall'articolo 3

La Corte ha più volte ripetuto che l'articolo 3 della Convenzione contiene uno dei valori fondamentali delle società democratiche e richiede una vigilanza estrema¹². Contiene una garanzia assoluta, anche nelle situazioni più difficili nella lotta contro il terrorismo o il crimine organizzato¹³ ed è un diritto inderogabile, cioè non prevede né restrizioni né derogazioni, contrariamente ad altre disposizioni della Convenzione, e non consente un margine di apprezzamento agli Stati. Le persone possiedono tale diritto in ragione della dignità della persona umana, quali che siano gli atti che hanno commesso¹⁴. In assenza di comportamenti vietati è la Corte che deve procedere a una interpretazione autonoma, evolutiva e dinamica alla luce delle condizioni di vita attuali.

¹¹ n° 49790/99, sentenza del 5 luglio 2005

¹² *Ribisch c. Austria*, 4 dicembre 1995, § 32

¹³ *Assenov e altri c. Bulgaria*, 2 ottobre 1998, § 93; *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999, § 95, *Dakratos c. Lituania*, 10 ottobre 2000, § 32 ; *Labita c. Italia*, 4 aprile 2000 ; *Indelicato c. Italia*, 18 ottobre 2001

¹⁴ *V. e T. c. Regno Unito*, 16 dicembre 1999

La Corte ha anche rilevato in generale l'esistenza di obbligazioni positive che pesano sullo Stato di prendere le misure appropriate a impedire che dei trattamenti contrari all'articolo 3 vengano perpetrati nei confronti delle persone private della libertà, ed ha riconosciuto la violazione dell'articolo 3, quando, essendo la violazione difendibile ma non provabile, c'è stata una negligenza dello Stato in questione nel mettere in atto e portare avanti una inchiesta effettiva che miri alla identificazione dei colpevoli.

Proprio in due casi contro l'Italia¹⁵ la Corte ha nuovamente sottolineato che quando un individuo offre in maniera difendibile di aver subito, da parte della polizia o di altri servizi dello Stato dei trattamenti contrari all'articolo 3, questa disposizione combinata con il dovere generale imposto agli Stati dall'articolo 1 della Convenzione, impone una obbligazione procedurale che richiede che vi sia una inchiesta effettiva che deve portare alla identificazione dei responsabili se vi è il sospetto che l'interessato abbia subito maltrattamenti¹⁶.

Nel caso *Keenan c. Regno Unito*¹⁷ (che mette in causa anche l'articolo 2) che riguardava il suicidio di un giovane detenuto sofferente mentale e messo in isolamento, la Corte ha stabilito che l'applicazione di una sanzione disciplinare pesante – sette giorni di isolamento nella sezione disciplinare e 28 giorni di detenzione supplementare - due settimane dopo i fatti accaduti e solo nove giorni prima della data prevista per il termine della pena, che sicuramente ha minato la resistenza fisica e mentale del ricorrente, non è compatibile con il livello minimo di trattamento richiesto per un malato mentale. Questa sanzione ha costituito dunque per la Corte un trattamento e una pena inumana e degradante.

L'uso delle manette:

La Corte ha indicato che per quanto concerne il campo di applicazione dell'articolo 3 la detenzione ordinaria non rientra in quanto tale in tale campo di applicazione. Nella sentenza *Raninem contro Finlandia* del 16 dicembre 1997, per esempio, la Corte ha affermato che l'uso delle manette non si può considerare una importante violazione dell'articolo 3 nella misura in cui non avviene con la forza, non eccede le necessità e non espone una persona alla degradazione pubblica, in tal caso la soglia minima per l'applicazione dell'articolo 3 non è raggiunta perché l'uso delle manette non ha come fine di umiliare o indebolire la persona sul piano fisico o morale

Nel caso *Mouisel c. Francia* al contrario, la Corte ha stabilito che nella situazione particolare del ricorrente l'uso delle manette poteva costituire un trattamento degradante. Mouisel¹⁸ sosteneva che il metodo del trasferimento dal penitenziario alla clinica specialistica, avesse integrato un trattamento inumano e degradante, chiedendo l'applicazione dell'art. 3 della Convenzione. Nella decisione della Corte, che ha dato ragione al ricorrente e torto al governo francese, ha pesato in maniera ingombrante il rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (di seguito CPT) sulle carceri francesi, compiuto dal 14 al 26 maggio del 2000¹⁹. Anche nel caso *Istratii c. Moldova*, del 27 marzo 2007, la Corte ha considerato che l'aver ammanettato il ricorrente a un radiatore dell'ospedale, nell'attesa dell'operazione abbia comportato una violazione dell'articolo 3.

In un caso molto recente contro la Russia (*Gorodnitchev. c. Russia*, n. 52058/99, del 24 maggio 2007) la Corte si è spinta sino a affermare la violazione dell'articolo 3 quanto all'uso delle manette durante l'udienza pubblica, che non era giustificato da motivi di sicurezza.

¹⁵ *Labita c. Italia* GC, n° 26772/95, 6 aprile 2000, CEDH 2000-IV e *Indelicato c. Italia*, n. 31143/96, definitiva dal 18 gennaio 2002, *Denizci e altri c. Cipro*, 23 maggio 2001

¹⁶ cfr. di recente *Dönmüş e Kaplan c. Turchia* e *Süleyman Erkan c. Turchia* del 31 gennaio 2008

¹⁷ *Keenan c. Inghilterra*, 3 aprile 2001, § 99

¹⁸ *Mouisel c. Francia*, n° 67263/01, 11 aprile 2002, CEDH 2002-IX.

¹⁹ www.cpt.coe.int

Nel caso *Erdogan Yagiz c. Turchia* (n. 27473/02, del 6 marzo 2007), la Corte ha affermato che aver sottoposto il ricorrente ammanettato in pubblico, dinanzi la sua famiglia e poi i suoi colleghi di ufficio, lo ha sottoposto a uno stress non necessario e ha costituito un trattamento degradante.

In un altro caso recente contro l'Ucraina (*Koutcherouk c. Ucraina*, n. 2570/04, del 6 settembre 2007), la Corte ha concluso alla violazione dell'articolo 3 tra l'altro per aver detenuto il ricorrente (malato di schizofrenia) in cella d'isolamento 9 giorni di cui 7 ammanettato.

Le perquisizioni corporali:

In un recente caso contro la Francia, (*Frérot c. Francia*, n. 70204/01 del 12 giugno 2007), la Corte ha considerato un trattamento degradante le perquisizioni integrali al detenuto (durante la detenzione nel carcere di Fresnes) con ispezione anale visiva e sistematica dopo ogni colloquio per un periodo di 2 anni. Nel caso *Wieser c. Austria*, (n° 2293/03, del 22 febbraio del 2007) che invece riguarda fatti avvenuti durante l'arresto, la Corte ha giudicato che vi era stata una violazione dell'articolo 3 per il modo in cui l'arresto e la perquisizione erano avvenuti. Il ricorrente durante l'arresto (avvenuto nella sua casa) era stato bendato e poi spogliato per perquisirlo e poi rivestito. A causa dello shock per l'arresto il ricorrente aveva urinato nei suoi pantaloni ma l'ufficiale della polizia, nonostante le sue richieste, aveva rifiutato di farlo cambiare. Il ricorrente aveva allegato anche che durante la perquisizione della sua casa era stato costretto a rimanere steso a terra con il viso rivolto al pavimento per 15 minuti mentre un poliziotto lo forzava con il ginocchio a rimanere in questa posizione minacciandolo di morte nel caso si fosse mosso. Senza dargli altri dettagli, dopo la perquisizione, il ricorrente fu portato alla stazione di polizia dove fu interrogato fino alle 3, 40 della notte e poi rilasciato. Durante tutto il tempo dell'arresto e della detenzione il ricorrente rimase ammanettato²⁰.

Quanto al regime di detenzione all'interno della prigione un caso interessante e da cui si può comprendere come può avvenire la collaborazione tra la Corte e il CPT, è il caso *Van der Ven c. Olanda* (n. 50901/99 CEDH 2003-II)²¹. La Corte Europea si trovò in preciso accordo con il Comitato, nel considerare la reclusione nel carcere EBI come destabilizzante psichicamente; inoltre la stessa Corte ritenne impossibile, per il detenuto, riuscire ad essere rieducato in quella struttura, a causa del sovraffollamento. Proprio la Corte ha affermato che: *“Consiste in un trattamento inumano e degradante, così come capitato al ricorrente, lo spogliarsi nudi dei detenuti davanti ai loro carcerieri”*.

Il sovraffollamento e l'insalubrità delle celle:

E' importante ricordare la decisione sull'ammissibilità del caso *Kalashnikov c. Russia* del 18 settembre 2001²² in cui il governo russo aveva sollevato una eccezione di inammissibilità per

²⁰ Dalla sentenza *Wieser c. Austria* : *“During arrest : The applicant was subsequently laid on a table where he was stripped naked, searched for arms and dressed again. According to the applicant he was blindfolded during this time. Upon the shock of his arrest the applicant had urinated in his clothes. The police officers, despite the applicant's repeated requests, refused to let him change his clothes.*

The applicant submits that he was then again forced to the ground where he remained for about 15 minutes while some of the police officers searched his house. According to the applicant he was lying face down while a police officer pressed his knee on the back of his neck. This police officer allegedly told the applicant: “Don't move, otherwise you are dead.” He further submits that it was only when he was lifted up that, without giving any further reasons, he was told that he was arrested. The applicant was subsequently taken to the Altach police station where he was questioned until about 3.40 a.m. when he was released and taken back to his house. During all of the time of his arrest and detention the applicant remained handcuffed”

²¹ cfr. di recente caso *Salah c. Olanda* n. 8196/02, del 6 luglio 2006

²² *Kalashnikov c. Russia*, n° 47095/99, CEDH 2002-VI

non esaurimento delle vie di ricorso interne da parte del ricorrente. Il Governo non aveva però, portato la prova che questi ricorsi avrebbero potuto ripristinare la situazione. La Corte ha rigettato l'eccezione, sostenendo che è vero che il ricorrente non aveva utilizzato i vari ricorsi esistenti all'epoca, ma che sarebbero stati inutili visto che i problemi legati al sovraffollamento erano di natura strutturale e non riguardavano solo la sua situazione individuale.

Quanto al sovraffollamento e all'insalubrità delle celle, cito solo uno dei casi più recenti contro la Russia, *Lind c. Russia*, (n. 25664/05, del 6 dicembre 2007), in cui la Corte ha riaffermato che il fatto che il ricorrente fosse costretto a vivere, dormire e usare il bagno nella stessa cella e alla presenza di tutti gli altri detenuti era in se stesso sufficiente per sottoporre il ricorrente a una sofferenza tale da eccedere il livello inevitabile inerente la detenzione e per creare dei sentimenti di angoscia, paura e inferiorità propri a umiliarlo e a avvilirlo. A aggravare la situazione il fatto che il ricorrente soffriva di una patologia renale cronica e che nessun trattamento medico gli fu somministrato. Detenendo il ricorrente in queste celle sovraffollate e rifiutandogli le cure mediche adeguate, la Corte ha affermato che le autorità lo hanno costretto a un trattamento inumano e degradante²³.

In un caso adottato il 5 aprile 2005, per esempio, introdotto contro l'Ucraina (*Nevmerjitsky c. Ucraina*, n° 54825/00, 5 aprile 2005, §§ 86 – 88), la Corte ha considerato che le condizioni di detenzione del ricorrente, anche se non potevano essere stabilite con certezza a causa dell'intervallo intercorso, erano degradanti. In effetti, le allegazioni del ricorrente coincidevano in maniera generale con i risultati delle ispezioni effettuate dal CPT e con quelle eseguite dal Commissario dei diritti dell'uomo del parlamento ucraino e il governo non aveva fatto alcun commento su queste allegazioni. In conseguenza, la Corte ha affermato che il ricorrente era detenuto in condizioni deplorabili e intollerabili che equivalevano a un trattamento degradante. Inoltre, le condizioni di salute del ricorrente dopo la detenzione e le malattie che egli aveva contratto durante il periodo in questione, dimostrerebbero che questi era stato detenuto in un ambiente insalubre, contrario alle fondamentali regole d'igiene.

Il principio previsto dall'articolo 5 § 1 : “ *Nul ne peut être privé de sa liberté*”

Per rispettare l'articolo 5 § 1 della Convenzione, la detenzione deve avvenire secondo “le vie legali” e essere “regolare”. In questa materia la Convenzione rinvia alla legislazione nazionale e consacra l'obbligo di rispettare le norme sostanziali e procedurali ma esige soprattutto la conformità di ogni privazione della libertà alla finalità prevista dall'articolo 5: proteggere l'individuo dagli atti arbitrari²⁴.

Nel caso *Mocarska c. Polonia*, n. 26817/05 del 6 dicembre 2007, in cui la ricorrente, invocando l'articolo 5 § 1, si lamentava di essere stata detenuta irregolarmente in un centro di detenzione ordinaria per 8 mesi nell'attesa di essere ammessa in un ospedale psichiatrico, la Corte ha considerato che :

« Elle dit qu'un délai de huit mois pour faire admettre l'intéressée dans un hôpital psychiatrique et le retard corrélatif pris pour la soumettre à un traitement psychiatrique ne peuvent passer pour acceptables. Dans les circonstances de l'espèce, il n'a pas été ménagé

²³ cfr tra gli altri, *Frolov c. Russia* n° 205/02, 29 marzo 2007, *Kadikis c. Lettonia* (n° 2) n° 62393/00, 4 maggio 2006, *Mamedova c. Russia*, n° 7064/05, 1 luglio 2006, *Romanov c. Russia*, n° 63993/00, 20 ottobre 2005, §§ 77-84, *Labzov c. Russia* n° 62208/00, 16 giugno 2005, *Nossolov c. Russia* n° 66460/01, 2 giugno 2005, *Mayzit c. Russia* n° 63378/00, 20 gennaio 2005, *Peers c. Grecia*, n° 28524/95, § 75, CEDH 2001-III

²⁴ Cfr, tra molti altri i casi : *Winterwerp c. Olanda*, 24 ottobre 1979, serie A n° 33, pp. 17-18 e 19-20, §§ 39 e 45, *Bizzotto c. Grecia*, 15 novembre 1996, *Raccolta di sentenze e decisioni* 1996-V, p. 1738, § 31, *Aerts c. Belgio*, § 46, citata, *Pezone c. Italia*, n° 42098/98, 18 dicembre 2003, *Stafford c. Regno Unito*, n° 46295/99, 28 maggio 2002, *Hill c. Regno Unito*, 19365/02, 27 aprile 2004, *Riviere c. Francia*, n° 33834/03, 11 luglio 2006, *Koutcherouk c. Ucraina*, 2570/04, 6 settembre 2007.

un équilibre raisonnable entre le droit de la requérante à la liberté et le risque qu'elle représentait pour sa famille et autrui. La Cour conclut donc, à l'unanimité, à la violation de l'article 5 § 1 à raison de la détention de l'intéressée du 25 octobre 2005 au 30 juin 2006 ».

Nel caso *Modarca c. Moldova* (n. 14437/05 del 10 maggio 2007), in cui il ricorrente tra l'altro di lamentava di essere stato detenuto illegalmente e senza che il tribunale avesse giustificato in maniera pertinente e sufficiente la sua detenzione, la Corte ha, per esempio, stabilito ai sensi dell'articolo 5 § 1 che :

« *Relevant que le terme de la détention provisoire avait été fixé au 24 octobre 2004 par la dernière ordonnance qui avait été prise en la matière, la Cour considère que le maintien du requérant en détention au-delà de cette date était dépourvu de base légale et conclut à cet égard à la violation de l'article 5 § 1 ».*

Nel caso *Koutcherouk c. Ucraina*, citato in precedenza, la Corte ha considerato la violazione dell'articolo 5 § 1 a causa del prolungamento dell'internamento dopo il ritiro della ingiunzione che ordinava il trattamento psichiatrico obbligatorio del ricorrente.

La detenzione di un soggetto con problemi mentali:

“In linea di principio la « detenzione » di una persona affetta da un problema mentale non sarà considerata « regolare » quanto al comma e) del paragrafo 1 dell'articolo 5 se non si attua in ospedale, in una clinica o in un'altra struttura appropriata” .

Nel caso *Filip c. Romania*, (n. 41124/02, del 14 marzo 2007), la Corte ha valutato che il ricorrente era stato internato per una durata illimitata, su decisione del pubblico ministero, presa senza alcun parere precedente di un medico esperto. Il pubblico ministero ha ordinato la perizia solo 1 mese dopo l'internamento e dopo aver ricevuto la denuncia del ricorrente che criticava la legalità della misura di prevenzione. La Corte ha sempre considerato che la previa valutazione di un esperto medico psichiatra è indispensabile, tenendo conto in particolare del fatto che il ricorrente non aveva precedenti problemi psichiatrici. Non si trattava nel caso di specie di un internamento psichiatrico di urgenza, situazione in cui si può pensare di soprassedere e ordinare nell'immediato una perizia medico psichiatrica. La Corte ha quindi valutato che la privazione della libertà del ricorrente, ai sensi dell'articolo 5 § 1 e), non era stata valutata secondo le vie “legali” come lo esige la formula dell'articolo 5 § 1²⁵.

Nel caso *Mocarska c. Polonia*, citato in precedenza, la Corte ha considerato la violazione dell'articolo 5 § 1 e) a causa del prolungamento della detenzione della ricorrente in un centro di detenzione ordinario nell'attesa di essere ammessa in un ospedale psichiatrico.

Nel caso *Herczegfalvy contro Austria*, del 24 settembre 1992, la questione principale analizzata è stata quella dei mezzi di contenzione, in questo caso la Commissione ha riscontrato la violazione dell'articolo 3 sulla base di più elementi : la maniera in cui i mezzi di contenzione medici erano stati inflitti (i neurolettici), il fatto di aver privato il ricorrente di forze poiché lui faceva lo sciopero della fame e il suo isolamento di lunga durata. La Commissione non è stata però seguita dalla Corte che ha più volte affermato e sviluppato la teoria della necessità terapeutica²⁶.

²⁵ *Filip c. Roumania*, citata, § 55-66 (internamento psichiatrico non giustificato e conforme al diritto interno) *Hutchinson Reid c. Regno Unito*, n° 50272/99, 20 febbraio 2003, *Winterwerp*, sentenza citata, pp. 17-18, § 39, *Johnson c. Regno Unito*, 24 ottobre 1997, Raccolta 1997-VII, pp. 2409, § 60, *Varbanov c. Bulgaria*, n° 31365/96, § 45, CEDH 2000-

²⁶ Cfr. a tal proposito due importanti e recenti raccomandazioni del Comitato dei Ministri – R(99) 4 adottata il 23.02.99 che riguarda la protezione dell'adulto incapace e l'altra più recente R (2004)10 adottata il 22.09.04 (il regno unito non è d'accordo con questa raccomandazione) che riguarda la dignità e i diritti dell'uomo con “*mental disorder*” ed è una raccomandazione più estensiva.

Il diritto a essere informato e il diritto di essere tradotto dinanzi a un giudice:

Chiunque sia privato della libertà, ha il diritto di conoscerne i motivi. Il diritto a essere informato vale per tutte le ipotesi di privazione della libertà, che si collochino o meno in ambito penale. Tale disposizione obbliga a segnalare nel più breve tempo e in una formulazione semplice e accessibile, le ragioni giuridiche e fattuali della sua privazione della libertà affinché l'interessato possa contestarne eventualmente la legittimità dinanzi a un tribunale.

La sentenza *Saadi c. Regno Unito*, (n° 13229/03, del 29 gennaio 2008), riguarda la detenzione del ricorrente kurdo iracheno, medico, residente a Londra, durata 7 giorni in un centro per i richiedenti asilo (Oakington). La Corte ha considerato la violazione dell'articolo 5 § 2 della Convenzione poiché le autorità hanno comunicato al ricorrente le ragioni dell'arresto solo dopo 76 ore e la Corte ha considerato questo termine incompatibile con “ *le plus bref délai*” previsto dall'articolo.

Il paragrafo 3 dell'articolo 5 ingloba un certo numero di garanzie essenziali per fare della privazione della libertà un'eccezione alla regola della libertà e per assicurare il controllo giudiziario degli arresti e delle detenzioni. L'obbligazione enunciata dall'articolo 5 § 3 per garantire un controllo giudiziario dell'arresto e della detenzione comprende 3 elementi: la qualità della persona che esercita il controllo, il ruolo dell'autorità giudiziaria incaricata di stabilire un termine alla detenzione e il termine entro il quale questo controllo si deve esercitare.

Porto un esempio estremo sulla durata della custodia cautelare: il caso *Lelievre c. Belgio*, (n. 11287/03, dell'8 novembre 2007). Il ricorrente, complice nel caso “*Dutroux*”, fu arrestato nell'agosto 1996 per aver rapito e sequestrato una minore. Durante la custodia cautelare fu accusato inoltre di rapimento di altre 6 persone di cui 5 minori, con la aggravante che questi fatti avevano causato la morte di 4 di queste persone e per il sequestro di altre 3 persone. Il processo si aprì il 1 marzo 2004. Il 22 giugno 2004 la Corte d'assise di Arlon ha condannato il ricorrente a 25 anni di carcere. La Corte ha considerato che le autorità belghe non hanno mai seriamente considerato la questione delle misure alternative a questa detenzione, pur se il ricorrente ha avanzato delle proposte in questo senso (cfr. par 97-104 della sentenza) . L'interessato è stato detenuto 7 anni 18 mesi e 8 giorni e le autorità non hanno fornito dei motivi “pertinenti e sufficienti” per giustificare una detenzione talmente lunga. Inoltre la procedura non è stata condotta con la “*diligenza particolare*” che si impone nella materia (cfr. par 105-107 della sentenza)..

Il diritto a un controllo giudiziario e alla “riparazione”:

Il diritto a un controllo giudiziario porta sulla regolarità e la legalità della detenzione (art. 5 § 4). Una persona privata della libertà ha diritto a un controllo della « regolarità » della sua detenzione sotto il profilo non solo del diritto interno ma anche della legittimità convenzionale.

Se si considera soltanto il momento iniziale della privazione della libertà, soprattutto quando si situa in ambito non penale, il controllo può essere incorporato nella decisione che ha ordinato la privazione della libertà, a condizione che il procedimento seguito dinanzi all'organo competente abbia avuto carattere giudiziario e abbia fornito all'individuo garanzie idonee per la privazione della libertà di cui si lamenta: per esaminare se il procedimento offre garanzie sufficienti è necessario esaminare la natura particolare delle circostanze in cui si è svolto. L'esigenza di questo controllo è al giorno d'oggi particolarmente critica e sensibile in rapporto alla misure di sicurezza e di prevenzione, spesso a durata indeterminata, prese spesso nei confronti di recidivi, di malati mentali e di minori, così come in rapporto a pene di lunga

durata. La maggior parte di queste misure hanno come comune denominatore la pericolosità dell'autore.

L'inosservanza di una qualsiasi delle disposizioni dell'articolo 5, dal paragrafo 1 al 4, comporta l'obbligo per lo Stato di risarcire il danno subito a causa di detta inosservanza.

Nel caso *Monarca c. Moldova*, già citato in precedenza (cfr. nota 2), la Corte ha constatato la violazione dell'articolo 5 § 4 della Convenzione a causa dell'ingerenza nel diritto del ricorrente di intrattenersi in maniera confidenziale con il suo avvocato. Nonostante diversi solleciti fatti dall'avvocato, questo ultimo ha potuto incontrare il suo cliente in una sala colloqui in cui un vetro lo divideva dal ricorrente. Si poteva parlare e farsi capire solo gridando e non si potevano scambiare documenti.

Nel caso *Fodale c. Italia*, (n° 70148/ 01, del 1 giugno 2006), la Corte ha considerato che la procedura per il controllo della legalità della detenzione del ricorrente non era stata equa in ragione del fatto che decidendo sull'appello del pubblico ministero, la Corte di cassazione ha fissato la data dell'udienza senza notificare la citazione a comparire al ricorrente e al suo avvocato. L'accusato non ha dunque potuto presentare delle memorie, esprimersi oralmente o replicare agli argomenti del pubblico ministero. Un rappresentante di questo ultimo invece ha potuto assistere dinanzi la Corte di cassazione. La Corte è giunta in questo caso alla conclusione che le esigenze di un processo contraddittorio e della parità delle armi non erano state rispettate²⁷.

Nel caso *Koutcherouk c. Ucraina*, citato più volte, la Corte ha constatato la violazione dell'articolo 5 § 4 per l'impossibilità di ottenere una procedura di controllo della legalità del suo periodo in prigione in vista di un trattamento medico obbligatorio.

Permessi di uscita e rapporti con l'esterno:

Se le restrizioni alle visite familiari in carcere costituiscono le ingerenze le più numerose nella giurisprudenza della Corte, il rifiuto opposto a un detenuto di uscire dal mondo carcerario, attraverso un permesso temporaneo, al fine per esempio di mantenere i legami familiari, si deve egualmente analizzare in un ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 8 (cfr. sentenza *Ploski c. Polonia*, n° 26761/95, 12 novembre 2002).

Dal punto di vista di un'altra disposizione, la Corte riconosce il fine legittimo di una politica di risocializzazione progressiva dei condannati a pene detentive, e ha considerato che delle misure di permesso di uscita temporaneo possono contribuire al reinserimento dei detenuti, anche nel caso che questi siano stati condannati per crimini violenti (*Mastromatteo c. Italia*, [GC], n° 37703/99, § 72, CEDH 2002-VIII). Questa ingerenza non contrasta con la Convenzione se è prevista dalla legge, ha un obiettivo legittimo ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 8 e può essere considerata necessaria in una società democratica (*Ploski* citata, § 30).

Altri esempi :

Lind c. Russia, (n. 25664/05, del 6 dicembre 2007): possibilità di dire addio al padre morente al telefono: violazione²⁸

²⁷ Cfr. *Fodale c. Italie* n° 70148/ 01, del 1 giugno 2006 (procedura sul controllo della legalità della detenzione non equa: violazione)

Tra gli altri : *Fuchser c. Svizzera*, n° 55894/00, 13 luglio 2006, § 39-53; *Herz c. Germania*, n° 44672/98, 12 giugno 2003 . I ricorsi T. e V. c. Regno Unito, oggetto di 2 sentenze della Grande Camera della Corte del 16 dicembre 1999, riguardanti la detenzione di due minori condannati “ *pour la durée qu'il plaira à Sa Majesté* ”. La sentenza *Curley c. Regno Unito*, del 28 marzo 2000 riguarda il controllo della detenzione fatto dalla Commissione di liberazione condizionale “ *Commission de libération conditionnelle* ”.

²⁸ « *La Cour note que le respect de la vie familiale du requérant exigeait que, une fois la demande de remise en liberté rejetée, on offrît à l'intéressé une autre possibilité de dire adieu à son père mourant. En fait, M. Lind a*

Dickson c. Regno Unito (n° 44362/04, del 4 dicembre 2007): Rifiuto di autorizzare un detenuto sposato a una inseminazione artificiale: violazione

Schemkamper c. Francia, (n° 75833/01, del 18 ottobre 2005) : Rifiuto a un detenuto di rendere visita al padre malato: non violazione²⁹

Baginski c. Polonia, (n° 37444/97, dell'11 ottobre 2005): Rifiuto di autorizzare un detenuto a ricevere la visita della madre e del fratello: violazione³⁰

Utilizzazione, nell'ambito di una procedura penale, di una prova ottenuta in violazione dell'articolo 8 :

Nel caso *Jalloh c. Germania*, (n° 54810/00, dell'11 luglio 2006), la Corte ha concluso che il fatto di avere permesso l'utilizzazione nel processo contro il ricorrente di elementi ottenuti grazie alla somministrazione forzata dell'emetico ha violato il diritto dell'interessato a non contribuire alla propria incriminazione e quindi all'equità della procedura valutata nel suo insieme³¹.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte sull'applicazione delle garanzie previste dall'articolo 6 § 1 alla fase dell'esecuzione della pena:

Dei nuovi ricorsi hanno posto il problema dell'assenza del carattere equo, contraddittorio o di pubblicità delle procedure in materia di liberazione condizionale, permessi di uscita, liberazione su prova, o esecuzione della pene in alcuni regimi particolari. L'insieme di questi

été autorisé à parler à son père au téléphone, en russe uniquement ; la conversation a duré une minute et a été interrompue par l'administration pénitentiaire. Le Gouvernement n'a fourni aucune explication quant à cette interruption. La Cour estime qu'une conversation d'une minute, dans une langue que le père du requérant comprenait mal, n'a pas réellement permis à l'intéressé de dire adieu à son père. Aucune autre possibilité de prendre contact avec son père n'a été offerte au requérant. Dès lors, la Cour conclut que les autorités nationales ont manqué à garantir le respect de la vie familiale du requérant au regard de l'article 8 de la Convention, et qu'il y a eu violation de cette disposition ».

²⁹ « La Cour constate que les parents du requérant ont obtenu un droit de visite permanent et qu'ils l'ont exercé régulièrement, en particulier le père, au cours de l'année 2001, période au cours de laquelle le refus litigieux de permission de sortie fut opposé au requérant. L'état de santé du père du requérant ne le plaçait donc pas dans une situation telle qu'il lui était impossible de rendre visite à son fils. La Cour note d'ailleurs que le requérant fut autorisé par la suite, en 2003, à sortir à trois reprises pour voir son père, si bien que la situation dénoncée en 2001 par le requérant ne revêtait pas un caractère d'urgence qui eût pu justifier exceptionnellement, eu égard à la gravité de la peine prononcée, une permission de sortir. Dans ces conditions, la Cour est d'avis que la décision du juge de l'application des peines du 19 avril 2001 n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi et que les autorités compétentes ont pris, au vu des circonstances particulières de la cause, les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles. Elle observe en outre que les liens familiaux, pour légitimes qu'ils demeurent en tout état de cause, sont dépendants de l'âge et de l'état de santé des membres de la famille en cause. Comte tenu de ce qui a été dit ci-dessus, ni l'âge ni l'état du père du requérant n'exigeaient en l'espèce une protection exceptionnelle de ces liens ».

³⁰ « Pendant sa détention, les nombreuses demandes formées par le requérant et sa mère en vue d'obtenir un droit de visite furent rejetées au motif que celle-ci avait été citée comme témoin par l'accusation. En 1996, le requérant se plaignit de n'avoir été autorisé qu'à téléphoner deux fois à sa mère et une fois à son fils. Il ne fut pas autorisé à appeler son frère. Le requérant se plaignit aussi que l'autorisation du tribunal de téléphoner fut transmise trop tard à la direction de la prison et qu'il n'avait en conséquence pas pu en faire usage. La Cour note que les restrictions touchant les visites de la mère du requérant à celui-ci, si elles ont pu se justifier initialement, sont allées au-delà de ce qui était nécessaire dans une société démocratique à « la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ». La Cour juge que les autorités n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les moyens employés et le but recherché. Elle conclut dès lors à l'unanimité à la violation de l'article 8 ».

³¹ Cfr. Anche *Allan c. Regno Unito*, n° 48539/99, 5 novembre 2002

ricorsi ha posto la questione di sapere se le procedure riguardanti l'esecuzione della pena, molto giurisdizionalizzate in alcuni paesi europei, rientrano nel campo di applicabilità di questo articolo.

La Corte per esempio è giunta a due conclusioni diverse in due casi, l'uno contro il Regno Unito e gli altri contro l'Italia.

Nei casi contro il Regno Unito (cfr. *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, n° 39665/98 e 40086/98, sentenza del 9 ottobre 2003), riguardanti le garanzie di equità della procedura nei procedimenti disciplinari, la Corte ha considerato che i giorni supplementari a cui erano stati condannati i ricorrenti durante il procedimento disciplinare potessero essere considerati come una privazione della libertà supplementare che si andava ad aggiungere alla pena iniziale. In tal caso, vi è una presunzione che l'articolo 6 § 1 si applica quanto a « un'accusa in materia penale ».

Nei casi contro l'Italia riguardanti la proroga del decreto di applicazione del regime di cui all'articolo 41 bis dell'ordinamento penitenziario, la Corte ha considerato la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione in ragione del ritardo nell'esame dei ricorsi dei ricorrenti contro i decreti ministeriali che applicavano il regime di cui all'articolo 41 bis (in ultimo *Papalia c. Italia* n. 60395/00, del 4 dicembre 2007 e *Asciutto c. Italia*, n. 35795/02, del 27 novembre 2007³²). La Corte ha sottolineato che alcune delle limitazioni serie stabilite dai decreti di proroga – come quelle riguardanti i contatti con la famiglia e quelle che riguardano il patrimonio – riguardano i diritti della persona e quindi rivestono “un carattere civile”³³.

Due casi recenti con cui la Corte si è dovuta confrontare, affrontano due problemi molto attuali sulla pena detentiva e le sue conseguenze: la compatibilità della pena della prigione a vita incompressibile con la Convenzione e la possibilità, prevista dal diritto inglese, della limitazione al diritto di voto dei detenuti.

a) La compatibilità della pena della prigione a vita incompressibile con la Convenzione:

Il caso *Leger c. Francia*³⁴ riguarda un detenuto condannato nel 1966 dalla Corte d'Assise alla prigione a vita (“*reclusion criminelle à perpétuité*”) e detenuto per più di 41 anni. Le sue richieste di liberazione condizionale sono state tutte rigettate e il ricorrente allega una violazione dell'articolo 3 della Convenzione considerando che una pena di tal durata costituisce una tortura o in subordine un trattamento inumano e/o degradante. Dopo l'udienza tenuta a Strasburgo il 26 aprile 2005 e a decorrere da ottobre 2005, il ricorrente ha ottenuto la liberazione anticipata.

Il caso pone di nuovo all'attenzione della Corte un problema già affrontato in diversi altri ricorsi ed è pendente dinanzi la Grande Camera della Corte.

Nella decisione *Izquierdo Medina c. Spagna* (del 14 gennaio 2003) per esempio, la Corte ha affermato che in principio, il fatto di sapere se una pena legalmente pronunciata è appropriata non rientra nel campo di applicazione della Corte. Così come non spetta alla Corte stabilire quale è la pena appropriata a una infrazione determinata³⁵; infatti in maniera generale la durata delle pene non rileva della Convenzione³⁶. Tuttavia la Corte esaminando dal punto di vista dell'articolo 3 della Convenzione la condanna di una persona alla pena della privazione

³² Vedi inoltre il caso *Musumeci c. Italia*, n. 33695/96 dell'11 gennaio 2005, quanto alla violazione dell'articolo 6 in relazione all'impossibilità di contestare l'applicazione del regime denominato Elevato Indice di Vigilanza.

³³ Per il ragionamento sull'applicabilità dell'art. 6 § 1 della Convenzione a questa procedura, cfr. *Ganci c. Italia*, n° 41576/98, CEDH 2003-XI

³⁴ *Leger c. Francia*, n° 19324/02, dell'11 aprile 2006, ora pendente dinanzi al Grande Camera

³⁵ cfr. *Sawoniuk c. Regno Unito*, n° 63716/00, decisione CEDH 2001-VII

³⁶ *N. c. Regno Unito*, n° 11077/84, decisione della Commissione del 13 ottobre 1986, Décisions et rapports (DR) 49, p. 170.

della libertà a perpetuità e incompressibile, ha considerato che non escludeva che una tale condanna potesse creare un problema dal punto di vista dell'articolo 3³⁷. In circostanze determinate, l'esecuzione di pene privative della libertà di lunga durata e, in particolare, in quegli ordinamenti in cui non è prevista la possibilità di usufruire di un beneficio penitenziario quale la liberazione condizionale, può creare un problema dal punto di vista della Convenzione. Nel caso Izquierdo Medina, la Corte è pervenuta alla non violazione dell'articolo 3 della Convenzione perché il ricorrente aveva, come previsto dal diritto interno spagnolo, la possibilità di domandare la liberazione condizionale una volta scontata una parte della pena inflitta (come previsto anche dal diritto italiano) e non risultava dagli atti che il ricorrente lo avesse domandato o che tale misura gli fosse stata rifiutata³⁸.

b) Diritto di voto dei detenuti e la libertà di movimento:

Hirst c. Regno Unito (n° 74025/01, del 6 ottobre 2005), il diritto dei detenuti a delle elezioni libere. Nel caso Hirst, in cui il ricorrente si lamentava di essere sottoposto a una privazione totale del diritto di voto a causa della sua condanna, la Corte ha riaffermato che se il margine di apprezzamento degli Stati è ampio, questo non può essere illimitato³⁹.

L'articolo 3 della legge inglese del 1983, spogliava tutti i detenuti, in maniera indifferenziata del diritto di voto. La disposizione si applicava automaticamente a tutti i detenuti condannati in esecuzione pene indipendentemente dalla durata della pena e dalla natura o dalla gravità del reato commesso e dalla situazione personale del detenuto. La Corte ha considerato che una restrizione così generale, automatica e indifferenziata di un diritto consacrato dalla Convenzione e che riveste una importanza cruciale oltrepassava il margine di apprezzamento dello Stato accettabile e quindi era incompatibile con l'articolo 3 del Protocollo n° 1⁴⁰.

Labita c. Italia, il diritto alla libertà di movimento. Nel caso Labita, una doglianza portava sul fatto che, dopo essere stato assolto nella procedura principale, gli fu applicata la misura di prevenzione (della durata di 3 anni) che era stata ordinata durante la detenzione. Fu sottoposto alla misura dell'obbligo di dimora sulla base del fatto che anche se le prove erano state insufficienti per condannarlo, erano sufficienti per applicargli la misura di prevenzione. Queste misure lo hanno privato del diritto di voto. La Corte ha giudicato che nel caso di specie vi era stata una violazione dell'articolo 2 del Protocollo n. 4 considerando che i motivi invocati dalle autorità interne per rigettare le richieste finalizzate alla revoca della misura non erano giustificati.

Quanto all'articolo 3 del Protocollo n. 1, la Corte ha considerato che al momento della cancellazione del ricorrente dalle liste elettorali, non vi era alcun elemento concreto che potesse permettere di sospettarlo di appartenere alla mafia e la misura non era dunque proporzionata all'interesse perseguito⁴¹.

³⁷ *Nivette c. Francia*, n° 44190/98, decisione CEDH 2001-VII; *Einhorn c. Francia*, n° 71555/01, decisione CEDH 2001-XI)

³⁸ Cfr da ultimo *Kafkaris c. Cipro*, n. 21906/04, del 12 febbraio 2008

³⁹ a questo proposito cfr. La raccomandazione R(2003)23 del 9 ottobre 2003 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa concernente la gestione da parte dell'amministrazione penitenziaria dei condannati a vita e dei condannati a pene di lunga durata. La raccomandazione si basa su tre principi: "le « principe d'individualisation », le « principe de normalisation » et le « principe de responsabilisation »".

⁴⁰ Cfr. *Scoppola c. Commissione Elettorale e Ministero dell'interno italiano*, in cui si ricorda che in Italia perdono il diritto di voto solo i condannati a una pena superiore a 3 anni. Cfr inoltre *Scoppola c. Italia*, n. 10249/03, dell'8 settembre 2005.

⁴¹ Dalla sentenza *Labita c. Italia*: « La Cour conclut à l'unanimité à la violation de l'article 2 du Protocole n° 4. « Le requérant a subi des restrictions très lourdes à sa liberté de circulation, qui s'analysent en une ingérence dans ses droits garantis par cette disposition. Certes, ces mesures étaient prévues par la loi et elles poursuivaient des buts légitimes, à savoir le maintien de l'ordre public et la prévention des infractions pénales. Si des éléments concrets recueillis au cours du procès, bien qu'insuffisants pour parvenir à une condamnation,

Conclusione

Vorrei per finire citare due casi in cui la Corte ha parlato di reinserimento dei detenuti.

Un caso italiano del 2002 (*Mastromatteo c. Italia*, sentenza citata) in cui la Corte ha ricordato il fine legittimo di una politica di risocializzazione progressiva dei condannati a pene detentive, e ha considerato che delle misure di permesso di uscita temporaneo possono contribuire al reinserimento dei detenuti, anche nel caso che questi siano stati condannati per crimini violenti.

Un caso molto recente contro il Regno Unito (*Dickson c. Regno Unito*, del 4 dicembre 2007, citato), in cui la Corte si è trovata a dover riflettere sulla possibilità per il ricorrente detenuto di ricorrere all'inseminazione artificiale per poter avere un figlio.

Interessante e molto attuale il ragionamento attraverso il quale la Grande Camera della Corte è arrivata a dare ragione al ricorrente, adottando una sentenza di condanna per violazione dell'articolo 8 della Convenzione.

La Corte, dopo aver esaminato l'argomento secondo il quale la fiducia del grande pubblico nel sistema penitenziario sarebbe compromessa se gli elementi retributivi e dissuasivi della pena venissero annullati dal fatto di autorizzare dei detenuti ritenuti colpevoli di un delitto a concepire un figlio, ha ricordato che non vi è posto nel sistema della Convenzione, che riconosce la tolleranza e l'apertura di spirito come caratteristiche di una società democratica, per una privazione automatica dei diritti fondamentali dei detenuti fondata unicamente sul fatto che ciò potrebbe infastidire l'opinione pubblica⁴².

In ogni caso, la Grande Camera, come la Camera in precedenza, ha ammesso che l'opinione pubblica ha un grosso ruolo nell'elaborazione della politica penale, ma, anche ammettendo che la punizione resta il solo fine della detenzione, la Corte ha rilevato che le politiche penali in Europa si sono evolute e accordano un ruolo e un'importanza sempre maggiore al reinserimento come obiettivo della detenzione, in particolare nell'ultimo periodo di una pena detentiva di lunga durata⁴³.

peuvent néanmoins justifier les craintes raisonnables que l'individu concerné puisse à l'avenir commettre des infractions pénales, les motifs invoqués pour refuser de révoquer cette mesure après l'acquittement ne permettent pas de conclure que les restrictions étaient justifiées. Elles ne pouvaient dès lors être considérées comme nécessaires. Quant à l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour ne saurait douter que la suspension temporaire du droit de vote d'une personne sur qui pèsent des indices d'appartenance à la mafia poursuit un but légitime. Elle ne partage toutefois pas l'opinion du gouvernement selon laquelle les graves indices de la culpabilité du requérant n'avaient pas été démentis au cours du procès. Au moment de la radiation du requérant des listes électorales, il n'existait aucun élément concret permettant de le soupçonner d'appartenir à la mafia et la mesure ne peut donc être considérée comme proportionnée. La Cour conclut, à l'unanimité, à la violation de la Convention. »

⁴² Cfr. *Hirst c. Regno Unito*, § 70

⁴³ « La Grande Chambre examine ensuite l'argument selon lequel la confiance du public dans le système pénitentiaire serait compromise si les éléments rétributifs et dissuasifs d'une peine pouvaient être annihilés par le fait d'autoriser des détenus coupables de certaines infractions graves à concevoir des enfants. A l'instar de la chambre, elle rappelle qu'il n'y a pas place dans le système de la Convention, qui reconnaît la tolérance et l'ouverture d'esprit comme les caractéristiques d'une société démocratique, pour une privation automatique des droits des détenus se fondant uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique. Toutefois, la Grande Chambre, comme la chambre, peut admettre que le maintien de la confiance du public dans le système de justice pénale a un rôle à jouer dans l'élaboration de la politique pénale. Tout en admettant que la punition reste un des buts de la détention, la Cour souligne néanmoins aussi que les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention, en particulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement ».

La Grande Camera ha poi ricordato che 30 Stati che hanno ratificato la Convenzione autorizzano le visite coniugali per i detenuti (con la riserva di diverse limitazioni), cosa che potrebbe essere considerato un mezzo per lo Stato per risparmiare alle autorità la necessità di ricorrere all'inseminazione artificiale. Tuttavia, anche se la Corte ha espresso la sua approvazione per l'introduzione delle visite coniugali in carcere in diversi paesi europei, la sua competenza non si può spingere chiaramente sino a interpretare la Convenzione nel senso di esigere che gli altri Stati introducano tale sistema nel loro ordinamento.

La Corte ha considerato quindi, che nel caso in questione non vi era stato un reale bilanciamento degli interessi in gioco, e che un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato del ricorrente non era stato applicato.

Solo per fare un esempio comparativo con la situazione italiana, con sentenza n. 7791 depositata il 20 febbraio 2008, la Corte di cassazione italiana, ha accolto il ricorso di Salvatore Madonia, detenuto nella casa circondariale di L'Aquila in regime di 41 bis, che si era visto negare dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria la richiesta di accedere al programma di procreazione assistita visti i problemi di fertilità della moglie. La Corte ha riaffermato che *"il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona"*. Tanto più, rimarca la prima sezione penale nella sentenza, se si considera che *"risulta medicalmente accertata la patologia giustificativa del trattamento invocato della quale risulta affetta la moglie"* del boss recluso in regime di carcere duro⁴⁴.

A quale conclusione possiamo giungere in questo contesto e alla luce di questi due ultimi e recenti ragionamenti della Corte?

Le situazioni si moltiplicano e dei nuovi problemi si pongono all'attenzione della Corte in relazione ad un uso sempre più amplificato di misure (di sicurezza e prevenzione) e di inasprimento delle pene, in un clima penale marcato in molti Stati parte della Convenzione.

Si registra una tendenza sempre maggiore a ricorrere allo strumento penale, spesso in un clima di emergenza, come misura atta a rassicurare l'opinione pubblica, preoccupata dalla "sicurezza". Tutto ciò ci deve invitare a una riflessione sul ruolo della pena della prigione e sulle funzioni che questa svolge.

Come ha affermato la Corte *"non vi è posto nel sistema della Convenzione, che riconosce la tolleranza e l'apertura di spirito come caratteristiche di una società democratica, per una privazione automatica dei diritti fondamentali dei detenuti fondata unicamente sul fatto che ciò potrebbe infastidire l'opinione pubblica"*.

Il ruolo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e quello del CPT è dunque di continuare a attuare nel mondo chiuso e fermo delle prigioni, un controllo rigoroso e continuo dei diritti garantiti dalle 2 Convenzioni, perché i diritti fondamentali non sono mai "acquisiti" e la loro stessa natura ci deve invitare tutti a una vigilanza costante continua e individuale, specialmente a livello nazionale.

⁴⁴ Va ricordato però che vi era già un precedente, infatti, il boss della camorra napoletana Raffaele Cutolo, in carcere dal 1982, per la condanna a 9 ergastoli, in regime di cui all'articolo 41 bis da più di 14 anni, era già stato autorizzato a ricorrere alla inseminazione artificiale e aveva in tal modo potuto concepire una figlia, nata poi il 30 ottobre 2007.

The Place of the Prison in the New Government of Poverty

Loïc Wacquant *

More than the specifics of statistical figures and trends, it is the deep-seated logic of this swing from the social to the penal that one must grasp here. Far from contradicting the neoliberal project of deregulation and decay of the public sector, the irresistible rise of the U.S. penal state constitutes, as it were, its negative — in the sense of obverse but also of revelator — since it manifests the implementation of a *policy of criminalization of poverty that is the indispensable complement to the imposition of precarious and underpaid wage labor* as civic obligation for those locked at the bottom of the class and caste structure, as well as the redeployment of social-welfare programs in a restrictive and punitive sense that is concomitant with it. At the time of its institutionalization in the United States of the mid-nineteenth century, “imprisonment was above all a method aiming at the control of deviant and dependent populations,” and inmates were mainly poor people and European immigrants recently arrived in the New World.¹ Nowadays, the carceral apparatus of the United States fills an analogous role with respect to those groups rendered superfluous or incongruous by the twofold restructuring of the wage labor relation and state charity: the declining fractions of the working class and poor blacks at the core of formerly industrial cities. In so doing, it has regained a central place in the system of the instruments for the government of poverty, at the crossroads of the deskilled labor market, the collapsing urban ghetto, and social-welfare services “reformed” with a view to buttressing the discipline of desocialized wage work.

(i) Prison and the deskilled labor market. In the first place, *the penal system contributes directly to regulating the lower segments of the labor market* — and it does so in a manner more coercive and consequential than labor legislation, social insurance schemes, and other administrative rules, many of which do not cover insecure work. Its effect on this front is threefold. First, the stupendous prevalence and escalation of penal sanctions helps to discipline the reticent fractions of the working class by raising the cost of strategies of resistance to desocialized wage labor via “exit” into the informal economy. Faced with aggressive policing, severe courts, and the likelihood of brutally long prison sentences for drug offenses and recidivism, many shrink from getting or staying involved in the illegal commerce of the street and submit instead to the dictate of insecure employment. For some of those coming out of “the pen,” the tight mesh of postcorrectional supervision increases pressure to opt for the “straight” life anchored in work, when available.² On both counts, the criminal justice system acts in concordance with workfare to push its clientele onto the peripheral segments of the job market.

* Excerpted from *Prisons of Poverty*, Minneapolis, University of Minnesota Press, forthcoming in 2007.

¹ David Rothman, *The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic* (Boston: Little Brown, 1971): 254-255.

² Marta Nelson, Perry Dees and Charlotte Allen, *The First Month Out: Post-Incarceration Experiences in New York City* (New York: Vera Institute, 1999).

Second, the carceral apparatus helps to “fluidify” the low-wage sector and artificially depresses the unemployment rate by forcibly subtracting millions of unskilled men from the labor force. It is estimated that penal confinement shaved two full percentage points off of the U.S. jobless rate during the 1990s. Indeed, according to Bruce Western and Katherine Beckett, when the differential between the incarceration level of the two areas is taken into account, the United States posted an unemployment rate *higher* than the average for the European Union during eighteen of the twenty years between 1974 and 1994, contrary to the view propagated by the adulators of neoliberalism and critics of “Eurosclerosis.”³ While it is true that not all inmates would be in the labor force if free, that two-percentage point gap does not include the Keynesian stimulus provided by booming public expenditures and employment in corrections: the number of jail and prison jobs at the local, state, and federal level more than doubled over the past two decades, jumping from under 300,000 in 1982 to over 716,000 in 1999, when monthly payroll exceeded \$2.1 billion.⁴ Penal growth has also boosted employment in the private sector of carceral goods and services, a sector with a high rate of precarious jobs and turnover, and which goes rising along with the privatization of punishment (since the source of the “competitiveness” of correctional firms is the exceedingly low wages and meager benefits they give their staff.

Western and Beckett argue that carceral hypertrophy is a two-pronged, delayed mechanism with contradictory effects: whereas it embellishes the employment picture in the short run by amputating labor supply at the bottom of the occupational ladder, in the longer term it can only aggravate it by making millions more or less unemployable. In their view, “incarceration has lowered the U.S. unemployment rate, but... sustained low unemployment in the future will depend on continuing expansion of the penal system.”⁵ But this overlooks a third impact of mass imprisonment on the labor market, which is to facilitate the development of subpoverty jobs and the informal economy by continually (re)generating a large volume of marginal laborers who can be superexploited at will. Former inmates can hardly lay claim to better than degraded and degrading work because of their interrupted trajectories, distended social ties, ignominious judicial status, and the manifold legal restrictions and civil liabilities it carries. The half-million convicts streaming out of American prisons every year provide the vulnerable labor power suited to fuel the temporary employment sector, the fastest growing segment of the U.S. labor market over the past two decades (it accounts for one-fifth of all new jobs created since 1984).⁶ Mass incarceration thus feeds contingent employment, which is the spearhead for the flexibilization of wage labor in the lower tier of the jobs distribution. In addition, the proliferation of detention facilities across the country — their number has tripled in thirty years to surpass 4,800 — contributes directly to the national growth and diffusion of illicit

³ Bruce Western and Katherine Beckett, “How Unregulated is the U.S. Labor Market? The Penal System as a Labor Market Institution,” *American Journal of Sociology* 104, n.4 (January 1999): 1030-1060.

⁴ Sidra Lea Gifford, *Justice Expenditures and Employment in the United States, 1999* (Washington, D.C.: Bureau of Justice Statistics, 2002): 7. This gives the United States 24 correctional employees per 10,000 residents in full-time equivalents, compared to 4 per 10,000 for France (24,220 staff), 5 for Spain (22,035), and 8 for England and Wales (41,065) (according to data from *Statistique pénale annuelle du Conseil de l'Europe, Enquête 2000*, Strasbourg, Council of Europe, 2001, p. 47).

⁵ Western and Beckett, “How Unregulated is the U.S. Labor Market,” 1031.

⁶ Jamie Peck and Nikolas Theodore, “The Business of Contingent Work: Growth and Restructuring in Chicago’s Temporary Employment Industry,” *Work, Employment & Society* 12, n.4 (1998): 655-674, and Kathleen Barker and Kathleen Kristensen (eds.), *Contingent Work: American Employment Relations in Transition* (Ithaca: Cornell University Press, 1998).

trafficking (drugs, prostitution, stolen goods) that are the driving engine of the booty capitalism of the street.

(ii) Prison and the Preservation of Ethnoracial Order. The massive and growing overrepresentation of African Americans at every level of the penal apparatus shines a harsh light on the second function assumed by the carceral system in the new government of poverty in America: *to complement and compensate for the collapsing ghetto as device for the confinement of a population considered deviant, devious, and dangerous as well as superfluous, on an economic plane — Mexican and Asian immigrants make more docile laborers — as well as on a political plane — poor blacks hardly vote and, in any case, the country's center of electoral gravity has shifted from away from declining central cities to well-off white suburbs.*⁷

Under this angle, incarceration is only the paroxysmic manifestation of the logic of ethnoracial exclusion of which the ghetto has been the instrument and product since its historical inception. During the half century (1915-1965) dominated by the Fordist industrial economy to which blacks contributed an indispensable pool of unskilled labor, i.e., from World War I, which triggered the “Great Migration” from the segregationist states of the South to the worker metropolises of the North, to the Civil Rights revolution, which finally gave them access to the ballot box a hundred years after the abolition of slavery, the ghetto served as a “social prison” in that it ensured the systematic social ostracization of African Americans while enabling the exploitation of their labor power in the city. Since the debilitating crisis of the ghetto, symbolized by the great wave of urban revolts that swept the country during the 1960s, it is the prison which is in turn serving as surrogate “ghetto,” by warehousing the fractions of the black (sub)proletariat that have been marginalized by the transition to the dual service economy and by state policies of welfare retrenchment and urban withdrawal.⁸ The two institutions have thus become coupled and they complement each other in that each operates in its own manner to enforce the setting apart (the etymological meaning of *segregare*) of an undesirable category perceived as threatening the metropolis with a twofold menace, inseparably physical and moral. And this structural and functional symbiosis between ghetto and prison finds a striking cultural expression in the lyrics and the lifestyle flouted by “gangsta rap” musicians, as attested by the tragic destiny of the singer-composer Tupac Shakur.⁹ Born in prison from an absentee father (his mother, Afeni Shakur, was a member of the Black Panthers), the apostle of “thug life,” hero to a multitude of ghetto youths (and hordes of white suburban teens), died in 1996 in Las Vegas, riddled with bullets in a car ambush set up by members of a rival gang, after having himself been accused of shooting at police officers and serving eight months for sexual assault.

⁷ For a compressed historical and conceptual elaboration on the coupling between (hyper)ghetto and prison after the ebbing of the Civil Rights Movement, see Loïc Wacquant, “The New ‘Peculiar Institution’: On the Prison as Surrogate Ghetto,” *Theoretical Criminology* 4, n.3 (Special issue on “New Social Studies of the Prison,” 2000): 377-389.

⁸ Kerner Commission, *The Kerner Report. The 1968 Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders* (New York: Pantheon, 1989 [orig. 1968]); Thomas Byrne Edsall et Mary D. Edsall, *Chain Reaction: The Impact of Race, Rights, and Taxes on American Politics* (New York: W.W. Norton, 1991); and Fred R. Harris and Lynn Curtis (eds.), *Locked in the Poorhouse: Cities, Race, and Poverty in the United States* (Lanham: Rowman & Littlefield, 1998).

⁹ Armond White, *Rebel for the Hell of It: Life of Tupac Shakur* (London: Quartet Books Ltd, 1997 [2nd ed. New York: Thunder's Mouth Press, 2002]).

(iii) Prison and Welfare-turned-Workfare. As it was at its birth, the carceral institution is now directly connected to the gamut of organizations and programs entrusted with “assisting” dispossessed populations, in step with the increasing organizational and ideological interpenetration between the social and penal sectors of the post-Keynesian state. On the one side, the panoptic and punitive logic proper to the penal field tends to contaminate and then redefine the objectives and mechanisms of delivery of public aid.¹⁰ Thus, in addition to replacing the right of indigent children to state assistance with the obligation for their parents to work after two years, the “welfare reform” endorsed by Clinton in 1996 subjects public aid recipients to intrusive practices of lifelong record-keeping and close supervision, and it establishes a strict monitoring of their behaviors — in matters of education, employment, drug consumption, and sexuality — liable to trigger sanctions both administrative and criminal. (One example: since October 1998, in central Michigan welfare recipients must submit to periodic drug testing, as do convicts on probation or parole, and their testing is carried out by the state’s department of corrections in offices where they mingle with parolees). On the other side, correctional facilities must *volens volens* face up, under conditions of permanent penury and emergency, to the social and medical hardship that their “clientele” did not manage to resolve on the outside: in the country’s major cities, the biggest homeless shelter and the largest mental health facility readily accessible to subproletarians is the county jail.¹¹ And the same population cycles through from one pole of this institutional continuum to the other in a near-closed orbit that entrenches their socioeconomic marginality and intensifies their sense of indignity.

Finally, budgetary constraints and the political fashion for “less government” have converged to push towards the commodification of welfare no less than of incarceration. Several jurisdictions, such as Texas and Tennessee, already consign a sizable portion of their convicts to private establishments and subcontract the administrative handling of public aid recipients to specialized firms. This is a way of making poor people and prisoners (the vast majority of whom were poor on the outside and will be poor again when they get out) “profitable,” on the ideological if not on the economic level. What are witnessing here is the genesis, not of a “prison-industrial complex,” as suggested by some criminologists following after journalists and justice activists mobilized against the growth of the penal state,¹² but of a truly novel organizational figure, a partially *commercialized, carceral-assistential continuum* which is the spearhead of the nascent liberal-paternalist state. Its mission is to surveil and subjugate, and if need be chastise and neutralize, the populations refractory to the new economic order according to a gendered division of the labor, with its carceral component handling mainly the men while its assistential component exercises its tutelage over (their) women and children. In keeping with the American political tradition established during the colonial era, this composite institutional ensemble *in statu nascendi* is characterized, on the one hand, by the deep interpenetration of the

¹⁰ Michael B. Katz, *In the Shadow of the Poorhouse: A Social History of Welfare in America* (New York: Basic Books, 1996 [expanded edition]): chapter 11, and Joel Handler and Yeheskel Hasenfeld, *We the Poor People: Work, Poverty, and Welfare* (New Haven: Yale University Press, 1997).

¹¹ Torrey E. Fuller, “Jails and Prisons: America’s New Mental Hospitals,” *American Journal of Public Health* 85, n.12 (December 1995): 1611-1613.

¹² J. Robert Lilly and Paul Knepper, “The Corrections-Commercial Complex,” *Crime and Delinquency* 39, n.2 (April 1993): 150-166; Eric Schlosser, “The Prison-Industrial Complex,” *The Atlantic Monthly* 282 (December 1998): 51-77; and Eve Goldberg and Linda Evans, *The Prison Industrial Complex and the Global Economy* (Boston: Kersplebedeb, 1998). A trove of activist writings, calls, and information on the topic is the site www.prisonsucks.com run by the Prison Policy Initiative (based in Northampton, Massachusetts).

public and private sectors and, on the other, by the fusion of the functions of branding, moral redress, and repression of the state.

The demonic myth of the “prison industrial complex”

The refrain of the rise of a “prison-industrial complex” that would have succeeded (or supplemented) the “military-industrial complex” of the Cold War era, with defense industry giants retooling from supplying arms to the Pentagon to providing surveillance and punishment for the poor, the fear of the “red enemy” of the exterior being replaced by dread for the “black enemy” of the interior, and private operators acting in cahoots with corrections officials and politicians to constitute a shadowy “subgovernment” pushing for limitless carceral expansion aimed at exploiting the booming captive workforce, is a leitmotiv of the oppositional discourse on prison in the United States.¹³ Anchored in a conspiratorial vision of history, this thesis suffers from four major lacunae that undercut its analytical import and ruin its practical pertinence.

First, it reduces the *twofold, conjoint and interactive, transformation of the social and penal components* of the bureaucratic field to the sole “industrialization” of incarceration. But the changing scale of confinement in America is only one element of a broader redefinition of the perimeter and modalities of state action with regard to the “problem populations” residing in the nether regions of social and urban space. It is tightly connected to, and cannot be explained in isolation from the the epochal transition from “welfare” to “workfare.”¹⁴ By contrast, it is very dubious whether it can be tied to the “globalization” of the overly large and vague “isms” of capitalism and racism—the two favorite culprits in this activist tale of government evil—neither of which provide the necessary and sufficient conditions for America’s unprecedented and unrivaled carceral experiment.

Second, the imagery of the “prison-industrial complex” accords the role of driving force to the pecuniary interest of firms selling correctional services and wares or allegedly tapping the vast reserves of labor held under lock. It maintains that the profit motive is crucial to the onset of mass incarceration when, in reality, the latter pertains first and foremost to a *political logic and project*, namely, the construction of a post-Keynesian, “liberal-paternalistic” state suited to institute desocialized wage labor and propagate the renewed ethic of work and “individual responsibility” that buttress it. Profiteering from corrections is not a primary cause but an incidental and *secondary consequence* of the hypertrophic development of the penal apparatus. Indeed, the fact that private concerns are reaping benefits from the expansion of a government function is neither new nor specific to imprisonment: the delivery of every major public good in the United States, from education and housing to safety and health care, grants a vast role to commercial or third-sector parties—relative to medical provision for instance, punishment remains distinctively *public*. Nor is privatization necessary: banning imprisonment for profit did not prevent California from becoming a leader in the drive to mass incarceration.

Similarly, the ritual denunciation of the superexploitation of inmates under conditions evocative of penal slavery cannot hide the fact that only a minuscule and stagnant fraction of the US carceral population works for outside firms (well under 1% by the most generous counts) and that no economic sector relies even marginally on convict laborers. As for the prisoners toiling for

¹³ E.g. Elihu Rosenblatt (ed.), *Criminal Injustice: Confronting the Prison Crisis* (Boston: South End Press, 1996): esp. 13-72; Angela Davis and A.F. Gordon, “Globalism and the Prison-Industrial Complex: An Interview with Angela Davis”, *Race and Class* 40, n.2/3 (1999): 145-157; and Rose Braz et al., “Overview: Critical Resistance to the Prison-Industrial Complex” (introduction to a symposium on “The Prison-Industrial Complex”) *Social Justice* 27, n.3 (Fall 2000): 1-5.

¹⁴ Loïc Wacquant, “De l’Etat charitable à l’Etat pénal: notes sur le traitement politique de la misère en Amérique,” *Regards sociologiques* 11 (1996): 30-38.

state or federal industries behind bars, their output is negligible and they are “employed” at a net loss to the government, even though their activity is massively subsidized and heavily protected.¹⁵ Its spectacular growth notwithstanding, it is hard to square the claim that “the prison industrial complex is becoming increasingly central to the growth of the U.S. economy”¹⁶ with the raw statistics of national accounting: the \$57 billion that the US spent on corrections at the local, state, and federal level in 2001 amounted to barely one-half of one percent of the Gross Domestic Product of \$10,128 billion that year. Far from being “an essential component of the US economy,” corrections remains insignificant on the production side and acts not as an overall stimulus to corporate profits but a gross drain on the public coffers.

Third, this activist vision is premised on a flawed parallelism between the state functions of national defense and penal administration, which overlooks this crucial difference: military policy is highly centralized and coordinated at the federal level, whereas crime control is widely decentralized and dispersed among federal authorities, one hundred state departments of justice and corrections, and thousands of county and city administrations in charge of the police, courts, and jails. The phrase “criminal justice system” hides a loosely coupled web of bureaucratic agencies endowed with wide discretion and devoid of an overarching penal philosophy or policy. Even if some far-sighted ruling group had somehow concocted a nightmarish plan designed to turn the carceral system into a lucrative industry using the bodies of the dark-skinned poor as “raw materials,” there is no single lever that it could have seized and used to ensure their delivery. The simplistic thesis that capitalist lucre drives carceral growth leaves unexplained the specific mechanisms that have produced the remarkable convergence of correctional trends across the different jurisdictions of the United States and only adds to the “compound mystery” of nationwide hyperincarceration in the absence of “a distinctive policy precursor.”¹⁷

Finally, constricted by its prosecutorial approach, the woolly notion of “prison-industrial complex” overlooks the wide-ranging effects of the introduction, albeit in a limited and perverted form, of the *welfarist logic within the carceral universe* itself. Correctional institutions have been profoundly transformed over the past three decades, not only by changes in the scale and composition of their clientele, but also by the prisoners’ rights movement, the rationalization and professionalization of confinement, and the increasing oversight of the courts.¹⁸ Thus judges have demanded of jail and prison authorities that they meet a battery of minimal norms in matters of individual rights and institutional services, entailing for example the provision of education to under-age inmates and psychiatric services on a mass scale. However deficient it remains, correctional health care has improved substantially to the point where it is typically superior to the meager medical services accessible to the poorest convicts on the outside and it reaches millions yearly. So much so that public health scholars and officials have come to view the carceral system as a crucial point of intervention for detecting and treating a range of infectious disease common among low-income urban populations.¹⁹

¹⁵ In fiscal 2001, UNICOR, the Federal Prison Industries program, employed 22,600 inmates to produce a variety of goods (law-enforcement uniforms and kevlar helmets, bedding and draperies, office furniture, laundry services, bindery, vehicular repair, electronics recycling, etc.) sold to the government for a turnover of \$583 million. Despite financial subsidies, a captive market (two-thirds of sales are to the Defense Department), and inmate wages averaging a paltry 23 cents to \$1.15 an hour, the program turned up a negative cash flow of \$5 million dollars [Federal Bureau of Prisons, *UNICOR 2001 Annual Report* (Lexington: KY)].

¹⁶ Goldberg and Evans, *The Prison Industrial Complex and the Global Economy*, 5.

¹⁷ Zimring and Hawkins, *The Scale of Imprisonment*, 173.

¹⁸ Malcolm Feeley et Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America’s Prisons* (New York: Oxford University Press, 1998).

¹⁹ Jordan B. Glaser and Robert B. Greifinger, “Correctional Health Care: A Public Health Opportunity,” *Annals of Internal Medicine* 118, n.2 (January 1993):139-145.

Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione Avvocati Europei Democratici

Pisa 29 febrero -1 marzo 2008

Detención y expulsión de ciudadanos no europeos

Héctor C. Silveira Gorski
Universidad de Lleida
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

I.- Lo primero que debemos decir sobre la detención y la expulsión de ciudadanos no europeos es denunciar las inadmisibles situaciones en la que se encuentran estas personas en los países europeos. La gestión del fenómeno de los flujos migratorios está llevando a la extensión de la barbarie en el seno de los Estados de derecho europeos.

No hay más que leer los informes que STEPS (2006), Guild (2005) y Bietlot (2005) hicieron para el Parlamento Europeo junto con los innumerables de las organizaciones defensoras de los derechos humanos –Acnur (2006), AI (2001, 2005, 2006a, 2006b, 2007), CEAR (2007), CIMADE (2004), Fortress Europe (2007a, 2007b) para tener conocimiento del grado de quiebra de derechos fundamentales y de principios del Estado de derecho a los que han llegado los países europeos ante la detención y expulsión de migrantes.

Es evidente que tanto el proceso de mundialización capitalista como los nuevos flujos migratorios han puesto en cuestión las fronteras estatales y el orden jurídico internacional sobre migración y asilo. Pero lo que no es aceptable, desde un punto de vista de la persona y sus derechos, es que ante los procesos migratorios organizaciones supranacionales, como la UE, respondan con leyes y prácticas administrativas que quiebran derechos, libertades, garantías fundamentales y no respetan principios esenciales de un Estado de derecho.

Los muros de la "europa fortaleza" no han hecho más que provocar un incremento de la inmigración clandestina, con todos los peligros y nefastas consecuencias que ésta conlleva. *No fortress europe* calcula en más de 7000 las personas que han fallecido en sus trayectos hacia el territorio europeo en los últimos años¹.

¹ Sobre estos hechos ver también los boletines mensuales de PICUM (Platform for international cooperation on undocumented migrants) (www.picum.org).

El catálogo de detenciones, procedimientos administrativos, internamientos de distinta índole, procesos de criminalización, protocolos policiales para expulsar a migrantes "sin papeles" y distintos tipos de deportaciones, constituyen un entramado que, por sí mismo, habla del protagonismo que el Sistema penal ha adquirido en el control y el gobierno de los flujos migratorios. Desde los años ochenta, la política inmigratoria de los gobiernos europeos se ha caracterizado por el establecimiento de políticas y leyes restrictivas en derechos y libertades. Uno de los ejes de esta política es el de la repatriación de extranjeros irregulares.

Cada año miles de personas migrantes y refugiadas son detenidas y encarceladas en centros administrativos de retención e internamiento para luego ser expulsadas de la UE. Según datos de la Comisión Europea, en el año 2004 en la UE se dictaron 650.000 órdenes de expulsión, de las cuales se convirtieron en expulsiones forzosas 164.000 y 48.000 personas salieron de forma voluntaria del territorio de la UE. Asimismo, España, entre los años 2000 y 2007, repatrió a 628.076 personas extranjeras.²

II. Veamos brevemente algunos de los efectos que las medidas administrativas de detención, internamiento y expulsión de personas migrantes han provocado en las sociedades europeas y sus instituciones jurídico-políticas.

1. En primer lugar, hemos de destacar que los países de la UE se han llenando de estructuras extrajudiciales de reclusión de personas en tránsito/movimiento

Ya son alrededor de 220 centros abiertos y cerrados, que bajo diferentes nombres se construyen en aeropuertos, puertos, ciudades, islas, zonas fronterizas, etc... para identificar, tramitar solicitudes de asilo, recibir, organizar los retornos, las devoluciones y las expulsiones.

Los centros cerrados están destinados a los migrantes que tratan de entrar de forma irregular en el territorio, a los que están en situación irregular en un país y a los demandantes de asilo a quienes se deniega la solicitud. Los centros abiertos están previstos para los solicitantes de protección internacional.

Estos centros delimitan las nuevas fronteras interiores de los estados, determinan quién queda excluido de la comunidad

² España en el año 2006 repatrió a 52.814 extranjeros, de los cuales, 19.332 fueron retornados, 4616 readmitidos, 7214 expulsados y 21652 devueltos; y en el año 2007 repatrió a 55.938 extranjeros: 24355 retornados, 6248 readmitidos, 9467 expulsiones y 15868 devoluciones (fuente: Ministerio del Interior, Balance 2008).

Se han convertido en uno de los instrumentos por excelencia de las biopolíticas de la regulación y de la disciplina (Foucault) que utilizan los estados para establecer un orden social. Tienen una especial incidencia en la regulación del trabajo clandestino.

Se caracterizan por:

1.1 ser estructuras carcelarias: muchos de ellos están en antiguas cárceles, en comisarías o en secciones de prisiones.

1.2 tener un tiempo de internamiento largo, en algunos países puede ser prorrogable e incluso indefinido. La duración del internamiento varía enormemente según el país. En Francia 32 días, España el tiempo máximo son 40 días, en Italia 2 meses, en Bélgica el internamiento es por 5 meses, con posibilidad de estar retenido 5 meses más, en Alemania pueden ser hasta 18 meses, en el Reino Unido es indeterminada (en septiembre de 2006 se encontraron 35 personas que llevaban 12 meses detenidas).

1.3 tener una gestión policial y un régimen carcelario. La mayoría de los centros están gestionados por la policía, y en otros también participan ONGs o empresas privadas. En la mayoría el régimen de vida es carcelario.

1.4 las malas condiciones de hábitat, la falta de higiene, condiciones dignas y saludables de vida, etc...

1.5 los internos no reciben o tienen muchas dificultades para acceder:

- a la información sobre sus derechos,
- a tener apoyo legal,
- a tener asistencia sanitaria o psicológica.

1.6 en relación con ellos y durante todo el procedimiento administrativo de expulsión se produce una quiebra importante de los derechos fundamentales, especialmente los de defensa y tutela judicial efectiva.

El *Observatori de Sistema Penal i els Drets Humans* de la Universitat de Barcelona, en su *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña*³, pudo constatar que estos procedimientos generan un

³ El Informe ha sido elaborado por el grupo de trabajo formado por Héctor Silveira, Marta Monclús, Gemma Nicolás y Antoni Fernández del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans (OSPDH) de la Universitat de Barcelona. En él se analiza el papel que desempeñan tres de los principales actores implicados en los procedimientos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en la ciudad de Barcelona: los jueces de instrucción, los abogados, especialmente del Turno de oficio de extranjería, y los funcionarios de la Dirección General de Policía. El Informe completo está editado en Virus, Barcelona, 2003 y en formato electrónico en la web del OSPDH (www.ub.es/ospdh).

alto grado de indefensión de los extranjeros indocumentados al no garantizar un debido cumplimiento de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva. Esta afirmación fue compartida por el 90% de los abogados y por el 48% de los jueces encuestados

En este informe pudimos constatar que:

1.6.a) en primer lugar, una mayoría de abogados, especialmente del turno de oficio, se desentienden de la asistencia jurídica de los extranjeros una vez presentan las alegaciones a la propuesta de expulsión que realiza la policía.

Es decir, en España los abogados asisten y cumplen con sus funciones en la asistencia al extranjero detenido y en el momento en el que se le incoa el procedimiento de expulsión, pero después una mayoría importante considera acabado su trabajo con la presentación de alegaciones a la propuesta de expulsión, y no presentan recurso a la orden de expulsión. Esta práctica deja indefenso al extranjero cuando normalmente, tras una segunda detención, el extranjero tiene que hacer frente a la ejecución inmediata de la expulsión.

1.6.b) en segundo lugar, esta situación de indefensión se agrava porque la gran mayoría de los jueces de instrucción cumplen formalmente con lo que les pide el ordenamiento a la hora de autorizar o no los internamientos, sin entrar a valorar, como deberían hacerlo, y así lo exige el Tribunal Constitucional, las causas de expulsión o la situación legal y personal del extranjero.

Sólo una cuarta parte de los jueces entrevistados autoriza excepcionalmente, esto es, cuando es imprescindible, el internamiento. Una mayoría de los jueces tampoco se preocupan de lo que sucede en los centros de internamiento y el 46 % de ellos no se siente responsable del extranjero internado ya que consideran que están ante una medida administrativa.

No dudaría mucho en afirmar que estas conclusiones podríamos hacerlas extensivas al resto de países europeos, teniendo en cuenta que en relación con las medidas de repatriación y los centros de internamiento España tiene una de las legislaciones más garantistas.

Sin embargo, hemos de mirar más allá de nuestras fronteras para tomar nota que la UE ésta está también fomentando e incluso financiando la construcción de centros de detención e internamiento en los países de origen y tránsito de los migrantes, especialmente en los del norte de África. Hecho que tiene también unas consecuencias muy importantes.

2. La UE, al mismo tiempo que incentiva las políticas de repatriación, busca también externalizar el control de los flujos migratorios hacia los países de origen y tránsito de los migrantes.

Y lo hace con medidas de intimidación, como lo es el programa Frontex⁴, consistente en interponer fuerzas policiales y militares en las aguas y fronteras territoriales de la UE y buscando la realización de acuerdos migratorios con los países de tránsito y de origen. Se trata de formar "asociaciones migratorias" para que los gobiernos de estos países se corresponsabilicen y actúen como medios de filtro y control de los flujos migratorios, a cambio de contrapartidas económicas y de ayudas al desarrollo.

Esta política de extensión de los muros y los filtros más allá de las fronteras europeas ha provocado la apertura de decenas de centros de retención e internamiento en estos países, una parte de ellos financiados con fondos públicos europeos.

Los centros de Túnez, Marruecos, Argelia, Libia y Mauritania se han convertido en las nuevas "cárceles administrativas" de la "europa fortaleza". Su función es la de servir principalmente de filtros de contención de los migrantes que intentan llegar a la frontera sur.

En Libia hay alrededor de 20 "campos" de internamiento de migrantes, tres de ellos financiados por Italia.

En Argelia se tiene constancia de la existencia, al menos, de 12 campos más⁵. En este país, por ejemplo, entre los años 2000 y 2007 fueron arrestados alrededor de 40.000 migrantes de más de 54 nacionalidades. Y en Libia, en mayo de 2007, se contabilizaron más de 60.000 migrantes detenidos y se sabe también por datos oficiales que entre los años 2003 y 2006 el gobierno libio expulsó a alrededor de 198.000 personas extranjeras. Una parte de ellas fueron abandonadas en el desierto, donde muchas fallecieron⁶.

Mas, estas "cárceles administrativas" situadas en territorio africano, gran parte de ellas con condiciones de vida infrahumanas, no sólo sirven para retener a los migrantes que son detenidos en su trayecto hacia el norte sino también para internar a los miles de inmigrantes expulsados cada año desde Europa hacia los países africanos. Es el caso de Italia que desde la isla Lampedusa expulsa a miles de

⁴ Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, creada por el Reglamento (CE) n. 2007/2004 del Consejo (26.10.2004, DO L 349/25.11.2004). En el marco de este programa España desarrolla la operación *Hera*, entre África y el archipiélago canario, con un presupuesto de 12 millones de un total de 70 millones para todo el programa Frontex para el año 2008.

⁵ Para más información sobre "campos" en Europa ver los informes de Fortress Europe (2007a, 2007b).

⁶ Sobre lo que está pasando en Libia y Argelia con las personas migrantes detenidas, internadas y deportadas ver *Fortress europe* (2007a; 2007b).

extranjeros hacia los centros de internamiento de Libia (Fortress Europe 2007a).

3. En tercer lugar, no podemos dejar de poner de relieve que el migrante ha pasado a ser también el "cliente" más asiduo de las instituciones penales y el "privilegiado" por excelencia en las distintas modalidades de privación penitenciaria de la libertad en Europa occidental.

Las cárceles europeas están llenas también de personas migrantes. En España, a finales de 2007, los extranjeros ya eran el 34,25% del total de la población reclusa. En total 22.977 personas, 20806 hombres y 2171 mujeres. En Cataluña esta cifra alcanza ya al 40,2% del total de la población reclusa, cifra que aún aumenta considerablemente por encima del 50% si sólo consideramos a los presos "preventivos".

4. En cuarto lugar, la gestión de las repatriaciones ha llevado a que las fuerzas policiales usen medidas coercitivas y de fuerza prohibidas e inaceptables, desde el punto de vista moral, en las personas.

Por ejemplo, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil del Ministerio del Interior de España ha elaborado las *Normas de seguridad en las repatriaciones y en el traslado de detenidos por vía aérea y/o marítima* (de 20 de julio de 2007), destinadas a la doble finalidad de: a) "gestionar de las fronteras exteriores de España, dada la complejidad y riesgos que conlleva el traslado de inmigrantes en situación irregular por vía aérea y marítima" y; b) "coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros", tal y como textualmente indica el citado conjunto normativo.

Tras regular lo relativo a la preparación de los vuelos, acompañamiento de escoltas (con posibilidad de participación de "escoltas del sector privado") se recogen una serie de medidas coercitivas, tales como "*lazos de seguridad, mascarillas sanitarias adecuadas, útiles para cortar lazos, monos para vestimenta si los expulsados lo necesitan, cascos, cinturones y prendas inmovilizadoras homologadas, cinta reforzada a utilizar en forma excepcional ...*", entre otros.

También se regulan los casos en los que puedan emplear los "*elementos de contención*" ("*lazos de seguridad, cascos, prendas inmovilizadoras homologadas, esposas o similares*").

Será el Jefe del Dispositivo quien dirigirá las operaciones para restablecer el orden y en su caso, aplicar dichos "elementos".

Además de las "medidas coercitivas", se indica que se podrán "inmovilizar" a los repatriados que se resistan, eso sí, sin que en ningún caso "la aplicación de medidas coercitivas podrá comprometer

las funciones vitales del repatriado". El empleo de "sedantes" también se permite bajo prescripción facultativa.

5. En quinto lugar, las legislaciones de extranjería originan procesos de exclusión "administrativo-legal"

Esto pasa en España cuando los extranjeros irregulares no pueden ser expulsados o devueltos, generalmente por no tener España un convenio de readmisión con el país de origen, y que, además, tienen una orden de expulsión inejecutada. Y como no pueden estar más tiempo internados quedan en libertad en el territorio español en una situación de "alegalidad administrativa".⁷

La ley de extranjería impide que puedan regularizar su situación administrativa, hecho que los deja en condiciones precarias y expuestos a todo tipo de abusos en su vida cotidiana.

El legislador les cierra las puertas a la "regularización administrativa" pero los reconoce como indocumentados; los coloca en una situación de "alegalidad administrativa" donde, de todos modos, conservan algunos de sus derechos como personas -p.e., en el ordenamiento jurídico español el extranjero irregular empadronado en un municipio tiene derecho a la asistencia sanitaria (art. 12.1 LEx).

6. En sexto y último lugar la formación de un Estado legal "guardián-excluyente"

Las políticas de repatriación y el incardinamiento de los centros de retención e internamiento como espacios de reclusión específicos para extranjeros han dado lugar a la formación de un nuevo Estado legal guardián-excluyente en el seno de los Estados de derecho de los países de la UE.

En este Estado legal "guardián-excluyente" hay una quiebra permanente de derechos fundamentales y una erosión y una puesta en cuestión principios fundamentales del Estado de derecho.

6.1. Uno de los principios que se ve afectado es de la retribución penal, en el sentido de que uno de sus elementos nucleares -el uso de la privación de libertad como pena ante la comisión de un delito- es utilizado en las legislaciones de extranjería como una medida cautelar en los procedimientos de expulsión.

La privación de libertad ya no se produce por la imposición de una pena como consecuencia de la comisión de un delito, sino por no cumplir con unos requisitos administrativos y la obtención de unos documentos. Si la persona no los tiene se convierte en un "irregular"

⁷ En los últimos cinco años (2001-2005) en España se han encontrado en esta situación alrededor de 122.000 extranjeros.

indocumentado que puede pasar, en el caso de que se le incoe un procedimiento de expulsión, varias semanas, incluso meses, privado de libertad antes de ser expulsado o puesto en libertad. Lo que es una medida cautelar se convierte de hecho en una sanción encubierta: la privación de libertad como pena por no tener un documento administrativo. En realidad, el inmigrante extranjero es tratado por el sistema penal y sus agentes como si fuera un delincuente ordinario más. De este modo, el internamiento quiebra también el binomio culpable-inocente, calificada por la doctrina como una de las razones jurídicas básicas del Estado de derecho (Ferrajoli 1995, 368).

El internamiento, ya sea concebido como una medida cautelar o como un pena encubierta, es, de todo modos, una respuesta excesiva y abusiva del Estado de derecho ante las personas migrantes que quiebra de forma abrupta el derecho a la libertad de las personas. La privación de libertad en el Estado de derecho debe ser una medida excepcional e individualizada. A pesar de ello, miles de personas migrantes son privadas de libertad en el marco de los procedimientos de repatriación, son internadas o recluidas en salas de espera, en campamentos contruidos *ad hoc* o son dejados en tierras de nadie. Lo más grave es que en cada uno de los estados de la UE la privación de libertad de las personas extranjeras en centros de internamiento está regulada, cuando lo está, de forma diferente y con tiempos de privación de libertad distintos y en la mayoría de los países con tiempos muy largos. Ante la diversidad de leyes existentes el proyecto de Directiva *sobre el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en territorio europeo* contempla la posibilidad de que el extranjero pueda estar internado hasta 18 meses en alguno de los países de la UE. Propuesta totalmente desmesurada que pone en cuestión, en caso de se apruebe, los fundamentos del Estado de derecho.

Ante el internamiento, e independientemente del tiempo que determine la ley para su ejecución, hay que continuar cuestionando la legitimidad de la decisión de privar de libertad a una persona sobre la base de un presupuesto no penal o en ausencia de un hecho delictivo. Es más, a la luz del art. 17 de la CE se puede considerar como ilegítima la limitación de la libertad personal sobre la base de un presupuesto no penal o en ausencia de un hecho delictivo. Como señala el Tribunal Constitucional la restricción o privación de libertad debe ser algo excepcional. Y esta excepcionalidad exige que haya "una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la ley– restricciones de libertad, que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación" (STC 178/1985, de 19 de diciembre).

6.2 Otros dos principios que se ven afectados por las legislaciones de extranjería y las medidas de repatriación son el de proporcionalidad y el de legalidad. El principio de proporcionalidad se quiebra cuando, por

ejemplo, el legislador equipara simples incumplimientos administrativos con ilícitos penales: una misma sanción –la expulsión– se utiliza para hechos que revisten diversa gravedad (ver art. 54 LEx).

Por su parte, el de legalidad queda vaciado de contenido con las amplias potestades que las leyes de extranjería y asilo otorgan a la policía y a los órganos administrativos para su implementación, cosa que hacen de forma laxa y diferente según el órgano que interviene y la zona geográfica en el que se encuentran. Por ejemplo, el art. 53.f de la Ley de extranjería española permite que la policía pueda abrir expedientes de expulsión sobre la base de la gran variedad de conductas, muchas de ellas recogidas en el art. 23 de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre *Protección de la Seguridad ciudadana*. Al amparo de esta legislación se ha formado un derecho penal-administrativo especial para extranjeros y una cultura policial-administrativa que no duda en configurar a la inmigración clandestina como un “cuasi-delito” y en utilizar el internamiento y las expulsiones como instrumentos de control social. La ejecución de estas políticas, además, va acompañada de escasas garantías procesales y de la ausencia de un verdadero control jurisdiccional. Todo ello es incompatible con el Estado de derecho. Mas, paradójicamente, estas prácticas se producen con total normalidad en el interior de aquél.

La quiebra de estos principios afecta al papel del Estado de derecho como garante de los derechos y libertades de las personas y pone en cuestión, seriamente, gran parte de sus principios básicos.

III. Como conclusión no podemos dejar de destacar que es a través del derecho y de las instituciones públicas, creadas para defender a la persona, sus derechos humanos, y el interés general, y principios fundamentales como la igualdad, la libertad, la dignidad, que los estados democráticos de derecho de la UE crean en su interior un Estado legal “guardián excluyente” que:

-es un instrumento para provocar exclusión, segregación, violencia, todo ello bajo un manto de legalidad injusta (OSPDH, 2008)

-transforma a los migrantes indocumentados en “no personas”, privándoles de sus derechos y libertades fundamentales,

Y lo más grave es que esto sucede en los países europeos como si fuera algo ordinario/normal.

Es más, esta política restrictiva y selectiva sobre las personas migrantes no tiene visos de cambiar, sino que, al contrario, se reafirma en el seno de la UE. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo *relativa a procedimientos y normas comunes para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente* [COM(2005) 391 final], contempla, entre otras cosas, la posibilidad de que el extranjero pueda estar internado hasta 18 meses

en alguno de los países de la UE. Este proyecto, con la aprobación de *Informe Weber*, ya recibió el visto bueno de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo [A6-0339/2007].

El futuro de la convivencia entre ciudadanos y personas migrantes y refugiados pasa por evitar que bajo el velo del principio de legalidad crezca una administración "prepotente", legitimada por la ley y el derecho para actuar de forma arbitraria y violenta sobre unos determinados grupos de personas, como hoy ocurre con los refugiados y migrantes. Una sociedad democrática no puede permitir que un Estado de derecho se convierta en un Estado legal "guardián excluyente, y no garantice los derechos, libertades y garantías a todas las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en su territorio en situaciones de extrema necesidad como son las personas migrantes, especialmente los indocumentados, y los refugiados y desplazados.

Bibliografía

ACNUR (2006): *La situación de los refugiados en el mundo*.

AMNISTIA INTERNACIONA (2001): *El Asilo en España: una carrera de obstáculos*, septiembre

-(2005): *España. Frontera Sur. El Estado da la espalda a los derechos humanos de los refugiados e inmigrantes*.

-(2006a): *España y Marruecos: Falta de protección de los derechos de las personas migrantes. Ceuta y Melilla un año después* (EUR 41/009/2006).

-(2006b): *Vivir en las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes* (POL 33/006/2006).

-(2007): *Informe 2007*. España.

BIETLOT, Mathieu (2005): *Centres for Third Country nationals*. Briefing Paper, bajo la supervisión de E. Guild (IP/C/LIBE/FWC/2005-22/SC2), www.libertysecurity.org/article1178.html.

CEAR (2007): *La situación de los refugiados en España. Informe 2007*.

CIMADE (2004): *Gourougou, Bel Younes, Oujda: la situation alarmante des migrants subsahariens en transit au Maroc et les conséquences des politiques de l'Union Européenne*, Rapport réalisé par Anne Sophie Wender, avec la collaboration de Marie-José Laflamme-Marsan et d'Hicham Rachidi (AFVIC-Plateforme Migrants), Service des Solidarités Internationales. Cimade.

DAL LAGO, Alessandro. (2000): "Personas y no-personas", en H. Silveira (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, p. 127-147

DEFENSOR DEL PUEBLO (2005): *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid. (www.defensordelpueblo.es).

FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.

FORTRESS EUROPE (2007 a): *Fuga da Tripoli. Rapporto sulle condizioni dei migranti di transito in Libia*;

-(2007b): *Effetti collaterali. Rapporto sulle condizioni dei migranti di transito in Algeria*, 2007 (<http://fortresseurope.blogspot.com>).

GUILD, Elspeth (2005): *Report for the European Parliament: Directorate general internal policies of the Union. A typology of different types of centres in Europe* (IP/C/LIBE/FWC/2005-22) www.libertysecurity.org/article1181.html

HUMAN RIGHTS WATCH (2005): *España: Las deportaciones a Marruecos ponen en peligro a los inmigrantes*.

-(2002): *Discrecionalidad sin límites. La aplicación arbitraria de la ley española de inmigración*; España.

-(2002): *La otra cara de las islas canarias. Violación de los derechos de los inmigrantes y los solicitantes de asilo*, 2002.

MEDICOS SIN FRONTERAS (2003): *Deficiencias en las condiciones de acogida de inmigrantes y solicitantes de asilo. El caso de Ceuta y Melilla*, septiembre.

OSPDH (2003): *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña*, OSPDH-Virus, Barcelona (www.ub.edu/ospdh).

OSPDH (coord.) (2008): *Privación de libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona.

PARLAMENTO EUROPEO (2007): *Informe sobre el asilo: cooperación práctica, calidad del proceso de toma de decisiones en el sistema europeo común de asilo*. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente H. Pirker, Doc. A6-0182/2007, 14 de mayo.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (1998): "La Unión Europea, los refugiados y los inmigrantes ilegales, sans papiers, clandestini..." en *mientras tanto*, n 73, Barcelona.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (2003): "Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía", en AA.VV., *Sistema penal y problemas sociales*, R. Bergalli (coord.), Tirant lo Blanc, Valencia, p. 539-576.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C.; RIVERA BEIRAS, Iñaki. (2007): *Contemporary Biopolitics in front of Migration Flows and Prison Universe. A Reflection on the Return of "Camps" in Europe*, en C. Holgan y M. Marin-Domine (eds.), *The Camp: narratives of Internment and Exclusion*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle.

STEPS Consulting Social (2006): *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, (IP/C/LIBE/IC/2006-181), www.statewatch.org/news/2007/dec/eu-ep-detention-centres-report.pdf.

AED-CONGRESSO, PISA 2/29 - 3/1/2008

IL CARCERE IN EUROPA

Fra Reinserimento ed Esclusione

Dr. iur. Helmut Pollähne

Universität Bremen, Institut für Kriminalpolitik (BRİK)

(Facoltà di Legge Università di Brema)

NEW ECONOMY IN THE PRISON SYSTEM

(La nuova economia del sistema carcerario)

A. Introduction

Economy and the Prison System: Anything new?

B. New Economy

Transitions in State, Society and Politics

C. The Prison System

Developments in Carceration and Control

D. New Economies in the Prison System

Privatization, Commercialization, Exploitation, Commodification ...

E. AED-Perspectives

Human Rights, Monitoring, Advocacy

A. Introduction

Economy and the Prison System: Anything new?

“The criminal produces not only crimes but criminal law, and with it the professor who gives lectures on criminal law and in addition to this a compendium which this same professor throws onto the general market as ‘commodities’. This brings with it augmentation of national wealth, quite apart from the personal enjoyment ... the manuscript of the compendium brings to the originator himself. ... The criminal moreover produces the whole of the police and of the criminal justice, constables, judges, hangmen, juries, etc., and all these different categories of the social division of labour develop quite different capacities of the human spirit, create new needs, and new ways of satisfying them”

(Marx, in: Taylor 1999: 213).

What’s new about the economy in the prison system? Is there such a thing as a new prison economy? The general relation between the economic system and the prison system is well known, although rather controversial as well in general as in most details: But who would doubt, that criminal policy on the large scale and the prison complex in special cannot be analyzed without regards to the economic, social and political framework. “As Rusche & Kirchheimer pointed out long ago, the prison system is part of an institutional network for governing the poor.” (Garland 2001b: 180, cf. Wacquant 2007, Sudbury 2004: 22 and Humphries/Greenberg 1981: 230 ff.)

So if there is anything like a new economy, a new economic liberalism, we have to analyze its influences on the prison system and we will probably find traces of economic thinking and acting on the large scale of prison administration as well as in dealing with prisoners. And then again: If the prison is a mirror of social and economic conditions (cf. Coyle 2003), developments in the prison system will indicate changes in society and in the political system.

There is a thing such as the prison economy complex – and as we will see there are several good reasons to take a good look at it on a European scale. But then again: Why should this be a topic for organized democratic lawyers, other than a general interest in political and social developments and in special developments in criminal policy? Because we are not only talking about modes of prison administration that might concern the employees – but rather because we should be concerned about their impact on prisoners.

B. New Economy

State, Society and Politics in Transition?

“The discourse of neoliberalism and the language of >deregulation< serve to erase the significant role of the state in the creation and maintenance of the new economy. Moreover, since the market is considered to be the most efficient mechanism for allocation and distribution, the state itself is required to resile from interfering with the market. The resultant reduction of the state through >privatisation< has witnessed not only the transfer of functions from the public to the private sphere, but the disappearance of many of the Keynesian state’s welfare and redistribution functions.”

(Fudge/Owens 2006, 6)

I don't know if any of you have gone through some – let me call it – ‘disadvantages’ when trying your luck on the “new stock market” in the beginning of this century. In the context of a rapidly growing ICT-business towards the end of the 1990s journalists, politicians and so called “global players” began to brag about a “new economy” on an “new market”. But even if there would be quite some interesting aspects concerning the growing ICT-business in crime control and prison systems (Brüchert 2001, Jones/Newburn 2006) this is not the “new economy” I am going to talk about.

On a tableau of key words, declarations and slogans there shouldn't be any doubt: Globalization, neoliberalism, flexibility, deregulation etc. are meant to characterize (or sometimes: scandalize) global changes in the economic system (cf. Sack 1998). Talking about a new economy suggests an old economy that was left behind ... we don't have to go that far: New economy does – in the politics and sciences of economics – stand for a period beginning vaguely in the 70s of the last century (Konopatzki 2006) and is often represented in the terms “globalization” and “neoliberalism”:

“Economically, globalisation is marked by increases in international trade and investment, the evolution of global production by transnational corporations, and unregulated flows of capital. Politically, globalisation theorists point to the erosion of nation states as the key unit in which political decisions are made; the leakage of sovereignty to supranational organisations on the one hand and to subnational units on the other; and sometimes, to the emergence of neoliberalism as a global ideology.” (Fudge/Owens 2006, 5)¹ Neoliberalism favours “limitations on the exercise of political power for egalitarian purposes and calls for deregulation, privatisation, supply-side rather than demand-side macro-economic measures, and a withering away of the welfare state.” (ibid; cf. Sack 198: 93 f.) At the heart of such agreements is a concern to preserve the market from political interference. “Since the 1980s, the economy has restructured on a global scale orchestrated primarily by major transnational corporations that have accumulated economic resources far more extensive than those of many nation states.” (Fudge/Owens 2006, 5, cf. Davis 2003: 90)

This goes along with a “new inequality” and leaves behind a “disintegrating society” (Lea 2002: 106 ff., cf. Stern 2006: 90 ff.) or “no such thing as society” at all, as Maggie Thatcher simply put it (cf. Sack 1998: 95); instead of societies and their citizens we have companies² and their consumers. “Citizens are reincarnated as market actors in the new economy” (Fudge/Owens 2006, 6), which does not mean, however, citizens in prison as we will see – those who cannot act in the new market are rather not considered citizens anymore at all.

Although there has been “historic emphasis on private enterprise and a small state in American political culture, the Reagan and first Bush administrations, like the Thatcher government in the UK, were more vocal on the subject of privatization than any previous administration. This was supported by supply-side economic theorists who stressed the importance of commercial incentives in the efficient provision of service.” (Mehigan/Row 2007, 360)

As I said, I was not going to talk about the “new economy” in the new ICT-business, but let me quote Jean Gadrey, who presented the core literature on “New Economy, New Myth”. He collected six characteristics of this “new economy”, that may help to characterize just as well what we are facing:

1. The new Economy is a high-growth economy, that comes without inflation, except for the price inflation affecting financial assets.
2. The new economy stands for growth in production, innovation and diffusion.
3. The new Economy also stands for the expansion of service jobs.
4. The new economy requires a highly flexible labour force and labour market.
5. The new economy is a market economy, based on competitive, private capital markets that are free of the impediments of state regulations and will have to be globalised without restrictions, particularly in respect of those services that are still dragging their heels, such as culture, education, health, professional services and public utilities, that is all those services that developed historically out of the concerns with the public interest and with ethical principles that constitute so many obstacles to the new growth.
6. The new economy requires a new mode of corporate governance that gives the owners of capital, that is the shareholders, the power to influence performance, organisation and strategy, very closely linked to the characteristics of deregulated financial markets, which are themselves also new, namely the free movement of all financial transactions, untrammelled speculation and the withdrawal of the State.” (Gadrey 2003: 11)

The new logic of the ICT-economy with all its promises seemed “possible only under three (linked) conditions:

1. the extension of the competitive market into areas of economic activity and regions of the world that are still ignorant of its benefits
2. an new mode of corporate governance that gives (or returns) power to shareholders in order to sweep away the rigidities and costs of managerial bureaucracies
3. liberalised and globalised financial markets, which are the only institutions capable of rationally selecting the fittest types of firms and imposing the new mode of governance.” (Gadrey 2003: 12)

After the NASDAC-crashes and the “big bubble”-burst in the ICT-business, in the end the “new economy” may have been nothing but “a technician, neo-liberal mythology”, but “like most myths, there is a modicum of truth in it” (Gadrey 2003: 111). And that is why we should take it more seriously than we might the new brokers ... oh, by the way: In case you still try your luck on stocks and bonds, especially through the service of investment advisors – are you sure your money is not used to run a prison somewhere in the world? Investors are more likely to become “jailors” (Sudbury 2004: 12).

Talking of globalization: What has started as the prison-industrial complex in the United States (under special conditions and on the basis of a special history, including slavery traces), emerged to an international market (Nathan 2001: 189 ff., cf. Taylor 199: 219): Australia, Africa, Eastern Europe and other so called transition states (Sudbury 2004: 13 ff., Nathan 2003, Coyle 2003: 215, Davis 2003: 102 f., McMahon 1997: 33). “The globalization of capital is driving prison expansion in four ways. First it produces surplus populations ... that are immobilized and disenfranchised in penal warehouses in the global North. Second, it produces surplus land ... Third, the globalization of the private prison industry spreads the U.S. model of high-tech mass incarceration throughout the world and offers global South governments the mirage of modernity via mass incarceration. Finally, neoliberal economic restructuring under

the tutelage of the IMF and World Bank is undermining traditional surviving strategies, decimating government services, driving women and men in the global South into the criminalized drug industry, and fueling cross-border incarceration” (Sudbury 2004: 26).

C. The Prison System

Developments in Carceration and Control

“The expansion of the penal apparatus – and of prisons in particular – also ensures a market for private vendors of a wide array of goods and services. These companies range from financial firms competing for the opportunity to underwrite prison construction to private companies providing consulting, personnel management, architecture and building design, drug detection, medical, transportation, security, fine collection, bounty hunting, and food services.”
(Beckett 1997: 100)

After all that we have heard before (last April in Munich, as well as yesterday and today), there isn't really much more to say about the European prison system. We all have good ideas of what we are talking about when focussing on the prison system anyway. We have to realize – in spite of all the well argued debates (and even campaigns) on prison abolition (cf. Feest/Paul 2008) – that throughout the most of the world, and throughout 'old Europe' anyway, the prison still is, and will be for quite another while, the concrete symbol for at least the ultimate ratio of criminal policies, but rather is its “backbone” (Van Zyl Smit/Dünkel 2001: 796 ff., cf. Stern 2006: 12).

In societies where freedom is said to be the fundamental civil right, it is not a surprise that detention³ is the ultimate punishment – not in terms of quantities but rather in terms of qualities. However we observe an overall increase in the rate of prisoners/population and a decrease in the rate of expenses/prisoner – and at the same time growing expenses and shrinking budgets in consequence of the described trends to relative mass imprisonment (Van Zyl Smit/Dünkel 2001: 797 ff., cf. Downes 2001).

In the course of the 20th century the classical function of the prison (punishment and discipline through incarceration) was rationalized with ideas of correction and incapacitation, but on a larger scale that does not make a difference: The role of the prison in the system of criminal policies seems to be more secure than ever – not anymore, however, only in terms of quality but more and more in terms of quantity. David Garland summed up what he called “the originating causes of mass imprisonment” as a result of “the history of the closing decades of the 20th century. These causes include:

- anxieties about crime and violence,
- the demand for public protection
- the notion that concern for victims excludes concern for offenders
- political populism married to a distrust of the criminal justice system
- the discrediting of social solutions to the problem of order
- a stern disregard for the plight of the undeserving poor.” (Garland 2001b: 179)

However, the “perpetuating causes of mass imprisonment may be quite different”, he continues – and in reference to Max Weber’s work on “The protestant ethic and the spirit of capitalism” (from 1930) as well as his ideas on the “self-reproduction of institutions” Garland identifies the outlines of a “new iron cage: It is quite possible that, given time, and the absence of concerted opposition, mass imprisonment will become an new ‘iron cage’ in Weber’s sense of the term. ... The most striking example of this is the emergence of a penal-industrial complex, with newly vested interests in commercial prison contracts, and the jobs and profits they bring. ... As the market in private security expands, the delivery of penal legislation speeds up, and the crime control culture reproduces itself, we face the real possibility of being locked into this state of affairs. After all, the new arrangements spawn institutional investments and produce definite benefits, particularly for the social groups who are at the greatest distance from them. They entail a way of allocating the costs of crime – unjust, unequal, but feasible nonetheless.” (Garland 2001b: 180, cf. Downes 2001: 63, Sudbury 2004: 19 f., McMaho 1997: 33)

But these arrangements – a “novus ordo saeculorum” (Greenberg 2001) – also involve serious social costs that will become increasingly apparent. These costs include, following Garland (2001b, 180):

- the allocation of state spending to imprisonment rather than education or social policy budgets,
- the reinforcement of criminogenic processes and the destruction of social capital, not just for inmates but for their families and neighbourhoods (cf. Mahmood 2004),
- the transfer of prison culture out into the community,
- the discrediting of law and legal authority among the groups most affected,
- the hardening of social and racial divisions.” (cf. Konopatzki 2006: 163)

These are indeed at least five good reasons to argue against the perpetuating of the prison system in general and mass-imprisonment in specific, even if the arguments are not really new, the abolitionists would claim (cf. Davis 2003: 105 ff.). But how to achieve such goals seems to be more uncertain than ever ... Whatsoever: The discourse on the emergence of a “security industrial complex” in general and a “penal” (Beckett 1997: 97 ff.) or rather “prison industrial complex” in particular has become a main topic at least in anglo-American criminology (Davis 2003: 84 ff., Sudbury 2000 and 2004, Mehigan/Rowe 2007: 372 f.), although there are indeed some points in questioning the “demonic myth of the >prison industrial complex<”, because “it suffers from major lacunae that undercut its analytical import and ruin its practical pertinence” (Wacquant 2007). And still: “As the criminal justice system grows, the size, resources, and authority of the interest groups that benefit from its expansion are also augmented. Theses beneficiaries – including law enforcement, correctional workers, and a growing number of private firms – constitute what has become to be known as the >penal-industrial complex< and are now mobilizing to ensure that the wars on crime and drugs continue” (Beckett 1997: 98, cf. Stern 2006: 132 ff. and Sudbury 2004: 17 ff).

D. New Economies in the Prison System

Privatization, Commercialization, Exploitation, Commodification ...

“Budgetary constraints and the political fashion for ‘less government’ have converged to push towards the commodification of welfare no less than of incarceration. ... This is a way of making poor people and prisoners (the vast majority of whom were poor on the outside and will be poor again when they get out) ‘profitable’, on the ideological if not on the economic level. What we are witnessing here is the genesis ... of a truly novel organizational figure, a partially commercialized, carceral-assistential continuum which is the spearhead of the nascent liberal-paternalist state.”
(Wacquant 2007)

I. A new economy of the prison system?

For the United States it seems obvious that there is such a thing as the economy of the prison system: Locking up 1 % of the population has created more than a million jobs – not counting prisoner exploitation – in the prison industrial complex (cf. Downes 2001: 62). But it is not only a growing labour market:

“For-profit imprisonment schemes seek to capitalize on this >market< of disfranchised persons who are more likely to end up in prison, less likely to have adequate education, and unlikely to be well represented politically. For-profit imprisonment is big business once again in the United States and is fast becoming a multinational industry of inter- and intrastate commerce in human beings not seen since the era of transportation” ... says Michael Hallett in his analysis of “Private Prisons in America in a Critical Race Perspective” (2006, 146). The “renewed appearance of private prisons, at this point in US-history” could not be explained however, Hallett adds (2006: 151), by

- charges of exploding crime rates (which are down dramatically over the past fifteen years, cf. Van Zyl Smit/Dünkel 2001: 808, Downes 2001: 55 ff., Stern 2006: 99; diff. Davis 2003: 92)
- or the proven effectiveness of incarceration as a response to crime (long-term incarceration is both destructive to offenders and expensive to society)
- or the compelling cost-effectiveness of private-sector prisons (privatisation of prisons does not save large amounts of money – if any at all, which depends on what you take into calculation).⁴

In any way, cost savings has not been the primary reason for jurisdictions to adopt privatization to begin with: “Demand for bed space to house offenders caught up in the war on drugs has been the primary engine for for-profit imprisonment over the past twenty years” (Hallett 2006: 151), not to forget the intensified “war on illegals”.⁵ The “war on crime”-metapher finds its correspondence in the “cold war on the streets” – there are similar parallels in the relations between the military- and the criminal-industrial complex (Davis 2003: 88 ff.).

In the context of an economy that “was driven by an unprecedented pursuit of profit, no matter what the human cost, and the concomitant dismantling of the welfare state, poor people’s abilities to survive became increasingly constrained by the looming presence of the prison. The massive prison-building project that began in the 1980s created the means of concentrating and managing what the capitalist system had implicitly declared to be a human surplus” (Davis 2003: 91). The prison industrial complex is fueled by privatization patterns that have “also drastically transformed health care, education, and other areas of our lives. Moreover, the prison privatiza-

tion trends – both the increasing presence of corporations in the prison economy and the establishment of private prisons – are reminiscent of the historical efforts to create a profitable punishment industry based on the new supply of >free< black male laborers in the aftermath of the Civil War” (ibid. p. 93). Along with a shift “from welfare policies to punishment policies, in many countries market forces have secured a large-scale entry into the business of crime control” (Stern 2006: 7, cf. Sack 1998, Konopatzki 2006).

“Although the nature of prisoners’ commodity value has changed somewhat in modern times – prisoners are no longer profitable solely for their labor, but almost exclusively now for their bodily ability to generate per diem payments to their private keepers – imprisonment for private profits is once again a viable economic industry in the United States” (Hallett 2006: 151, cf. Davis 2003: 88 f., 95, Brüchert 2001: 57).

Hallett regards this development to become a “new colonialism in criminal justice” especially because of its racial impact: “According to the most recent data, 66 percent of inmates currently held in private prisons are racial minorities, with African Americans constituting the single largest group” (2006: 154). For-profit prisons operate based on an understanding of prisoners as private commodities – an understanding that is unalterably tied in the United States to the tradition of indenture and slavery. “The racial characteristics of modern private prisons, therefore, should not and cannot be ignored for what they still represent: a racialized for-profit imprisonment practice, still disproportionately utilizing young black men for its coercive system of economic production” (Hallett 2006: 156, cf. Davis 2003: 102 and Bair 2008 on prison slavery).⁶

For several reasons we cannot simply apply this analysis – or the paradigm “Capitalist Punishment” (Coyle et al. 2003) – when talking about the European prison situation and its developments (cf. Newburn/Sparks 2004, Downes 2001, Sudbury 2000; diff. Sack in: Konopatzki 2006: 12 f.). And though it is true, that many US-American models had been imported with a delay, it is also true, that they were usually not executed to the same radical extent, which is often referred to as the so called “American Exceptionalism” (Stern 2006: 44 f., Best 2006: 6 ff., Downes 2001; somewhat diff. Greenberg 2001: 74). There is indeed “no necessary or direct relationship between the unfolding of market society and the entrée of private industry into the management of the prison system” (Taylor 1999: 220).

II. New economies in the prison system:

So for the European scale it seems to be the rather adequate perspective to talk about new economies in the prison system: There are indeed developments and even changes in the European prison system (or at least in the prison systems of several European countries) that can be and should be described and analyzed in terms of new economies. This is not really a very original attempt, because most of these changes were officially introduced – if not to say: advertised and sold – as economic necessities, as having to go conform with economic constraints.

“Prison means money. Big money. Big in building, big in providing equipment. And big in running” says Nils Christie in “Crime Control as Industry”, that first appeared in 1993 with the subtitle “Towards Gulags, Western Style?” – in the third edition in 2000

the question mark was gone⁷ ... And he added a note from 'USA Today' on June 5th 1996: "Investors who own stock in Wackenhut Corrections have learned that their mothers were wrong: Crime pays." (Christie 2000, 123)

This leads us directly to the main topic focussing New Economies in the Prison System, that is Privatization (1.) – or: contracting out, if you prefer a term that is considered rather objective, at least by those, who don't accept to "scandalize" this strategy as part of a "coercion industry" (Abu-Jamal 2000, diff. Lindenberg 1996: 91 ff.). But merely talking about Privatization would ignore other phenomena in a broader understanding of new economies in the penal and prison system (cf. Jones/Newburn 2006: 4, Garland 2007: 240) – I have marked them with the key-words "micro-economisation" and new management (2.), new "exploitation" (3.) and "commercialisation/commodification" (4.). Private prisons are direct sources of profit for the companies that run them (Coyle 2003: 213), but "public prisons have become so thoroughly saturated with the profit-producing products and services of private corporations that the distinction is not as meaningful as one might suspect" (Davis 2003: 99 f.).

1. Privatization

"The private provision of penal services is just one aspect of a wider movement to roll back the state's involvement in the criminal justice system. In the prison system, privatization – or contracting out – is manifested in several ways, including prison escort services, prison work programmes, electronic monitoring of offenders released from prison and the financing of prison construction. The most contentious form of contracting out, however, has proved to be management and operation of prisons by private investors."
(Mehigan/Row 2007, 356)

On the European scale the United Kingdom seems (again) to follow the US-American example the far most (Mehigan/Rowe 2007: 360 ff., Best 2006: 10,), leaving France in second place (cf. Stern 2006: 102). But even in Germany a first facility with a semi-private concept has been taken into service in 2006 (Best 2006: 14 ff.), and to add another field of interest and concern: Already nearly 30 % of the patients held in forensic psychiatry institutions find themselves in private settings. This is not the place to argue special legal problems in Germany, but there are many doubtful questions as to whether these models go along with constitutional rights and principles and it won't take long before these questions are taken to the courts (Pollähne 2008).⁸

Privatization is of course a broader concept even in the criminal and policing system (Shishor/Gilbert 2001, Brüchert 2001, Jones/Newburn 2006, Konopatzki 2006: 95 ff., Mehigan/Rowe 2007: 356), and not really new at all – under certain aspects there always existed private actors on the criminal justice and policy scene. We observe the steady growth of a private security complex including the police, ambulant reactions (so called 'diversion' for example), therapy units, elements of the parole system etc., which is – although only in details – part of a strategy to return conflicts back to society, once called for by critics of the mighty state (cf. Lea 2002: 180 f.). But this is certainly not true when contracting out parts of the prison system, and it is certainly not a strategy back to more democracy or municipality (diff. Benson 1998: 299 ff.). Running prisons through private companies or with their help, is rather another modus in modern bourgeoisie governance of capitalism.

That demands to talk about winners and losers. “Macho economy produces a macho society. ... The machismo of the powerless is a symmetrical parody of that of the powerful in a winner/loser culture” (Downes 2001: 63 f.). “Once we recognize that prisons promote order and security for a few at the cost of generating violence, inequality, and social disruption for the many, we have taken the first step in developing an abolitionist vision” (Sudbury 2004: 16, cf. Stern 2006: 90 ff.).

Talking of winners: “A stock-broker upgraded his advice regarding Wackenhut from >buy< to >strong buy< and explained: >The beauty of the prison-management business ... is that incarceration rates are increasing faster than the prison budgets of municipalities. Though the savings are difficult to measure, analysts contend that Wackenhut typically can slash 15% from the \$ 50 it takes government to clothe, feed and guard an inmate each day. ‘It’s a win-win situation’, says Mr. R., explaining that both taxpayers and prison companies benefit.< (Wall Street Journal, 10. April 1996) He says nothing about where the loss can be found” Nils Christie added (2000, 118, cf. McMahon 1997: 32).

The “challenge of doing more with less” (Van Zyl Smit/Dünkel 2001: 812, cf. Coyle 2003: 215) is deceptive, or again in the words of Michael Hallett: “Of course, a detail not pointed out by privatization proponents ... is the fact that the traditional free market formula for fair competition is one in which those taking the most risk stand to gain the most profit. – In the case of the private prison industry, we find that economic benefits of privatization are retained by private contractors while the risks of privatization are socialized and transferred to taxpayers who take on the lion’s share of risk (e.g., legal liability/cost of increasing incarceration/need for more prisons). In all the discussion of efficiency, it is worth remembering that the most efficient prison operation would not include a >profit margin< – just a >cost margin<. Public hatred of criminals provides the best possible basis for converting public money into private hands, without getting the public to question the transfer.” (Hallett/Lee 2001, 242, cf. Sudbury 2004: 12, Coyle 2003) This hatred is rather enforced by criminologists who “encourage” privatization with the argument that “the primary costs of crime are borne by victims who are not compensated for their losses. Noncriminal taxpayers pay for all prisons as well as such indirect costs as the maintenance of the families of many criminals with welfare programs. The enormous prison population ... remains an untapped resource that could be employed to reduce substantially the costs to taxpayers” (Wolfgang, in: Benson 1998: xvii).

John Ferguson, President of the world’s most powerful penal company, the “Corrections Corporation of America (CCA)” puts it this way: “We believe that existing prison overcrowding, combined with budget difficulties facing many of our customers, should lead to greater demand for our services over the coming years.”⁹ The “industry of fear” (Abu-Jamal 2000, cf. Lindenberg 1996, McMahon 1997) is expanding, leaving behind “supermax”-prisons and “superjails” throughout the global village (Davis 2003: 101, Sudbury 2004: 19).

I can’t help thinking of a pun on words: for-profit entrepreneurs as >privateers< in the seas of >privation< ... Of course – not to be misunderstood – prisoner privation stays a severe topic in state prisons throughout the world (cf. Stern 2006: 106 f.) and is certainly not only a function of how prisons are run or who is treating the prisoners. But privatisation is not likely to improve the situation (cf. Davis 2003: 95 ff., Nathan

2006, diff. Benson 1998) – or in the words of Sir Nigel Rodley, former United Nations Special Rapporteur on Torture:

“I visited prisons around the world and all too often I was disappointed and discouraged by what I saw ... prison conditions which in no way live up to internationally recognized minimum standards. In many nations, torture and abuse of prisoners are endemic. The situation is one which should concern all advocates of human rights. Clearly something needs to be done to reform a significant proportion of the world’s prisons. However privatization is not the answer. ... The profit motive of privately operated prisons in the United States and elsewhere has fostered a situation in which the rights and needs of those they deprive of freedom are diminished in the name of greater efficiency.”¹⁰

2. Micro-Economization (New Prison Management)

The “spreading ethos of business management, monetary measurement and value-for-money government was inescapable” and produced a “managerialist, business-like ethos that emphasized economy, efficiency and effectiveness in the use of resources.”

(Garland 2001a: 116)

Developments in the social sector have – inevitably – reached the penal and prison system (suggesting they were part of the social system, which is both true and untrue in terms of exclusion and inclusion, but that is certainly another debate, cf. Klimke 2008). This is talking about “new steering models” and methods of “new conduct” (cf. Van Zyl Smit/Dünkel 2001: 812.), about the quality of prison management or even quality management in prison (Riveland 1999, Flügge et al. 2001, Best 2006: 11) and “bench marking” (as if there was a market or competition in economic terms).¹¹ In the end they talk of prisoners as customers (cf. Brüchert 2001: 58): “Welcome in your local jail – what can we do for you?”

Don’t get me wrong: Not only in times of lower public budgets for a higher number of prisoners the officials have to be institutionally and personally capable of managing the complex financial and organisational problems involved in running a state prison. To treat prisoners adequately is not merely a function of law enforcement and judicial bureaucracy. But that was already true and well known before the emergence of the new steering, quality and management discourse (cf. Jones/Newburn 2006: 4, Ryan/Sim 2007: 705, McMahon 1997: 34), which is – by the way – often moderated by private consultants and accompanied by a “depoliticization” of prison management (Mehigan/Rowe 2007: 361). Is it a surprise that these concepts (including a restricted budget freedom, cf. Ryan/Sim 2007: 705) emerge in times of cutting down expenses in personal and service? “What can we do for you – in case we have some time left over ...”

3. New exploitation?

“Citizens who lack resources, fall upon hard times, do not forgo these rights, they actualise them through claims on the appropriate authorities. But customers only get what they pay for and if they can’t pay then they cease to be customers.”

(Lea 2002: 126)

As we have already taken into account one of the main impulses for change in the economic framework is the saving restraint. This is part of the explanation for privatization and the bottom line of new management models. But there seem to be effects far more direct: Cutting down expenses within the prison, as for personnel etc. (see above, cf. Miller 2003, Arnold et al. 2007: 480 ff.) and even for energy, food, medical care etc. Reducing the basic supply and care is going along with letting prisoners pay more and more for what the prison administration considers surplus. Not being able to pay means to resign (cf. Lea 2002: 126) and leads to resignation, so called prison-sub-culture (shadow economy) or even corruption (Stern 2006: 22 ff., cf. Coyle 2003: 215).

Contracting out the telephone- and TV-service for example (cf. Davis 2003: 8 f., Sudbury 2004: 13) also serves as a strategy of 'contracting out' conflicts (cf. Downes 2001: 63). Maybe it's a mere adjustment to social conditions beyond the prison walls, especially the precarious circumstances most of the prisoners came from anyway: Outside the new economy has reduced citizens to customers (Lea 2002: 126) – the inmates, however, are downgraded to compulsory customers. Although officially conjuring the good ghosts of the free market prisoners are usually tied up to expensive monopolists and complain profiteering – it is indeed one modus of a new exploitation.

This is not at all to say that the 'old' modi of prisoner exploitation (cf. Benson 1998: 300 f.) are not a topic anymore (cf. Evans/Goldberg 1997, in: Davis 2003, 84). But there is a shift from the exploitation of prisoners to the exploitation of prisons and their – in particular human – resources (Scheerer 1997: 22).

4. Commercialization / Commodification

“Whereas the public system has always tended to view crime and the prevalence of offenders as a costly liability, for-profit entrepreneurs view crime as an economic opportunity and individual criminals as commodities.”
(Hallet 2006, 145)

To pick up this figure from macro-economics: Commodification certainly is a leading category in for-profit enterprise – but it can and should also be applied to certain developments in the state prison system.

To give you but one example: Would you have a problem with a product line called “Santa Fu”? Is it a cynical commodification of “jailware”, or is it just hip and a smart idea of exotic judicial grocery? There seems to be a market for jailhouse tradeware, not only in Hamburg: The prison-shop as criminal wholesale and penal retail ... One of the big German newspapers titled “A prison on its way to a trademark” (Die Welt, 9/29/2006). Responsible politicians claim to make money, but even if it would amount to a relevant budget position (Benson 1998: 301 ff.), it seems rather difficult to regard this as an act of economic normalization. Prisoners have to produce goods that they either wouldn't want to use or wear outside the prison walls or could not afford. They will find it neither hip nor smart – and by the way: Wasn't it a standard attempt in reintegration to break up the criminal and penal identity? So what is the deeper sense in

creating a corporate identity with jailware? In the end prison commercialisation results in another modus of prisoner commodification.

E. AED-Perspectives

Human Rights, Monitoring, Advocacy

To come to an end: Confronted with a growing “economisation” in concepts and practices within the penal and prison system – what could be the perspectives for European Democratic Advocates? Let me just call on four aspects that may lead us into further discussions:

I. Human rights (standards)

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”
(Art. 1 ECHR)

After all that we have already heard about the Articles 3, 5, 6, 8 ... ECHR, let us not forget Art. 1 that is of no minor importance when taking human rights into account (in general cf. De Feyter/Gómez Isa 2005; Robbins 2005 and Aman 2005). In the case >Storck ./ Germany< the ECtHR had to consider an unlawful detention in a private clinic for psychiatry in the late 1970s.¹² The Court held the state authorities responsible for the lack of legal protection, control, supervision and monitoring (Pollähne 2007b: 149 f.; cf. Coyle 2003: 217 about the responsibility of the “nation”).

The CPT-Standards do not explicitly expound the problems of economisation or even privatisation in the prison system¹³, but state several relevant minima (Pollähne 2008) and refer to the law enforcement personnel mostly as “officials”, whose “disciplinary culpability” for example should be “systematically examined” (CPT-Standards – Rev. 2006 – p. 86 No. 37).

The European Prison Rules (EPR), updated in 2006¹⁴, still holds that “professional prison staff shall normally be appointed on a permanent basis and have public service status with security of employment, subject only to good conduct, efficiency, good physical and mental health and an adequate standard of education” (Rule 78). Although it was – at the instigation of England and France – opened for semi-privatised prison management models in 1987 by simply inserting the term “normally” (cf. Doleisch 1989), the chapter still is titled “Prison work as a public service” (cf. Best 2006: 20 f.). It also deserves attention, that staff should “operate to high professional and personal standards” (Rule 72.4) and be “carefully selected, properly trained, both at the outset and on a continuing basis, paid as professional workers and have a status that civil society can respect” (Rule 76). Public service staff members and especially their unions have been regarded as “a barrier to necessary prison reforms”, which may have been true at times and at several places (cf. Stern 2006: 106): To weaken the unions by privatization however did not intend a prison reform for the benefits of the society and its prisoners but for the benefits of political and economic shareholders (Jones/Newburne 2005, cf. Mehigan/Rowe 2007: 361, 366).

Concerning the prisoner working conditions the EPR rule out that prison work “shall never be used as a punishment” (Rule 26.1) and “provided by the prison authorities, either on their own or in co-operation with private contractors, inside or outside the prison” (Rule 26.9). Although “the pursuit of financial profit from industries in the institutions can be valuable in raising standards and improving the quality and relevance of training, the interests of the prisoners should not be subordinated to that purpose” (Rule 26.8). Not to forget, that other forms of exploitation are prohibited by the ILO-Convention No. 29 (of 6/28/1930, cf. Kruis 2000: 5) aimed to suppress “the use of forced or compulsory labour” (Art. 1).¹⁵ Work or service “exacted from any person as a consequence of a conviction in a court of law” is only allowed “provided that the said work or service is carried out under the supervision and control of a public authority and that the said person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations” (Art. 2 pf. 2 lit. c). The so called “work-shop-expansion-scheme” (fewer costs, higher profits) has of course reached the state prison sector as well (Best 2006: 11).

An early Cuban task to get the UN-Commission on Human Rights to set up an inquiry into prison privatization was foiled by the US-delegate supported by the Netherlands (Nathan 2003: 194). Within the juvenile justice system state authorities should be reminded thoroughly at their special “international responsibilities” (Hecht/Habsha 2003, cf. Pollähne 2007): “The reality is that children implicated and involved in crime are not much better protected today than they were fifty years ago. Due to a variety of factors – public pressure, media campaigns, budgetary constraints – more governments are choosing to privatize their juvenile institutions. The result is fewer safeguards coupled with an increased risk of violations of the human rights of children placed in the care of those corporations. Unless this trend is reversed, the government promises taking place in public fora will not protect the youth involved in criminal activity from the intensions of the private sector” (ibid. p. 85).

II. Monitoring and Advocacy

In times of growing private enterprise in the fields of prison business (and not to forget: psychiatric institutions, homes, asylums etc.) and in times of decentralising legal and executive responsibilities (this is at least a fairly new problem in Germany, cf. Pollähne 2007c) monitoring becomes the more urgent (cf. Hecht/Habsha 2003: 79).

As I have tried to point out, we cannot rely on the official supervision and inspection by state authorities (cf. Harding 2007: 558 ff., Owers 2007: 13 ff.), because in contracting out they rather gain power than give it away (cf. Hibou 2004, Aman 2005): The loss of control will more likely be observed on the level of legislation and jurisdiction (cf. Lea 2002: 121, 180 ff., Shearing 2005, Lindenberg 1996) while models of multilateral “nodal governance” (Shearing 2005) are spreading. What we need beyond a higher efficiency of judicial control (and lawyers that make it work) is a network of independent monitoring mechanisms as instruments of public and democratic control, such as the CPT on the European level or the so called “national preventive mechanisms” (NPM) in consequence of the “Optional Protocol to the UN-Convention against Torture” (OPCAT) on one hand:

- The CPT, it seems to me, has rendered more attention to private institutions of detention in the last years (Pollähne 2007b: 125). The committee is happy to receive

reliable information not only on general prison conditions but rather on details concerning specific facilities – lawyers shouldn't hesitate to contact the CPT!

- The legal and administrative process of implementing OPCAT-NPMs in our countries (cf. APT 2006) might turn out quite disappointing. Germany for example is up to a downright human rights scandal in creating an NPM that would not only be a "slim" but rather an "anorexic" construction.¹⁶ The political process definitely needs more public attention and pressure.

But on the other hand: Advocates should be Monitors too, as individuals and on their jobs of course, but furthermore important as an NGO of democratic law enforcement monitoring. That is because advocacy is far more than 'simply' acting as a lawyer for the benefits of clients (which is of course anything else but 'simple'). But you wouldn't be here if I had to tell you: Advocacy is also another word for "monitoring", as I understand it, monitoring that knows who's side it's on – and still is independent!

Prison, economy and advocacy certainly raise other topics of concern such as the monetary benefits in legally representing prisoners on one hand and – not to be concealed – the loss-making business of prisoner defence on the other hand. This can only be mentioned, however, and is not really a new problem; growing economic and private 'actors' on the scene might of course generate new problems in the defence and attorney business.

III. Struggles for change in policies

"Urban communities have been devastated by this imprisonment binge. Meanwhile, mass imprisonment is good for many business and the growing >crime-control industry<. Clearly, something is amiss in this country. ... We lock people up not to reduce crime and protect victims, but to help control a growing surplus population, while simultaneously supporting private interests, such as profits for capitalists and votes for >law and order< politicians."
(Randall Shelden, in: Hallett 2006: ix)

This angry statement is of course and again pointed at the US-situation. But should we lean back, convinced that it won't hit us all that hard in good ol' Europe (Greenberg 2001: 74)? Maybe David Garland is right in recognizing, that "mass imprisonment is beginning to be viewed as part of the problem, and not part of the solution" (2001, 181). But then again, mass imprisonment is indeed only part of the problem ... I've tried to present some other problematic key issues in the context of new prison economies (cf. Davis 2003: 100; Stern 2006: 190 ff.). Let me end with the „Policy Recommendations“ presented by Michael Hallett (2006, 156 ff.) – und let us discuss their relevance for the AED:

1. Abandon the drug war.
2. Require strict monitoring and oversight of all existing private prison contracts.
3. Require basic criminal justice racial education.
4. Share information and get active.
5. Learn to question punishment.
6. Abolish for-profit imprisonment.

“The invasion of the laws of the market could, if it goes unchecked, end up by proving Knight wrong [who assumed, that ‘no specifically human motive is economic’], since it will gradually reduce the motives for human action to economic and financial considerations that will have become ends in themselves.” (Gadrey 2003: 111) The new “Economical Correctness”, the “primate of economy” (Sack 1998: 92 ff., cf. Brüchert 2001) or even “Economic Imperialism” (Sack, in: Konopatzki 2006: 10) is politically and socially devastating.

Confronted with strong and – so far – depressingly successful lobby campaigns, we have to face the question of who might win the struggles: “Will private, for-profit companies, lobby for more onerous sentencing laws simply to continue the growth in their >customer base<?” (Riveland 1999: 198). Most observers of the development would probably confirm (cf. Beckett 1997: 98 ff., Scheerer 1997, Taylor 1999: 220, Brüchert 2001: 56 f., Nathan 2006, Stern 2006: 117 ff.). “For many, however, the question of whether privately managed prisons are or are not desirable or acceptable is answered less on the evidence of how well they serve inmates or the taxpayers, but on the more instinctive level of a belief in a small state, or a sense that the singular nature of punishment and its place in society render the legitimate private management of penal institutions impossible” (Mehigan/Rowe 2007: 374).

“In short, we must organize.
Writing a book will not do it.
Writing a paper will not do it.”
(Abu-Jamal 2000)

Bibliography

- Abu-Jamal, Mumia (2000) The Industry of Fear. *Social Justice* 27 (3) 22-24
- Aman, Alfred C. jr. (2005) Privatisation, Prisons, Democracy and Human Rights: The End to Extend the Province of Administrative Law, in: De Feyer/Gómez Isa (Eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp/Oxford: intersentia 91-127
- Arnold, Helen et al. (2007) Prison officers and prison culture, in: Jewkes (Ed.) *Handbook on prisons*. Portland: Willan Publ. 471-495
- Association for the Prevention of Torture (APT) (2006) *Establishment and Designation of National Preventive Mechanisms*. Geneva: APT
- Bair, Asatar P. (2008) *Prison Labor in the United States: an economic analysis*. New York et al.: Routledge
- Beckett, Katherine (1997) *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*. New York/Oxford: University Press
- Beckett, Katherine / Western, Bruce (2001) Governing social marginality, in: Garland (Ed.) *Mass imprisonment*. London et al.: Sage 35-50
- Benson, Bruce L. (1998) *To Serve and Protect. Privatization and Community in Criminal Justice*. New York/London: University Press
- Best, Peter (2006) Die Amerikanische Strafkultur und die Privatisierung: Kein Vorbild für die europäische Kriminalpolitik, in: Feltes et al. (Eds.) *Festschrift für Hans-Dieter Schwind*. Heidelberg: Müller 3-21
- Brüchert, Oliver (2001) Ökonomisierung von Kriminalpolitik, in: Nickolai/Reindl (Eds.) *Sozialer Ausschluss durch Einschluss*. Freiburg i.B. 51-70

- Christie, Nils (2000) *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Style*, 3rd Ed. London/New York: Routledge
- Coyle, Andrew (2003) Conclusion, in: Coyle et al. (Eds.) *Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights*. London: Zed Books 211-231
- Davis, Angela Y. (2003) *Are Prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press
- De Feyer, Koen / Gómez Isa, Felipe (Eds.) (2005) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Antwerp/Oxford: intersentia
- Doleisch, Wolfgang (1989) Kritische Gedanken zu den neuen Europäischen Gefängnisregeln (European Prison Rules). *Zeitschrift für Strafvollzug* 38 (1) 35-37
- Downes, David (2001) The *macho* penal economy, in: Garland (Ed.) *Mass imprisonment*. London et al.: Sage 51-69
- Feest, Johannes / Paul, Bettina (2008) Abolitionismus. Einige Antworten auf oft gestellte Fragen. *Kriminologisches Journal* 40 (1) 6-20
- Flügge, Christoph et al. (Eds.) (2001) *Das Gefängnis als lernende Organisation*. Baden-Baden: Nomos
- Fudge, Judy / Owens, Rosemary (Eds.) (2006) *Precarious Work, Women, and the New Economy. The challenge to Legal Norms*. Oxford/Portland: Hart
- Gadrey, Jean (2003) *New Economy, New Myth*. London/New York: Sage
- Garland, David (2001a) *The Culture of Control. Crime and Social order in Contemporary Society*. Oxford: University Press
- Garland, David (Ed.) (2001b) *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*. London et al.: Sage
- Garland, David (2007) *High Crime Societies and Cultures of Control*. *Kriminologisches Journal* 39 (Beiheft 9) 231-249
- George, Amanda (2003) Women Prisoners as Customers, in: Coyle et al. (Eds.) *Capitalist Punishment*. London: Zed Books 202-210
- Greenberg, David F. (2001) *Novus ordo saeculorum?* in: Garland (Ed.) *Mass imprisonment*. London et al.: Sage 70-81
- Hallett, Michael (2006) *Private Prisons in America. A Critical Race Perspective*. Urbana/Chicago: University of Illinois Press
- Hallett, Michael / Lee, J. Frank (2001) Public Money, Private Interests: The Grassroots Battle against CCA in Tennessee, in: Shishor/Gilbert (Eds.) *Privatization in Criminal Justice*. Cincinnati: anderson publ. 227-244
- Harding, Richard (2007) Inspecting prisons, in: Jewkes (Ed.) *Handbook on prisons*. Portland: Willan Publ. 543-565
- Hecht, Mark / Habsha, Donna (2003) International Law and the Privatization of Juvenile Justice, in: Coyle et al. (Eds.) *Capitalist Punishment*. London: ZedBooks 75-86
- Hibou, Béatrice (2004) From Privatising the Economy to Privatising the State: an Analysis of the Continual Formation of the State, in: Hibou (Ed.) *Privatising the State*. London: Hurst & Co. 1-46
- Hofinger, Veronika / Pilgram, Arno (2008) Wie Fremde Gefängnisse konservieren und Gefängnisse Fremde. Über das Wechselspiel von Kriminal- und Fremdenpolitik, in: Klimke (Ed.) *Exklusion in der Marktgesellschaft*. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften 107-123
- Humphries, Drew / Greenberg, David F. (1981) The Dialectics of Crime Control, in: Greenberg (Ed.) *Crime & Capitalism*. Palo Alto: Mayfield Publ. 209-254
- Jones, Trevor / Newburn, Tim (2006) Understanding plural policing, in: Jones/Newburn (Eds.) *Plural Policing*. London/New York: Routledge 1-11
- Konopatzki, Christoph (2006) *Die Wirtschafts- und Kriminalpolitik in den USA*. Hamburg: Lit-Verlag

- Klimke, Daniela (Ed.) (2008) Exklusion in der Marktgesellschaft. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften
- Kruis, Konrad (2000) Haftvollzug als Staatsaufgabe. Zeitschrift für Rechtspolitik 33 (1) 1-5
- Lea, John (2002) Crime & Modernity. Continuities in Left Realist Criminology. London et al.: Sage
- Lindenberg, Michael (1996) Kommerzielle Gefängnislogik. vorgänge 135 (3) 89-104
- Mahmood, Marcus (2004) Collateral Consequences of the Prison Industrial Complex. Social Justice 31, 31-34
- McMahon, Maeve (1997) Kontrolle als Unternehmen. Widersprüche 17 (1) 25-36
- Mehigan, James / Rowe, Abigail (2007) Problematizing prison privatization: an overview of the debate, in: Jewkes (Ed.) Handbook on prisons. Portland: Willan Publ. 356-376
- Miller, Joshua (2003) Worker Rights in Private Prisons, in: Coyle et al. (Eds.) Capitalist Punishment. London: Zed Books 140-151
- Nathan, Stephen (2003) Private Prisons: Emerging and Transformative Economies, in: Coyle et al. (Eds.) Capitalist Punishment. London: ZedBooks 189-201
- Nathan, Stephen (2006) Privatisation still not proven. HLM 9, 18-19
- Newburn, Tim / Sparks, Richards (Eds.) (2004) Criminal Justice and Political Cultures. Uffculme et al.: Willan Publ.
- Owers, Anne (2007) Imprisonment in the twenty-first century: a view from the inspectorate, in: Jewkes (Ed.) Handbook on prisons. Portland: Willan Publ. 1-21
- Pollähne, Helmut (2007a) Der CPT-Bericht über den Deutschland-Besuch 2005. Recht & Psychiatrie 25 (3) 120-131
- Pollähne, Helmut (2007b) Besuchskommissionen: Dezentrale Präventionsmechanismen im Psychiatrierecht – OPCAT-konform? in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Ed.) Prävention von Folter und Misshandlung in Deutschland. Baden-Baden: Nomos 149-174
- Pollähne, Helmut (2007c) Internationale Standards gegen föderalen Wildwuchs? Strafverteidiger 27 (10) 553-558
- Pollähne, Helmut (2008) Die Privatisierung psychiatrischer Krankenhäuser und ihre Folgen für den Maßregelvollzug, forthcoming in the KrimZ-Documentation of the Congress „Privatisierung in der Strafrechtspflege“ (Wiesbaden, 3./4. Dec. 2007)
- Riveland, Chase (1999) Prison management Trends, 1975-2025, in: Tonry/Petersilia (Eds.) Prisons. Chicago/London: University Press 163-203
- Robbins, Ira P. (2005) Privatisation of Corrections : A Violation of U.S. Domestic Law, International Human Rights, and Good Sense, in : De Feyer/Gómez Isa (Eds.) Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation. Antwerp/Oxford: intersentia 57-90
- Ryan, Mick / Sim, Joe (2007) Campaigning for and campaigning against prisons: excavating and reaffirming the case for prison abolition, in: Jewkes (Ed.) Handbook on prisons. Portland: Willan Publ. 696-718
- Sack, Fritz (1998) Ökonomisierungsprozesse in der Kriminalpolitik. Marktlogik für staatliches Strafen? in: Reindl (Ed.) Effektivität, Effizienz und Ethik in Straffälligenhilfe und Kriminalpolitik. Freiburg i.B. 87-110
- Scheerer, Sebastian (1997) Zwei Thesen zur Zukunft des Gefängnisses – und acht über die Zukunft der sozialen Kontrolle. Widersprüche 17 (1) 9-24
- Shearing, Clifford (2005) Die politische Produktion von Sicherheit. Kriminologisches Journal 37 (2) 82-92
- Shishor, David / Gilbert, Michael J. (Eds.) (2001) Privatization in Criminal Justice. Past, Presence, and Future. Cincinnati: Anderson Publishing

- Stern, Vivian (2006) *Creating Criminals. Prisons and People in a Market Society*. London/New York: Zed Books
- Sudbury, Julia (2000) *Transatlantic Visions: Resisting the Globalization of Mass Incarceration*. *Social Justice* 27 (3) 133-149
- Sudbury, Julia (2004) *A World Without Prisons: Resisting Militarism, Globalized Punishment, and Empire*. *Social Justice* 31 (1) 9-30
- Taylor, Ian (1999) *Crime in Context. A Critical Criminology of Market Societies*. Cambridge: Polity Press
- Van Wormer, Katherine (2003) *Prison Privatization and Women*, in: Coyle et al. (Eds.) *Capitalist Punishment*. London: Zed Books 102-113
- Van Zyl Smit, Dirk / Dünkel, Frieder (Eds.) (2001) *Imprisonment today and tomorrow. International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*. The Hague et al.: Kluwer Law Int.
- Wacquant, Loïc (2007) *The Place of the Prison in the New Government of Poverty (Prisons of Poverty)*, unpubl. paper for the AED-Congress in Pisa, 2/29/2008
-

¹ McBride 2001, in: Fudge/Owens 2006: 5, cf. Lea 2002: 118.

² It may be mere coincidence, but in German language for 'society' and 'company' the same term „Gesellschaft“ is in use.

³ And we are - of course - happy that we do not have to talk about the New Economy of Capital Punishment.

⁴ Mehigan/Rowe 2007: 363, cf. Shishor/Gilbert 2001, Nathan 2006, Stern 2006: 107 ff., Blakely 2007 ch. 4, Lindenberg 1996: 96 ff.

⁵ See the German „tageszeitung“, 7/25/2006.

⁶ Cf. Davis 2003: 93 ff., Abu-Jamal 2000, Beckett/Western 2001, Wacquant 2007; diff. Downes 2001, see also Sudbury 2004, George 2003 and van Wormer 2003 about the role of women in this development as well as Hofinger/Pilgram 2008 about the conservation of "strangers" through the Austrian Prison System (cf. Scheerer 1997: 23).

⁷ Cf. Scheerer 1997, 22; to the carceral "gulag archipelago" refers Abu-Jamal 2000, diff. Greenberg 2001: 77 f.

⁸ Cf. Van Zyl Smit/Dünkel 2001: 812 and to the US-American situation Robbins 2005.

⁹ CCA-president John Ferguson, Reuter newswire, March 2003.

¹⁰ Sir Nigel Rodley, Foreword in Coyle et al. 2003.

¹¹ That „competition“ with private corporations may have had a positive impact on the state prisons (Van Zyl Smit/Dünkel 2001: 812, cf. Best 2006: 11, 20, Mehigan/Rowe 2007: 366) seems at least highly speculative.

¹² ECtHR 6/16/2005 – Storck/Germany – No. 61603/00.

¹³ See also Hecht/Habsha 2003 about some human rights aspects in regard to privatisation models in the juvenile justice and prison system (cf. Pollähne 2007c).

¹⁴ Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European prison Rules (adopted on 11 January 2006, cf. Pollähne 2007c: 555 f.).

¹⁵ Also see Hecht/Habsha 2003: 79 about OECD-principles and other sources.

¹⁶ Pollähne 2007c: 558, cf. the statement of the German „Komitee für Grundrechte und Demokratie“ from 3/22/2007, www.grundrechtekomitee.de/ub_showarticle.php?articleID=229.

Criminal liability of minors and severity of penalties: European trends and developments

Preliminary issues in comparative youth justice

Comparative research, especially in the field of youth justice, is fraught with difficulties. The very definition of a child, the classification of crime or penal custody for children and the extent to which aspects of youth justice are recorded, vary enormously throughout Europe (Muncie 2004, p.295).

For instance, the terms 'juvenile' and 'young person' may in some places refer to a person under 18 and in others simply to a person who is treated differently by the criminal justice system from an adult. Most European systems have distinct ways of dealing young people under the age of 21 in conflict with the law. In some European countries, those deprived of their liberty will be detained in 'youth custody' until their mid 20s and distinct procedures will be applied to young people over the age of 18 during the sentencing process.

Further, the age of criminal responsibility appears to have different meanings across Europe. The official age of criminal responsibility may not be the earliest age at which a child can be involved with the justice system due to being in conflict with the law (UNICEF 1998).

For instance, in England and Wales, it is simply not possible to come before the criminal courts or to be arrested under the age of criminal responsibility, which is at the extremely low age of ten. However, while the age of criminal responsibility in Belgium is set at the much higher age of 18 (or 16 for certain serious crimes) much younger children can be dealt with through the criminal system and deprived of their liberty, even though they are not being given a criminal sanction. Similarly in France, where the age of responsibility is 13, children as young as ten can appear before a judge who can impose community or education orders.

Provided these variations are borne in mind, it remains useful to explore the wide ranging differences of approach towards juvenile justice across Europe. Further, it is also possible to identify developing trends that appear to reflect the global approach to youth crime and punishment. Commentators have suggested that youth crime has become an increasingly political issue, especially in Anglophone countries such as UK and US, and that for this reason it has been especially difficult to develop international standards that will be complied with universally. It is indicative of the difficulties of setting standards in this area that the US is the only country alongside Somalia in the world not to have signed the most important international treaty in this area, the United Nations' Convention of the Rights of the Child (UNCRC). Further, many countries have placed reservations on some of the key issues on youth justice. Despite the prevalence of non compliance, juvenile justice is the subject of international guidance that is extremely comprehensive and detailed.

International legal framework

Numerous international treaties and agreements set standards concerning the ways in which children in conflict with the law should be dealt with.

The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) confirms the principle of separation of “young prisoners” from adults in custodial facilities and also prohibits the death penalty for persons found guilty of a crime committed when they were under the age of 18 (Art. 6.5). The ICCPR also contains many safeguards applicable to all persons brought to trial and detained, and specifically states that “[i]n the case of juvenile persons, the [court] procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation” (Art. 14.4).

The 1989 UNCRC contains many provisions affecting children in conflict with the law. Key articles of the UNCRC concerning youth justice are Articles 3, 37 and 40. Article 3 provides that in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration [subsection 1]. Parties undertake to ensure the child receives such protection and care as is necessary for his or her well-being, and, to this end, shall take appropriate legislative and administrative measures [subsection 2].

Article 37 provides for minimum standards in treatment and punishment of juvenile offenders, to ensure that ‘no child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.’ It also provides that ‘neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age.’

Importantly, Article 37b provides that ‘no child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time’.

Article 40 provides for recognition of the welfare, dignity and privacy of the child by ensuring that parties treat children ‘in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.’

In addition to the UNCRC, the following rules and guidelines have also been produced:

- United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice 1985 (Beijing Rules);
- United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty 1990 (JDLs);
- United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency 1990 (Riyadh Guidelines).

These documents largely reinforce the principles set out in the CRC. A summary of their key content is set out at Appendix 1.

The Committee on the Rights of the Child – the body charged with administering the UNCRC – has stated that the Convention and the Beijing Rules together:-

“call for the adoption of a child-orientated system, that recognises the child as a subject of fundamental rights, and stresses the need for all actions concerning children to be guided by the best interests of the child as a primary considerationⁱ.”

The Council of Europe has also produced detailed recommendations as to the appropriate treatment for children. Recommendation (2003) 20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice refers to numerous other international documents and agreements in its preamble and notes the fact that ‘juvenile delinquency is perceived as a pressing concern in a number of European countries.’ The recommendations promote a welfare and needs-based approach, suggesting the increased use of alternatives to custody and stringent minimum periods of pre-trial detention. It is understood that new rules are currently being drafted and are due to be published this year.

However, it is well known that international rules and guidance are often unenforceable. While it is a useful campaign tool for those with an interest in juvenile justice to be able to refer to a bench mark against which a government is failing, there is little that can be done to make states adhere to these principles – especially when the political will is driving the other way.

A brief overview criminal responsibility and criminal penalties across Europe

A thorough review of the juvenile justice systems in the many countries within Europe is simply not possible in this paper. It remains surprisingly difficult to gather information as to trends, developments and practices in this field across Europe. This section attempts to provide a brief overview of the range of practices and penalties across Europe. This is followed by a focus on the worst offenders (notably the Anglophone countries) and those generally recognised as the most liberal – sometimes even referred to as ‘indulgent’ nations such as

Finland and Italy. Brief references are also made to those countries in which there has been a significant shift in recent years.

The age of criminal responsibility, while meaning different things in different jurisdictions, does provide some indication of a country's approach to juvenile justice.

Country	Minimum age of criminal responsibility
Austria	14
Belgium	18 (16 for serious offences)
Bulgaria	14
Czech Republic	15
Denmark	15
England and Wales	10
Estonia	14
Finland	15
France	13 (but educational measures can be imposed from the age of 10)
Germany	14
Greece	13 (but educational measures can be imposed from the age of 8)
Hungary	14
Iceland	15
Italy	14
Latvia	14
Lithuania	14
Luxemburg	18
Netherlands	12
Northern Ireland	12

Norway	15
Poland	13
Portugal	16
Romania	14
Russian Federation	14
Scotland	8
Slovakia	14/15
Spain	16 (14 in Catalonia)
Sweden	15
Turkey	12

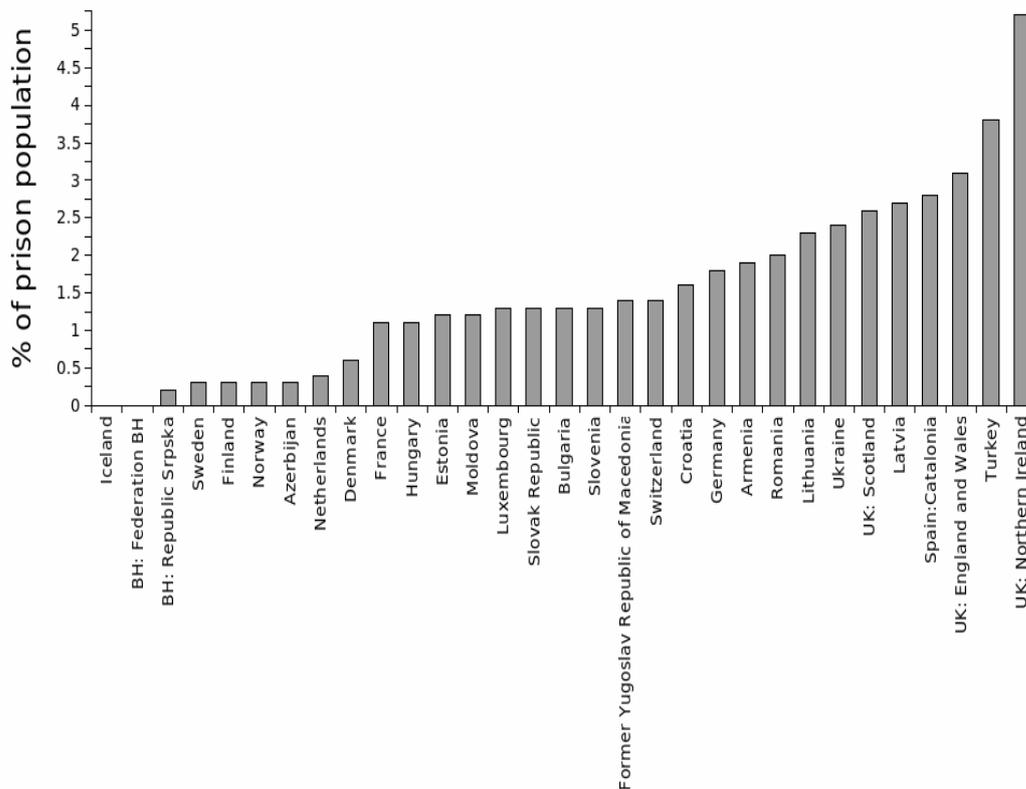
The Anglophone offenders

As can be seen from the comparative ages of criminal responsibility across Europe, the countries that make up the UK have the lowest ages of responsibility. The changes to the age of criminal responsibility in England over the last 50 years are symptomatic of the volatile nature of penal policy in the field of juvenile justice. The age was increased from 7 to 10 in 1969 alongside a raft of measures designed to create a welfare based criminal justice system. While these measures were famously implemented in Scotland (where, ironically, the age of criminal responsibility remains at the age of 8) with the creation of children’s hearings system able to dispense a range of educational and welfare based measures instead of penal penalties, the reforms never really took off in England and Wales. Even those ‘welfare’ based initiatives that have been successfully introduced have traditionally in England only served to expand the range of criminal disposals available to the Courts (Muncie and Goldson 2006, p35).

Further, in 1998, the ‘New Labour’ government, developing the trend set by the Conservative Prime Minister Margaret Thatcher, abolished the presumption of ‘doli incapax’ for 10 to 14 year olds. This ensured that there was a presumption that children between these ages were not capable of committing an action that they knew to be ‘seriously wrong’ unless the prosecution could prove otherwise. The abolition of this presumption in England has been considered as symptomatic of a rigid and inflexible attitude to penal policy for children in recent years. Therefore, in the cases of England and Scotland it can be said that the age of criminal responsibility is not an accurate indication of the severity of the regime.

However, a brief survey of the ages of criminal responsibility and the percentage of children that make up the prison population in European countries does appear to suggest that the lower the age of criminal responsibility the larger the juvenile prison population. Thus, those countries with the lowest ages of criminal responsibility between 8 and 12 (England and Wales, Scotland, Turkey, Northern Ireland and the Netherlands), fall within the top six highest juvenile prison populations – with the notable exception of the Netherlands which has only recently developed harsher penal policies.

Percentage of prisoners under 18 by country



Source: Council of Europe (May 2006) Penological Information Bulletin

The range of sentences available for children in England and Wales have also been criticised: life sentences remain available for children and remain mandatory for children convicted of murder. Since the Criminal Justice Act 2003,

a range of new sentences designed to ensure 'public protection' have been available for children: these include indefinite sentences for public protection which will only allow for a child to be released on the completion of a successful parole application, following which the child will remain on licence for a period of at least ten years, or until the parole board cancels the licence. These sentences have been deeply criticised as failing to take into account the development of the child.

All children tried for serious offences are tried in adult courts. Children aged 17 and above are not provided with the same procedural safeguards at the police station as children under 17. Civil orders, known as "Anti-social behaviour orders" (ASBOs), which if breached can lead to sentences of imprisonment, can be imposed where a child appears to be a social nuisance. Children can also be made subject to sex offender notification requirements for life if they receive a sentence of imprisonment for certain sexual offences of over 30 months or more.

Despite the very low age of criminal responsibility, in 1998 a range of penalties, specifically aimed at children under the age of criminal responsibility were introduced. Child safety orders can be made in the family courts if a child is considered to be at risk and can lead to a child being supervised in the community by a criminal justice professional.

Italy and Finland – tolerance and indulgence?

Italy has been described by leading English experts as 'model of tolerance and non-punitiveness from which England and Wales has much to learn' (Nelken 2006, p161). Italian judges have a wide discretion to pardon children, deem the offence to be irrelevant on the basis that it is trivial or provide them with alternative options to custody including pre-trial probationary periods. These pre-trial probationary periods are available for all types of offences, including serious offences such as murder. Life sentences are not available to children and the Courts have ruled the imposition of a life sentence on a child to constitute 'cruel and unusual' treatment.

The prison rate in Italy therefore is exceptionally low: there was a constant decrease in the numbers of children in prison between the late 1970s to 1990s, with a large majority of those in prison awaiting trial (Nelken 2006, p166). At any given time only around 500 people under the age of 18 are in prison in Italy compared to around 3000 at any one time in England and Wales. Of the 500 young people in custody at any one time, it is notable that only a very small proportion are Italian born. It is suggested that this may be due to the difficulties in administering pre-trial probationary measures to such children. This issue has been the subject of much criticism and mirrors concerns about the proportion of children from minority or foreign backgrounds in prison across Europe.

The low levels have persisted despite recent concerns about rising youth crime. Political attempts in 2003 to toughen the juvenile justice system for serious crimes, especially in relation to the use of pre-trial probation for murder, following

the case of two young lovers that committed murder in 2000, failed at the first parliamentary hurdle.

While Nelken suggests that there may be a range of social and cultural issues to explain the low rates of imprisonment in Italy, including the strength of the family and the absence of a heavy drinking culture among the youth, he places a heavy emphasis on the lack of media hype or obsession with youth justice issues in Italy as part of the 'moral panic' cited as the cause for tougher policies in Europe generally.

Similarly, juvenile justice in Finland has become significantly more lenient in recent years, in line with its Scandinavian neighbours. At the beginning of the 1950s, Finland had about 200 prisoners (including adults) per 100,000 inhabitants while the figures in Sweden and Norway were at around 50 (Lappi-Seppala, 2006, p179). The 1950 Finnish figure tops the record rates of the number of prisoners in England and Wales today! However, in the last 30 years the Finnish system has undergone total transformation so that the prison population was reduced to almost a third of the 1950 figure by the early 1990s and has been stable at around 70 per 100,000 since then. Further, this enormous reduction in the general prison population which has been mirrored by the juvenile population has not had any noticeable effect on crime rates. This reduction was achieved by reform of the Penal code which allowed for lesser sentences of imprisonment and a much greater use of community punishments.

Children cannot be given life sentences and the maximum sentence for a child under 18 is 12 years. The majority of cases, including juvenile cases, are disposed of by way of a fine or conditional imprisonment. However, for children convicted of serious crimes carrying a sentence of over 4 years, Finland has been criticised for the lack of separate juvenile custodial establishments.

Juvenile justice in Finland has a strong emphasis on welfare. While at the end of 2003, there were only 62 children in juvenile prison, it is notable that in any given year some 8000 children are in public care, 20% of whom are placed there against their will. On average some 350 children between the ages of 14 and 17 are placed in mental care institutions each year. It is interesting that figures as to the number of children in care or in hospital do not tend to appear on most accounts of states' juvenile justice system. In order to provide some form of comparison, around 65,000 children in the care of local authorities in England and Wales as of the end of March 2007.

Even though Finland has been held out as an example not only of tolerance but of a country that has managed to totally reform its penal system without any impact on public safety, concerns about youth violence have re-opened the debate about lowering the age of criminal responsibility. In 2001 a majority of Finnish parliament members signed a proposal to reduce the age. Although the proposal was rejected the issue remains on the agenda.

Significant shifts throughout Europe: trends and developments

While no other country in Europe appears to come anywhere near to implementing as harsh a penal policy as that provided for in England and Wales, the issue of youth justice appears to be a hot political topic in many countries. Many countries have seriously considered raising the age of criminal responsibility in recent years. Increases in secure places for children under 18 have been widespread throughout Europe. This is despite research in many countries revealing that instances of youth crime have either stabilised or decreased. However, instances of violent crime appear to have increased (Barbaree 2001, p213).

For instance, the number of places in youth detention in the Netherlands has trebled from 700 in 1990 to 2,400 in 2003 - although half the children will be detained for psychiatric or psychological treatment. Treatment can take up to six years. Recent changes to police detention rules, due to lack of spaces in youth detention, now allow 16 and 17 year olds to be detained for up to 16 days and 15 hours in police custody. This age group may also be placed in adult prisons in breach of the requirement for separation under the UNCRC (see uit Beijerse and van Swaaningen 2006, pp74-75). While the system in the Netherlands retains its core principles of rehabilitation, serious crime has become a deeply political issue, which has been intertwined with concern about violent offences among young people from ethnic minorities: over half the population in youth detention centres are not born in the Netherlands.

Similar concerns in Belgium about increasing public unsafety attributed to youths from ethnic minorities, especially of Moroccan and Eastern European origin, has resulted in pressure to introduce a juvenile justice system in which children are held more accountable for their actions. Despite the age of criminal responsibility being set at 18, children even younger than 12 years of age can be placed in secure centres in exceptional circumstances. Further, a new law passed in the wake of the murder of a teenager by two other teenagers in 2006, allowed for the creation of a large new prison for 16 and 17 year olds.

Conclusions

While penal policies and measures that can be imposed upon children under the age of 18 vary widely across Europe, it can be said that there is an increased concern about the threat of youth crime. While most research suggests that rates of youth crime are stable or have decreased, high profile cases or increases in violent offending appear to act as triggers throughout Europe to increase the severity of penalties. The prevalence of young people from ethnic minorities in custody appears to be a cause for concern in many countries. While media and public opinion on this topic does not appear to play as important a role in most European countries as it does in the UK and the US, where a tough stance on law and order appears to be of key political importance, there appears to be an increasing interest throughout Europe in this area by politicians. This

arguably hinders the development of penal law and practice in compliance with international standards and obligations.

As the official commentary to the Beijing Rules explains, 'the main difficulty in formulating guidelines for the adjudication of young persons stems from the fact that there are unresolved conflicts of a philosophical nature.' Penal policy can be underpinned by conflicting notions of rehabilitation, assistance and protection and repression and punishment, as well as general deterrence set against individual incapacitation.

The commentary notes that 'the conflict between these approaches is more pronounced in juvenile cases than in adult cases.' In contrast to consideration of adult criminality, it is often impossible to exclude developmental understanding or simply the process of growing up as a major contributor to crimes committed by children. An analysis of the philosophical notions underpinning juvenile justice in the current climate is likely to reveal in many European jurisdictions the application unhappy mixture of these notions. There appears to be a lack of consistency or even logic in the contemporary approach. Many jurisdictions appear at one and the same time to have their juvenile justice systems rooted in preventative and rehabilitative ethos while attempting at the same time to satisfy perceived public anxieties for harsher custodial sentences for serious crimes or even persistent minor offending. The overall result is an increase in the number of children passing through criminal justice systems despite the fact that most jurisdictions report that youth crime figures have decreased or are stable.

Bibliography and Further Reading

Bala, N et al (Eds.) (2002) *Juvenile Justice Systems: an international comparison of problems and solutions* Thompson

Barbarett, R. (2001) Youth Crime in Western Europe: will the old world imitate the new? in White, S (2001) *Handbook of Youth and Justice* Springer

Laura Janes
The Howard League for Penal Reform (England and Wales), 2008

Gendrot, S. (2006) *France: the politicisation of youth justice* in Muncie, J and Goldson, B. (Eds) (2006) *Comparative Youth Justice* SAGE publications

Jensen, E. and Jepsen, J. (2006) *Juvenile Law Violators, Human Rights and the Development of New Juvenile Justice Systems* Hart

Lappi-Seppala, T (2006) *Finland: a model of tolerance?* In Muncie, J and Goldson, B. (Eds) (2006) *Comparative Youth Justice* SAGE publications

Muncie, J. (2004) *Youth Crime (2nd Edition)* SAGE publications

Muncie, J and Goldson, B. (Eds) (2006) *Comparative Youth Justice* SAGE publications

Put, J. and Walgrave, L. (2006) *Belgium: from protection towards accountability?* Muncie, J and Goldson, B. (Eds) (2006) *Comparative Youth Justice* SAGE publications

uit Beijerse and van Swaaningen (2006) *The Netherlands: Penal welfarism and risk management* in Muncie, J and Goldson, B. (Eds) (2006) *Comparative Youth Justice* SAGE publications

Tonry, M. and Doob, A.(Eds.) (2004) *Youth crime and youth justice: comparative and cross national perspectives* in Crime and Justice Vol 31, Chicago University Press

UNICEF 1998 Innocenti Digest, Juvenile Justice available at <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest3e.pdf>

White, S (2001) *Handbook of Youth and Justice*. Springer

Appendix
EXTRACTS FROM INTERNATIONAL STANDARDS GOVERNING THE
RIGHTS OF JUVENILES

[A] United Nations Convention on the Rights of the Child

The UN Convention on the Rights of the Child is a global treaty which is binding on all States Parties. It applies to children that is persons who are under the age of 18 years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier. It enjoins state parties to respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status [Art 2[1]].

Article 3 provides that in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration [§ 1]. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties at his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take appropriate legislative and administrative measures [§ 2].

Article 37 provides for minimum standards in treatment and punishment of juvenile offenders:

“States Parties shall ensure that:

No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age;

No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time;”

The requirement in Article 37b that any detention be for the shortest appropriate period of time appears to signal a totally different approach to detention than that applicable to adults. Article 37b was repeatedly referred to by the English courts and by the European Court in the Venables litigation. However, it is questionable how much practical effect the principle has been given.

Article 40 provides for recognition of the welfare, dignity and privacy of the child:

“1. States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.

...

2. To this end, and having regard to the relevant provisions of international instruments, States Parties shall, in particular, ensure that:

(a) ...

(b) Every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees:

...

(vii) To have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings. ”

The Committee on the Rights of the Child – the body charged with administering the Convention – has stated that the Convention and the Beijing Rules (see Part B, below) together:-

“call for the adoption of a child-orientated system, that recognises the child as a subject of fundamental rights, and stresses the need for all actions concerning children to be guided best interests of the child as a primary consideration.” (1995 CRC/C/42 Annex VIII p64)

[B] The UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)

Specific guidance is given to States under the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice [“The Beijing Rules”]. The Rules, which are recommendatory and non-binding, were adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985. They require member states to seek, in conformity with their respective general interests, to further the well being of the juvenile or his family [rule 1 §1].

While the Rules permit the incarceration of juveniles Rule 17 requires that the period of incarceration should be the minimum necessary and that regard must be had at all times to the welfare of the young offender:

“17. Guiding principles in adjudication and disposition

17.1 The disposition of the competent authority shall be guided by the following principles:

(a) The reaction taken shall always be in proportion not only to the circumstances and the gravity of the offence but also to the circumstances and the needs of the juvenile as well as to the needs of the society;

(b) Restrictions on the personal liberty of the juvenile shall be imposed only after careful consideration and shall be limited to the possible minimum;

(c) Deprivation of personal liberty shall not be imposed unless the juvenile is adjudicated of a serious act involving violence against another person or of persistence in committing other serious offences and unless there is no other appropriate response;

(d) The well-being of the juvenile shall be the guiding factor in the consideration of her or his case.

17.2 Capital punishment shall not be imposed for any crime committed by juveniles.

17.3 Juveniles shall not be subject to corporal punishment.

17.4 The competent authority shall have the power to discontinue the proceedings at any time.”

The official commentary to the Rules explains:

“The main difficulty in formulating guidelines for the adjudication of young persons stems from the fact that there are unresolved conflicts of a philosophical nature, such as the following:

(a) Rehabilitation versus just desert;

(b) Assistance versus repression and punishment;

(c) Reaction according to the singular merits of an individual case versus reaction according to the protection of society in general;

(d) General deterrence versus individual incapacitation.

The conflict between these approaches is more pronounced in juvenile cases than in adult cases. With the variety of causes and reactions characterizing juvenile cases, these alternatives become intricately interwoven.

It is not the function of the Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice to prescribe which approach is to be followed but rather to identify one that is most closely in consonance with internationally accepted principles. Therefore the essential elements as laid down in rule 17.1 , in particular in subparagraphs (a) and (c), are mainly to be understood as practical guidelines that should ensure a common starting point; if heeded by the concerned authorities (see also rule 5), they could contribute considerably to ensuring that the fundamental rights of juvenile offenders are protected, especially the fundamental rights of personal development and education.

Rule 17.1 (b) implies that strictly punitive approaches are not appropriate. Whereas in adult cases, and possibly also in cases of severe offences by juveniles, just desert and retributive sanctions might be considered to have some

merit, in juvenile cases such considerations should always be outweighed by the interest of safeguarding the well-being and the future of the young person.

In line with resolution 8 of the Sixth United Nations Congress, rule 17.1 (b) encourages the use of alternatives to institutionalization to the maximum extent possible, bearing in mind the need to respond to the specific requirements of the young. Thus, full use should be made of the range of existing alternative sanctions and new alternative sanctions should be developed, bearing the public safety in mind. Probation should be granted to the greatest possible extent via suspended sentences, conditional sentences, board orders and other dispositions.

Rule 17.1 (c) corresponds to one of the guiding principles in resolution 4 of the Sixth Congress which aims at avoiding incarceration in the case of juveniles unless there is no other appropriate response that will protect the public safety.

The provision prohibiting capital punishment in rule 17.2 is in accordance with article 6, paragraph 5, of the International Covenant on Civil and Political Rights.

The provision against corporal punishment is in line with article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, as well as the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the draft convention on the rights of the child.

The power to discontinue the proceedings at any time (rule 17.4) is a characteristic inherent in the handling of juvenile offenders as opposed to adults. At any time, circumstances may become known to the competent authority which would make a complete cessation of the intervention appear to be the best disposition of the case.”

Rule 5 requires that the juvenile justice system shall emphasise the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence:

“5. 1 The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence.”

The official commentary explains:

Rule 5 refers to two of the most important objectives of juvenile justice. The first objective is the promotion of the well-being of the juvenile. This is the main focus of those legal systems in which juvenile offenders are dealt with by family courts or administrative authorities, but the well-being of the juvenile should also be emphasized in legal systems that follow the criminal court model, thus contributing to the avoidance of merely punitive sanctions. (See also rule 14.)

The second objective is "the principle of proportionality". This principle is well-known as an instrument for curbing punitive sanctions, mostly expressed in terms of just deserts in relation to the gravity of the offence. The response to young offenders should be based on the consideration not only of the gravity of the offence but also of personal circumstances. The individual circumstances of the offender (for example social status, family situation, the harm caused by the offence or other factors affecting personal circumstances) should influence the proportionality of the reactions (for example by having regard to the offender's endeavour to indemnify the victim or to her or his willingness to turn to wholesome and useful life).

By the same token, reactions aiming to ensure the welfare of the young offender may go beyond necessity and therefore infringe upon the fundamental rights of the young individual, as has been observed in some juvenile justice systems. Here, too, the proportionality of the reaction to the circumstances of both the offender and the offence, including the victim, should be safeguarded. In essence, rule 5 calls for no less and no more than a fair reaction in any given cases of juvenile delinquency and crime. The issues combined in the rule may help to stimulate development in both regards: new and innovative types of reactions are as desirable as precautions against any undue widening of the net of formal social control over juveniles.

Rule 8 expands on the provision relating to privacy in Article 40 of the Convention (above):

"8.1 The juvenile's right to privacy shall be respected at all stages in order to avoid harm being caused to her or him by undue publicity or by the process of labelling.

8.2 In principle, no information that may lead to the identification of a juvenile offender shall be published. "

The official commentary to the Rules explains:

"Rule 8 stresses the importance of the protection of the juvenile's right to privacy. Young persons are particularly susceptible to stigmatization. Criminological research into labelling processes has provided evidence of the detrimental effects (of different kinds) resulting from the permanent identification of young persons as "delinquent" or "criminal".

Rule 8 stresses the importance of protecting the juvenile from the adverse effects that may result from the publication in the mass media of information about the case (for example the names of young offenders, alleged or convicted). The interest of the individual should be protected and upheld, at least in principle (The general contents of rule 8 are further specified in rule 2 1.)."

[C] United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty

The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty were adopted by General Assembly resolution 45/113 on 14 December 1990. Like the Beijing Rules, they provide guidance and are recommendatory. Rule 2 provides that juveniles should only be deprived of their liberty in accordance with the Beijing Rules. Deprivation of the liberty of a juvenile should be a disposition of last resort and for the minimum period necessary period and should be limited to exceptional cases. It further provides that the length of the sanction should be determined by the judicial authority, without precluding the possibility of his or her early release.

The Romanian ' Law No. 275 of 4 July 2006 on enforcement of punishments and of measures ordered by the judicial bodies during the criminal proceedings' and ECHR

Lavinia Lefterache
Judge, Court of Appeal , Bucharest ,Romania

As Galileo said about our planet, 'Eppur,si muove' -'And yet it does move'- so Europe keeps moving and always ends up going forward and not just judicial Europe. The main thrust of the presentation is to recognize the importance of European Convention of Human Rights regarding the persons deprived of their liberty in order to strengthen the protection for these persons against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

The Romanian ' Law No. 275 of 4 July 2006 on enforcement of punishments and of measures ordered by the judicial bodies during the criminal proceedings' may be consider not only an imminent vision of the society but also an example of how a persons surroundings can influence him . In this connection, particular attention was paid to the treatment of persons detained and the conditions of detention .A preventive mechanism providing for such protection must be of considerable value as an element of the universal protection of human rights. Such a mechanism should be based on the principles of the confidentiality, independence, impartiality, universality and effectiveness. It should rather be preventive, involving an evaluation of current conditions in places of detention and recommendations on how detention practices and facilities should be improved in order to strengthen the protection of human rights.

The European Court of Human Rights is often describe as the jewel in the Council of Europe's crown. The Court is a symbol of what effective democracy and rule of law should mean. The rights and freedoms it guarantees are both timeless and universal. Timeless ,due the fact that we find reflections of Roman law like non bis in idem or continuations of Cesare Beccaria's ideas from Dei Delitti e delle pene regarding the rule of law. Universal because law is above all a common language.

In this respect, the European Court of Human Rights occupies a crucial position ,through its very existence and thanks to its case law ,in the gradual improvements of human rights protection. Here are several cases concerning Romania followed by the provisions changed in the Romanian laws.

Petra v.Romania(115/1997/899/1111)

On 9 December 1995 Mr Petra sent a letter through his wife to the Commission, informing it that on 26 September 1995 he had been transferred to Aiud Prison and that when he had sought permission to communicate his change of address, the reply had been "the Council of Europe is at Aiud and nowhere else" and that if he persisted, he would be put under the special prison regime.

In his application bringing case before the Court applicant had complained of hindrance of his correspondence with the Commission, his family and the national authorities.

Court has jurisdiction *ratione materiae* within compass of Commission's decision on admissibility of an application – Commission had expressed opinion that there had been a violation of Article 8 on account of the opening and delaying of correspondence between applicant and it.

Case file did not contain any letters sent by applicant to his family or to his country's authorities that had been intercepted and monitored by prison authorities.

Court considered that it did not have to entertain those complaints.

At that time, domestic provisions on monitoring of prisoners' correspondence was Law no. 23/1969 which left national authorities too much latitude. Monitoring of correspondence seemed to be automatic, independent of any decision by a judicial authority and unappealable.

Implementing regulations was unpublished, so that applicant had been unable to acquaint himself with them.

Government had not disputed Commission's conclusion that domestic law did not satisfy the requirement of accessibility and did not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the discretion conferred on the public authorities.

Applicant had not enjoyed minimum degree of protection to which citizens are entitled under rule of law in a democratic society. Interference complained of not in accordance with the law.

Court did not consider it necessary in instant case to ascertain whether the other requirements of paragraph 2 of Article 8 had been complied with.

Cotlet v. Romania (Application no. 38565/97)

The applicant, Silvestru Cotleț, is a Romanian national who was born in 1964 and lives at Gura-Humorului. The case concerns his difficulties in corresponding with the Convention institutions after lodging his application.

On 23 July 1992 he was convicted of murder by the Caraș-Severin County Court and sentenced to 17 years' imprisonment. He was sent to Drobeta Turnu-Severin Prison and subsequently transferred to penal institutions in Timișoara, Gherla, Jilava, Rahova, Craiova, Tg. Ocna and Mărgineni. He lodged an application with the European Commission of Human Rights from prison in November 1995 complaining about the allegedly unfair nature of the proceedings that had ended with his conviction.

The applicant complained under Article 8 of the Convention of interference with his correspondence with the Convention institutions, including delays in forwarding his letters to the Court and the Commission, the opening of his letters to those institutions, and the prison authorities' refusal to provide him with paper, envelopes and stamps for his letters to the Court. He also complained of a violation of his right of individual application, as guaranteed by Article 34 of the Convention.

The Court noted that between November 1995 and October 1997 the applicant's correspondence had taken between 1 month and 10 days and 2 months and 6 days to reach its destination. Such delays amounted to an interference with his right to respect for his correspondence. Referring to its case-law, the Court observed that it had previously held that the Romanian legislation on the

monitoring of prisoners' correspondence was incompatible with the requirement under Article 8 § 2 of the Convention for an interference to be "in accordance with the law". Consequently, finding that that requirement was not satisfied, the Court held that there had been a violation of the Convention under this head(art 8).

As regards the period up to 24 November 1997, when a decree was issued guaranteeing the confidentiality of prisoners' correspondence, the Court found that the fact that the applicant's letters had been opened amounted to an interference with his right to respect for his correspondence: that interference had been based on national provisions which had not amounted to a "law" for the purposes of Article 8 paragraph 2 of the Convention. Consequently, it held that there had been a violation of the Convention under that head.

With regard to the period after 24 November 1997, the Court noted that the facts were in dispute. The case file showed that the interference with the applicant's right to respect for his correspondence had continued. In the absence of any specific information from the parties on the point, the Court assumed that the basis for the interference was the Minister of Justice's decree of 24 November 1997. It noted that the decree was referred to under various different numbers and did not appear to have been published. Accordingly, the Court found that the interference was not "in accordance with the law" and that there had been a violation of Article 8 of the Convention.

The prison authority's refusal to provide the applicant with writing materials for his correspondence with the Court

The Court noted that inherent in the right to respect for correspondence, as guaranteed by Article 8 of the Convention, was the right to writing materials. It noted that several letters in which the applicant had related the difficulties he was experiencing had arrived in envelopes from other prisoners. The Court did not find the Government's submission that the applicant had been entitled to two free envelopes a month substantiated. It also found that the applicant's right to respect for his correspondence was not adequately protected by the provision of envelopes. It noted that the Government had not disputed that the applicant's requests had been turned down because there were no stamped envelopes for overseas correspondents available. In the circumstances, the Court found that the authorities had not discharged their positive obligation to supply the applicant with writing materials for his correspondence with the Court and, accordingly, held that there had been a violation of Article 8 of the Convention.

The Court found that the applicant's fears about being transferred to another prison or encountering other problems as a result of lodging his application could amount to intimidation. When combined with the failure to provide him with the necessary writing materials for his correspondence with the Court, the delays in forwarding his correspondence to the Court and the Commission and the systematic opening of that correspondence constituted a form of unlawful and unacceptable pressure that violated the applicant's right of individual application. Consequently, the Court held that there had been a violation of Article 34 of the Convention.

As a result of these violations, the law was change as follows

ART. 44

Right to petition

(1) The right to petition of the persons who serve the punishments involving deprivation of liberty shall be safeguarded.

(2) The petitions and the answer to the petitions are confidential and may not be opened or retained.

(3) For the purpose of this law, the term petition shall include any request or intimation addressed to the public authorities, judicial bodies, courts or international organisations.

ART. 45

Right to correspondence

(1) The right to mail of the persons who serve the punishments involving deprivation of liberty shall be safeguarded.

(2) The mail shall be confidential and may not be opened or retained unless the limits and conditions provided by law are complied with.

(3) For the purpose of preventing the bringing into the penitentiary, by mail, of toxic substances, explosives or other similar objects whose possession is forbidden, the mail may be opened, without being read, in the presence of the convicted person.

(4) The mail may be opened and retained if there are solid evidences in respect of committing an offence. The person who serves the punishments involving deprivation of liberty shall be notified in writing forthwith with regard to taking such measures, and the mail retained shall be classified in a special file that shall be kept by the administration of the penitentiary.

(5) The opening and retaining of mail, according to paragraph (4), may only be carried out based on the orders issued, in writing and motivated, by the judge delegated for the enforcement of punishments involving deprivation of liberty.

(6) The provisions of paragraphs (3) and (4) shall not apply in case of mail with the counselor for the defence, with the non-government organisations that carry on their activity in the field of protection of human rights, as well as with the courts or international organisations whose competence is accepted or recognised in Romania.

(7) The persons who serve the punishments involving deprivation of liberty may receive and dispatch letters in their mother tongue, in compliance with the provisions of paragraphs (1) - (6).

ART. 46

Measures for ensuring the exercise of the right to petition and the right to mail

(1) In order to ensure the right to petition and the right to mail, the warden of the penitentiary shall be obliged to take all measures to make available to the convicted person the necessary materials, as well as to install mailboxes inside the penitentiary.

(2) The petitions and mail shall be collected by the personnel of the provider of postal services, to whom access inside the penitentiary is ensured.

(3) The personnel of the provider of postal services shall be accompanied inside the penitentiary by a person specially appointed by the warden of the penitentiary.

(4) The answer to petitions and mail addressed to the persons who serve the punishments involving deprivation of liberty shall be handed over immediately to the addressee, against signature.

(5) The expenses occasioned by the exercise of the right to petition and the right to mail shall be covered by the persons who serve the punishments involving deprivation of liberty. In case such persons do not dispose of necessary funds, expenses for the exercise of the right to petition by expenses and intimations addressed to the judicial bodies, courts or international organisations

whose competence is accepted or recognised in Romania and those for the exercise of the right to mail with the family, the counselor for the defence and the non-government organisations that carry on their activity in the field of protection of human rights shall be covered by the administration of the penitentiary.

Bălăşoiu v. Romania (Application no. 37424/97)

Friendly settlement

The applicant, Georgeta Bălăşoiu, is a Romanian national who was born in 1949 and lives in Stefăneşti.

In July 1993 she lodged a criminal complaint, together with an application to join the proceedings as a civil party, against a number of police officers whom she accused of committing robbery and carrying out inadequate investigations. A medical examination of the applicant in July 1993 recorded numerous bruises on her face, arms, breasts and thighs and two fractured ribs. The police officers concerned were acquitted at first instance. However, in April 2001 the Military Court of Appeal held that they should have been convicted but that criminal proceedings against them were now time-barred. The applicant was awarded the equivalent at the material time of approximately EUR 1,600 for non-pecuniary damage.

The applicant alleged that she had been the victim of a violation of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) of the Convention in that the authorities' investigation into the treatment inflicted on her by agents of the State had been ineffective. She also complained, under Article 6 § 1 (right to a hearing within a reasonable time) of the Convention, of the excessive length of the criminal proceedings which she had joined as a civil party.

The case has been struck out following a friendly settlement in which the applicant is to be paid EUR 8,500 for any non-pecuniary and pecuniary damage and for costs and expenses. .

Notar v. Romania (Application no. 42860/98) ***Friendly settlement***

The applicant, Gheorghe Notar, is a Romanian national who was born in 1979 and lives in Tg. Mures. He was arrested by the police on 7 July 1996 on suspicion of having been involved in a robbery. The case was discontinued in February 1997.

The conditions of his arrest and subsequent detention were in dispute between the parties. The applicant claimed that he had been beaten by the police while being transferred to the police station and during questioning. On the day of his arrest he was placed in the Mures Youth Shelter where he remained until 12 July. He alleged that he had had his head forcibly shaved, that he had been beaten, had had to endure cold showers and had been washed in diesel oil. The Romanian Government, which conceded that the applicant had undergone a number of hygienic and disinfection measures on his arrival at the shelter, denied any ill-treatment.

The applicant's father, acting on behalf of his son, lodged a criminal complaint in respect of ill-treatment, false imprisonment and trespass. The subsequent proceedings were discontinued.

The applicant claimed to have been a victim of a violation of Article 3 (prohibition of torture and inhuman or degrading treatment) and Article 13 (right to an effective remedy) of the Convention on account of the treatment he had suffered at the hands of the police and the wardens at the Mures Shelter and complained of the lack of an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible. Relying on Article 5 §§ 1, 2, 3, 4 and 5 (right to liberty and security), he also complained that he had not been arrested and detained "lawfully" or "in accordance with a procedure prescribed by law". He also alleged a breach of Article 6 § 1 (right to a fair trial) of the Convention. He complained further of an infringement of his right to be presumed innocent within the meaning of Article 6 § 2 of the Convention as his identity had been revealed during a television programme which had presented him as the perpetrator of an offence. Lastly, he complained of a breach of Article 34 (right of individual petition) of the Convention.

The case has been struck out following a friendly settlement in which the applicant is to receive EUR 40,000 plus EUR 875 for pecuniary damage and EUR 8,712.66 for costs and expenses.

The Romanian Government have also made the following declaration: "The Government undertake to initiate a process of reform of the existing stamp-duty legislation so that civil actions for damages for treatment contrary to Article 3 are exempted therefore.

"The Government will take the necessary measures to inform the police forces of the appropriate conduct to be observed in order to ensure respect for the presumption of innocence within the meaning of Article 6 paragraph 2 of the Convention.

"The Government will continue to make efforts in the area of protecting children in distress in accordance with their undertakings given in the legislation and the strategies adopted at national level (Government ordinance no. 26/1997 on the protection of children in distress, approved by Law no. 108/1998, and Government decision no. 539 of 7 June 2001 on the strategy for the protection of children in distress) which entirely replace the legislation in force at the material time.

"The Government consider that the supervision, by the Committee of Ministers of the Council of Europe, of the enforcement of the Court's judgment constitutes an appropriate mechanism for ensuring that progress will continue to be made in this area."

As a result of these violations the law was change as follows

ART. 50

Right to medical assistance

(1) The right to medical assistance of the persons who serve the punishments involving deprivation of liberty shall be secured.

(2) The medical assistance in penitentiaries shall be ensured, whenever necessary or upon request, with qualified staff, free of charge, according to the law.

(3) The persons who serve the punishments involving deprivation of liberty shall benefit by free medical treatment and medicines.

ART. 51

Medical examination

(1) The medical examination of the persons convicted to punishments involving deprivation of liberty shall be carried out upon the admittance to penitentiaries and while serving their punishment, periodically.

(2) The medical examination shall be carried out under terms of confidentiality.

(3) The doctor that makes the medical examination shall be obliged to notify the prosecutor in case it finds that the convicted person has been subjected to torture, inhuman or degrading treatments or to other ill treatments, as well as to write down in the medical record the facts found and the declarations of the persons convicted in relation to these and with any other aggression declared by the convicted person.

(4) In the cases provided in paragraph (3), the person convicted to a punishment involving deprivation of liberty shall be entitled to request an examination, at the place of arrest, by a forensic doctor or by a doctor outside the penitentiary system, designated by the convicted person.

(5) The expenses occasioned by the medical examination provided in paragraph (4) shall be covered by the applicant.

Sabou and Pircalab v. Romania (Application no.46572/99)

The applicants, Dan Corneliu Sabou and Călin Dan Pîrcălab, are Romanian nationals who were born in 1971 and 1968 respectively and live in Baia Mare (Romania). They are reporters on a local newspaper "Ziua de Nord-Vest".

In April 1997 the newspaper published a series of articles written by both journalists on the allegedly unlawful acquisition of land by the mother of the President of the Baia Mare District Court. The first article condemned this acquisition, claiming that it had taken place at the expense of farmers from the Ulmeni municipality. The following articles included allegations that the judge had allegedly resorted to threats and sought to use forged documents to dispossess a neighbor.

Criminal proceedings were brought against the applicants after the judge filed a complaint for criminal defamation. In a judgment of 15 December 1997 Năsăud District Court convicted the applicants of the charges against them. It sentenced Mr Sabou to 10 months' imprisonment and also banned him from exercising his profession and suspended his parental and electoral rights for the duration of his imprisonment. In addition, the court fined Mr Pîrcălab 500,000 Romanian leis (ROL) (EUR 62), which was suspended, and ordered the applicants, jointly and severally with the newspaper, to pay the judge ROL 30 million (EUR 1,582.42).

An appeal lodged by the applicants was dismissed on 3 April 1998 by Bistrița Năsăud Regional Court on the ground that the impugned articles did not set out the truth and that it was clear that the reporters had not acted in good faith or with a view to protecting certain moral values in society, but had sought to attack the judge's reputation.

On 20 August 1998 Mr Sabou was imprisoned. At the time, he was living with his partner and two of their children. Four days later, his partner gave birth. Mr Sabou was released on 5 October 1998 after his request for a stay of execution was granted. He received a presidential pardon on 19 January 1999.

In May 2002 the newspaper paid the judge the sum she had been awarded by the courts. Mr Pîrcălab later repaid this sum in full through monthly deductions from his salary. The Court pointed out that the child's interest had to take precedence over all other considerations and that only particularly unworthy behavior could justify a person being deprived of his or her parental rights in the child's best interests.

The offence for which Mr Sabou had been convicted was completely unrelated to questions of parental responsibility and at no time had any allegation been made concerning a lack of care on his part or ill-treatment of his children. Under Romanian law, the ban on exercising parental rights was an ancillary penalty which was imposed automatically on any person who served a prison sentence, without the supervision of the courts and without taking account of the type of offence and the child's interests. Accordingly, the ban represented a moral reprimand aimed at punishing the convicted person rather than a child-protection measure.

Accordingly, the Court concluded that there had been a violation of Article 8.

The Court emphasised that, under Romanian law, the removal of parental responsibility was a statutory measure that was automatically imposed as an ancillary penalty whenever a person served a prison sentence. With regard to the Romanian Government's argument that Mr Sabou could have raised the objection that the law in question was unconstitutional, the Court pointed out that the Constitutional Court had found the relevant provision to be compatible with the Constitution and had ruled that the introduction of ancillary penalties was a matter of criminal policy for Parliament to decide.

In those circumstances, the possibility of raising an objection of unconstitutionality did not represent an effective remedy capable of providing appropriate redress for the complaint under Article 8. The Court accordingly concluded that there had been a violation of Article 13 taken together with Article 8.

As a result of these violations in the Romanian law, the removal of parental responsibility was a statutory measure is not anymore automatically imposed as an ancillary penalty whenever a person served a prison sentence(art 64 and 71 Criminal Code)

Bragadireanu v. Romania(Application no. 22088/04)

The applicant, Alexandru Bragadireanu, is a Romanian national who was born in 1954.

In June 1993, Mr Bragadireanu was remanded in custody, accused of having murdered his partner. He was found guilty of aggravated murder and sentenced to 20 years' imprisonment in May 1995. The applicant appealed before the Supreme Court, alleging in particular that the evidence had been wrongly interpreted by the courts.

During those proceedings his health was in constant decline. He was sent to a prison hospital several times and underwent surgery. In 1996, he was diagnosed with a perianal tumour. Due to a severe problem with his eyes, doctors recommended his release. The Supreme Court therefore suspended the proceedings from 27 May 1997 to 2 June 1999 and ordered the applicant's release. In February 2004, the Supreme Court ultimately upheld Mr Bragadireanu's sentence.

The applicant lodged a request for the suspension of the sentence, which was refused on the ground that the Forensic Institute concluded that, given the stage of his illness, he could stay in prison and that his medical treatment could be continued in prison hospitals.

Mr Bragadireanu was imprisoned in March 2004. He alleged that he had been placed in a cell with 30 beds arranged at three levels and with badly damaged mattresses, with two detainees in each bed, two toilets and no shower or warm water in the room. Due to his medical condition (as he had an artificial anus, he was unable to control his bowel movements) he asked to be transferred to a single-bed cell, but his request was rejected on the ground that no such cells existed in the penitentiary, except those for solitary confinement. He repeatedly requested to be examined by a doctor, but to no avail. He also claimed that his medicine had not been provided by the authorities and that his family had had to send it to him. He was hospitalised several times from 2004 to 2006. The applicant lodged unsuccessful complaints before the Romanian courts about the conditions in prison and the lack of medical care. Relying on Articles 3 and 6 § 1, Mr Bragadireanu complained in particular about the conditions of his detention and the lack of adequate medical treatment for his illness in prison. He also complained about the excessive length of the criminal proceedings brought against him.

Concerning the medical care in prison, the Court noted that the evidence available showed that the applicant had been examined by the penitentiary doctors on a regular basis and sent to public hospitals for further examinations when necessary. Therefore the penitentiary authorities had generally responded adequately to his medical requirements. Moreover, while it was true that the applicant's family had provided medicines for him, the Court noted that it was only reported to have happened once, and held that the applicant's general health did not seem to have deteriorated in prison due to lack of medical treatment.

On the question of whether a severely ill person should be deprived of their liberty, the Court recalled that the national courts had based their refusal to suspend the execution of the sentence on a medical report that had concluded that the applicant was fit for detention.

The applicant did not, therefore, prove "beyond reasonable doubt" that his suffering attained the minimum level of severity in order to fall within the scope of Article 3. Accordingly, there had been no violation of Article 3 concerning the medical care in prison.

The Romanian 'Law No 275 of July 2006 on enforcement of punishments and measures ordered by the judicial bodies during the criminal proceedings' and ECHR

Concerning the conditions of detention, the Court considered that a separate issue arose concerning the conditions of Mr Bragadireanu's detention. The applicant's allegations of the lack of organised help from the prison authorities were not contested by the Romanian Government. Moreover, it seemed that the applicant had not had a personal assistant in prison, required by his poor health, and had been forced to rely on his inmates for the most basic sanitary needs.

While the Government provided very detailed information concerning the medical surveillance of the applicant, it could not produce a single piece of information on the facilities offered to him in detention. The Court therefore concluded that no such facilities were provided to him.

The Court also recalled that the applicant's medical condition was severe and his basic sanitary needs were difficult to attend to. Although the authorities had been aware of those facts, he had still been detained in an ordinary prison and shared a cell with other people. He also had no showers or warm water at his disposal and had not received regular assistance. His poor condition had led to social segregation from the rest of the prison population. Furthermore, Mr Bragadireanu's description of the prison facilities was not contested by the Romanian Government and was confirmed by reports of the Council of Europe's Committee for the Prevention of Torture (CPT) on Romania.

The Court concluded that the prison conditions, in particular the overcrowding and lack of access to sanitary and other facilities, caused the applicant suffering, in violation of Article 3.

The cases presented are not spectacular. However they prove the effective protection offered by ECHR to the citizens when some simple, common rights are in danger .
And yes, as these cases prove it , Europe ,si muove ,Europe keeps moving and always ands going forward

Conférence de Pisa, 29 février 2008: Conseil de l'Europe et Union européenne: quel avenir pour la sanction pénale privative de liberté?

(22'2'08, 16 h)

J'aurais pu intituler cet exposé de manière quelque peu provocante: *l'Europe aime-t-elle la privation de liberté?* Il n'est en effet pas facile de constituer ou reconstituer la politique criminelle européenne. Nous nous sommes efforcés de le faire avec Pierrette Poncela, et d'autres collègues, dans notre recherche. En effet, et pour dire les choses de manière simplifiée voire grossière **Strasbourg n'aime pas** la privation de liberté, alors que **Bruxelles l'aime**, ou s'en accommode. La politique officielle des organes du Conseil de l'Europe, parfaitement relayée dans de nombreux pays, en particulier en Europe du Nord, vise à réduire l'importance, quantitative **et** symbolique, de la peine privative de liberté. Alors que le programme de reconnaissance mutuelle des décisions rendues en matière pénale, consacrée par le Traité de Lisbonne (*citer art. 69A TFUE*) s'est appuyée, sans doute pour des raisons pragmatiques davantage que par conviction, essentiellement sur la peine privative de liberté.

Dès lors, l'absence de l'Union européenne dans le programme des conférences de cet après midi m'est apparue dommageable. Je vais donc porter m'efforcer d'analyser cette politique et de porter sur elle un regard critique. On verra que, dans ce domaine peut-être plus que dans d'autres, les rapports complexes entre UE et Conseil de l'Europe sont marqués à la fois par une forte *concurrence*, mais aussi par une certaine *complémentarité*.

1. **Paradoxe et décalage.** L'attitude de l'UE n'est pas facile à décoder, ce qui n'est pas étonnant pour un organisme aussi complexe. De manière générale, on doit constater un certain paradoxe: la plupart des réalisations – certaines spectaculaires, comme le mandat d'arrêt européen – reposent sur la privation de liberté, avant ou après jugement, mais cet objet – la privation de liberté – est en quelque sorte **désincarné**. La commission constatait dans son **livre vert de 2004** l'absence complète de réglementation portant sur le contenu de la privation de liberté¹; toutes les interventions législatives ont reposé sur le mécanisme de détermination d'un **minimum de la peine maximale**, une réglementation portant sur la peine minimale étant même interdite par la déclaration no 8 annexée au traité d'Amsterdam². De

¹ Pp. 24 et 27

² Cf. livre vert pp.19 et 42.

même, dans un document de la commission *postérieur au livre vert* sur le rapprochement des sanctions pénales, la formule ambiguë suivante était employée: la commission s'engageait à "recenser au niveau de l'UE les types de peines, *au-delà des peines privatives de liberté*, qui devraient être rapprochés"³

Une exception à cette inertie: la recommandation adoptée (**vérifier**) par le Parlement européen en 2004 et portant sur les "droits des détenus dans l'union européenne"⁴. Ce texte marque une grande ambition, puisqu'il envisage "l'élaboration d'une charte pénitentiaire européenne"⁵, susceptible d'être invoquée devant la Cour de justice. C'est sur ce dernier point que la recommandation innove, car elle ne peut, quant à son contenu, que renvoyer pour l'essentiel aux instruments internationaux et aux textes du Conseil de l'Europe, telles que les règles pénitentiaires européennes alors en cours de révision.

Dans le **Document de travail des services de la Commission - Annexe à la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres.**{COM(2005)195 final}

"Recenser au niveau de l'UE les types de peines, au-delà des peines privatives de liberté, qui devraient être rapprochés. Assurer le suivi du Livre vert sur les sanctions pour consacrer une analyse et une réflexion à des notions telles que la responsabilité pénale des personnes morales. | Décision-cadre du Conseil sur le rapprochement des sanctions pénales | À présenter par la Commission en 2007 " |

2. Cette retenue quant au **contenu** des sanctions pénales privatives de liberté et à leur éventuel **rapprochement** ne signifie toutefois pas que l'UE anticipe sur une politique pénale "libérale", qui aurait pour objectif de *réduire l'importance* de ces sanctions. Au contraire, l'on doit à la vérité de dire que, dans sa première phase en tout cas, la mise en œuvre du programme de reconnaissance mutuelle a, accentué le poids de la privation de liberté et poussé les sanctions "vers le haut" "Tout est raisonné dans les instruments (de RM) par rapport à la pdl; or les champs de la criminalité couverts ne sont pas nécessairement les plus graves" écrit ainsi un des meilleurs connaisseurs du processus⁶.

³ COM(195)2005 final.

⁴ A5-0094/004 final

⁵ La proposition initiale déposée en 2003 par les députés européens Cappato et di Lello Finuoli recommandait, en suivant de plus près la nomenclature officielle, l'adoption d'une décision-cadre fixant des normes minimales européennes et garantissant les droits et libertés fondamentales des personnes détenues..."

⁶ D. Flore, "Droit pénal matériel et Union européenne", in *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003, p.73. Réflexions critiques également chez S. de Biolley, "Liberté et sécurité dans la constitution de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous la présidence belge", in *L'espace pénal européen, enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, pp.169 ss. et A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations: conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, pp.5 8 ss. Pour un point de vue d'Europe du Nord, voir T. Lappi-Sepala, in *Poncela/Roth, la fabrique du droit*, 2006, pp.197-199.

3. Nous sommes sortis de la première phase de la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle. Les objets se sont diversifiés (pour ne prendre que les décisions "post-sentencielles"⁷, on doit mettre en exergue les décisions-cadre du 6 octobre 2006 relative aux décisions de confiscation⁸ et surtout celle concernant les sanctions pécuniaires, du 24 février 2005⁹). Le risque diminue ainsi que se réalise une sorte de "*cauchemar libéral*": que les juges fassent *davantage appel* à la peine privative de liberté dans le but d'assurer une exécution transnationale.

Une **difficulté nouvelle** se présente toutefois: alors que, dans son "**noyau dur**"¹⁰, la peine privative de liberté revêt un caractère relativement uniforme, constat qui vaut également dans une certaine mesure pour la sanction pécuniaire, il n'en va pas de même pour les "sanctions alternatives"¹¹. Les divergences entre Etats ne portent pas seulement sur les **modalités d'exécution** – congés, semi-liberté, libération conditionnelle - comme c'est le cas pour la privation de liberté; elles touchent à la **définition** même de la sanction, à la **délimitation** entre sanction pénale et sanction administrative, voire civile. De plus, l'encadrement normatif est lacunaire: nous écrivions en conclusion de notre ouvrage¹² que la CEDH devrait être **complétée** par un **article 5bis**, portant sur les garanties minimales devant être reconnues aux personnes condamnées à une de ces "peines alternatives"¹³; la question du *consentement à l'imposition d'un travail* d'intérêt général, par exemple, mériterait de faire l'objet d'une norme internationale¹⁴.

Quand bien même l'encadrement conventionnel et législatif serait amélioré, et les législations harmonisées (nous y revenons dans un instant), un obstacle majeur à la reconnaissance mutuelle résidera dans les disparités de pratiques qui, tout autant voire plus que les divergences législatives, révèlent en réalité des divergences de conception. A juste titre, la commission évoque à la fin de son livre vert¹⁵ l'arme lourde des "*sentencing guidelines*", que les autorités politiques des Etats-Unis ont imposées depuis les années quatre-vingt. Ces lignes directrices visent essentiellement à remédier aux *inégalités*

7 En pré-sentenciel, gel des avoirs..

8 DC 2006/83/JAI, JO L 328 du 24 novembre 2006, pp. 59 ss.

9 DC 2005/214/JAI, JO L 76 du 22 mars 2005, pp. 16 ss.

10 Sous réserve de ses modalités

11 Note sur la terminologie alternative vs. de substitution.

12 Op.cit., p.309.

13 On trouve la même idée dans le livre vert de 2004, op.cit., p.58 "encadrement minimum" des "peines alternatives".

14 Résumer le débat suisse, cf. RR, 2003

15 Pp 69-70.

de traitement entre Etats voire entre juges¹⁶. L'instrument pourrait être importé et utilisé à une *autre fin*, celle de favoriser la reconnaissance mutuelle, grâce à l'harmonisation les pratiques.

4. Les termes anciens d'un débat nouveau. Penchons-nous (pour terminer) sur les **enjeux** de la reconnaissance mutuelle. Si l'instrument est neuf (en droit pénal), les termes du débat que suscite son expansion sont en revanche anciens. On retrouve en effet la dualité classique de la fonction du territoire (ou de la frontière¹⁷), attribut essentiel de la **souveraineté étatique** mais également pilier des *garanties individuelles*¹⁸. De même, l'acceptation de l'expansion de la reconnaissance mutuelle suppose des garanties tant pour les **Etats partenaires** (Etat de jugement et Etat d'exécution) que pour les justiciables. L'**actualité jurisprudentielle** récente le montre bien.

L'arrêt essentiel, sur lequel j'aimerais m'arrêter quelques instants, est l'arrêt *Kretzinger* du 18 juillet 2007¹⁹. Il conclut provisoirement une série impressionnante de jugements portant sur le principe *ne bis in idem*²⁰. Contrairement à ce qui avait été le cas dans les arrêts précédents, dans lesquels ce sont le droit matériel et les conditions procédurales de la décision judiciaire (formes simplifiées de la condamnation pénale) qui étaient principalement en jeu, la sanction elle-même et son exécution occupent une place prépondérante dans l'affaire *Kretzinger*.

Deux questions liées à l'exécution d'une sanction privative de liberté étaient en jeu. La Cour de justice européenne était interpellée par la Cour constitutionnelle allemande, d'abord pour qu'elle détermine si le principe *ne bis in idem* pouvait être invoqué alors que le premier jugement de condamnation (italien en l'espèce) avait été assorti du sursis. En second lieu, les juges de Karlsruhe se demandaient si le fait que l'Italie *soit habilitée* à émettre un mandat d'arrêt européen contre K. (sans l'avoir fait) devait conduire à admettre que la sanction était en cours d'exécution. Le débat portait donc sur ce qu'est une "*condamnation en cours d'exécution*" au sens de l'art. 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen²¹. Les réponses de la

¹⁶ ...Pour un point de vue "continental", cf. N. Schmid, *Strafverfahren und Strafrecht in den vereinigten Staaten*, 2^{ème} éd., Heidelberg, 1993, pp.173 ss.

¹⁷ Pour reprendre le titre de l'excellent ouvrage d'A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale*, Torino, 2006.

¹⁸ Ibidem, pp. 282 ss.

¹⁹ Aff. C-288/05.

²⁰ Références aux arrêts précédents et à Kraaijenbrink du 18 juillet 2007 également.

²¹ "Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou *soit actuellement en cours d'exécution* ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation". Cette condition, dite condition d'exécution, n'a pas été reprise dans l'art. 50 de la

Cour de Luxembourg sont les suivantes: i) une peine est en cours d'exécution pendant que le sursis déploie ses effets²²; ii) en revanche, le fait que l'Etat de condamnation puisse émettre un mandat d'arrêt européen n'amène pas à considérer que cette condamnation soit "en cours d'exécution"²³.

La Cour de justice est ainsi amenée à prendre une position forte sur le plan de la politique pénale: une peine de prison assortie du sursis est assimilée (aux fins de sa reconnaissance par un autre Etat) à une peine privative de liberté en cours d'exécution. Comme l'appréciation ne saurait être différente d'un Etat à l'autre, il y a là un fort effet d'**harmonisation du statut du sursis**.

La jurisprudence dont l'arrêt *Kretzinger* constitue le point d'orgue provisoire tend à renforcer la portée de *ne bis in idem*, dans le but de favoriser la libre circulation des personnes²⁴. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne participe à ce processus, en ayant supprimé la "condition d'exécution", qui était au cœur de l'affaire *Kretzinger*. Selon l'art. 50 de la Charte, **tout** jugement pénal de condamnation d'acquiescement définitif a un effet *ne bis*. Dès lors, les Etats seront de plus en plus amenés à jouer le rôle d'exécutants d'une sanction ordonnée dans un autre Etat. Pour ce faire, une harmonisation des conceptions, voire des pratiques en matière de sanctions est inéluctable. Ce que la Commission européenne résume dans la formule suivante: "*chaque Etat d'exécution deviendra Etat de jugement et vice-versa*"²⁵.

5. La question est de savoir si cette évolution comporte des risques d'un **affaiblissement des droits fondamentaux**. (Problématique bien illustrée par le contentieux sur le mandat d'arrêt]. Quelles sont les limites du **pouvoir de vérification** dans l'Etat d'exécution de la conformité de la condamnation aux standards procéduraux mais aussi matériels (disproportion)? La minceur, confinant à l'inexistence de la jurisprudence et même de la doctrine²⁶ sur cette question est

Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui élargit donc la portée de *ne bis in idem*, en donnant un effet *ne bis* à tout jugement pénal de condamnation d'acquiescement définitif.

²² C. 42 et ss.

²³ *Ibidem* c. 59 et suiv.

²⁴ Références dans les arrêts.

²⁵ Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne (COM(2004)334 final), p.72 (formule utilisée par la Commission dans le contexte du *partage des frais d'exécution*).

²⁶ Quelques exceptions tout de même: O. de Schutter "La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle", in G. de Kerchove et A. Weyembergh (sous la dir. de), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2005, pp. 111 ss. ; J. Callewaert, "The European Court of Human Rights and the Area of Freedom, Security and Justice", ERA Forum 2007, pp. 511 ss.

surprenante. On ne peut guère citer que la décision d'irrecevabilité *Lindberg* de la Cour européenne des droits de l'homme²⁷; elle paraît admettre qu'un Etat partie à la CEDH se contente d'une "*vérification marginale*" de la compatibilité d'un jugement rendu dans un autre Etat partie avec la Convention. Dans le contexte d'une vérification portant sur un jugement rendu dans un Etat non partie à la CEDH, d'autres arrêts plus anciens paraissent limiter le contrôle à de "flagrants dénis de justice"²⁸.

Il est utile de revenir ici à l'an 2000 et à l'affaire *Krombach*²⁹, dans le cadre de laquelle la Cour de Luxembourg a admis la possibilité pour un Etat membre de ne pas reconnaître, en se fondant l'art. 27 ch.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968³⁰, les conséquences civiles d'un jugement pénal rendu par défaut, il ressort des développements de l'avocat général dans l'affaire *Kretzinger* que l'Etat appelé à reconnaître un jugement *in absentia* peut refuser de le faire si le jugement "a méconnu la convention européenne (des droits de l'homme), même s'il était considéré comme valide et définitif en droit interne"³¹. Autrement dit, la reconnaissance mutuelle n'interdit pas un contrôle par l'Etat de reconnaissance d'une compatibilité du jugement avec les principes dégagés de l'art. 6 CEDH considérés comme "principes généraux de droit communautaire".

Ainsi, le développement de la logique d'exécution renvoie non seulement à la disparité des législations et des pratiques en matière de sanction, mais également aux **disparités procédurales**, et en particulier aux régimes souvent très divers du jugement *in absentia*. Le chemin doit-il être tracé par l'union européenne ou par le Conseil de l'Europe? Logiquement, la réflexion devrait figurer haut dans l'agenda de la première, mais telle n'est à ma connaissance pas le cas encore. Ainsi, elle est absente du débat sur le projet de décision-cadre sur les droits procéduraux³².

Cette question est d'une grande importance dès qu'un Etat est sollicité pour collaborer à l'exécution de la décision de condamnation d'un autre Etat, et l'on sait que ces situations vont se multiplier. Or, d'une part, les sources conventionnelles sont **disparates**; d'autre part, elles sont **incomplètes**. Elles sont disparates, puisqu'il existe deux ensemble de dispositifs, l'un et l'autre balisés par un ensemble de textes relevant soit du droit du Conseil de l'Europe, soit de celui de l'Union européenne. Ces dispositifs sont ceux de la **délégation de l'exécution** d'une part et du **transfèrement** de condamnés de l'autre. Les deux procédures se différencient par le fait que le condamné est en principe présent sur le territoire de l'Etat d'exécution dans un cas, alors qu'il est nécessairement présent sur le territoire de l'Etat de jugement dans l'autre.

²⁷ Décision d'irrecevabilité du 15 janvier 2004, *Lindberg c. Suède* (req. 481999).

²⁸ Arrêts *Drodz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, Série A, no 240 et *Iribarne Perez c. France* du 24 octobre 1995, Série A no 325-B.

²⁹ Arrêt du 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Rec.* p. I-1935.

³⁰ Réserve de non-reconnaissance au motif de contrariété avec l'ordre public de l'Etat requis, *JO* 1972 no L 229/32.

³¹ Avocat général Sharpston dans l'affaire *Kretzinger*, conclusions Ch. 98-101.

³² Voy. la proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux reconnus dans le cadre de l'Union européenne dans sa version du 5 juin 2007 (DROIPEN 56). Les propositions du Royaume-Uni et autres pays du 17 janvier 2007, d'une part, et de la R.F. d'Allemagne du 22 décembre 2006, d'autre part, sont également muettes sur le sujet.

Ecrit: alors que le transfèrement est régi par une des conventions du Conseil de l'Europe le plus largement ratifiées – la Convention de 1983 et son Protocole additionnel de 1997³³ -, la délégation de l'exécution est pour l'essentiel régie par la Convention du Conseil de l'Europe sur la valeur internationale des jugements du 28 mai 1970³⁴ répressifs, faiblement ratifiée (20 pays dont aucun grand pays européen), et la tentative des Communautés européennes de prendre le relais au début des années 90 s'est soldée à ce jour par un échec complet³⁵.

Je n'entrerai pas dans le détail de l'examen de ces dispositifs, sinon pour relever qu'ils présentent des différences de substance intéressantes sous l'angle de la **protection des droits fondamentaux**, problématique dont une affaire fortement médiatisée de la fin de 2007 ("Arche de Zoe") a donné une bonne illustration³⁶. La convention du Conseil de l'Europe sur la valeur internationale des jugements répressifs prévoit ainsi expressément la possibilité de refuser l'exécution au motif que celle-ci serait contraire aux "**principes fondamentaux** de l'ordre juridique de l'Etat requis"³⁷, clause **absente** aussi bien des instruments de reconnaissance mutuelle que du dispositif sur de transfèrement, lequel repose, il est vrai, sur l'adhésion des deux états et, sous réserve de l'exception introduite par le Protocole additionnel de 1997³⁸, du condamné.

J'ajoute que ces procédures ont un point commun: l'Etat d'exécution **participe activement** à l'administration d'une décision de justice étrangère; Dès lors, se pose la question d'une éventuelle *responsabilité solidaire* de l'état de condamnation *et* de l'état d'exécution pour la violation des droits fondamentaux³⁹....

³³ Convention sur le transfèrement des personnes condamnées du 21 mars 1983 (STE 112) et protocole additionnel du 18 décembre 1997 (STE 167) . Le dispositif est complété par l'accord relatif à l'application, entre les Etats-membres des Communautés européennes, de la convention de 1983 (25 mai 1987).

³⁴ STE 070.

³⁵ Convention entre les Etats membres des Communautés européennes sur l'exécution des condamnations pénales étrangères du 13 novembre 1991, jamais ratifiée par aucun Etat!

³⁶ On pense ici à l'affaire dite de *l'Arche de Zoe*, qui a vu six ressortissants français être condamnés par la justice tchadienne, dans le cadre d'une procédure défiant plusieurs standards en matière de droits du justiciable à huit ans de "travaux forcés", peine qui, à l'heure où cette contribution est rédigée devra, au milieu d'une polémique bien compréhensible, être exécutée sous forme de conversion, le droit français ne connaissant plus la peine des travaux forcés. La polémique porte sur l'absence de possibilité de faire valoir devant un juge français les violations alléguées des droits de la défense.

³⁷ Convention précitée, art. 6 lit. a.

³⁸ Le protocole additionnel assouplit de manière significative les conditions d'application, puisque l'Etat de condamnation et l'Etat d'exécution peuvent convenir d'un transfèrement sans le consentement de la personne condamnée, lorsque la condamnation prononcée à l'encontre de celle-ci, ou une décision administrative prise à la suite de cette condamnation, comportent une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière ou toute autre mesure en vertu de laquelle cette personne, une fois mise en liberté, ne sera plus admise à séjourner sur le territoire de l'Etat de condamnation (art. 3 ch. 1)

³⁹ Voy. DE SCHUTTER, "La contribution", op.cit; O. LAGODNY, Note à propos de l'arrêt de renvoi dans l'affaire *Kretzinger*, in *Neue Strafrecht. Zt.* 2006, p.109 et s.

6. **Conclusion:** la politique européenne en matière de privation de liberté se joue autant, voire davantage, à Bruxelles qu'à Strasbourg.

LES PRISONS EN EUROPE :
ENTRE REINSERTION ET EXCLUSION

A.E.D. 29 février-1^{er} mars 2008

Les prisons en Europe : règles et conditions de détention

Virginie BIANCHI, Avocat au Barreau de Paris

Mon intervention a vocation à faire la transition entre les travaux que nous avons déjà pu élaborer en commission pénale de l'AED, et en particulier durant le séminaire préparatoire de Munich en avril 2007 où nous ont été présentés les rapports nationaux, et ce colloque qui nous réunit tous aujourd'hui.

Il s'agit là d'une tâche extrêmement ambitieuse dans un temps aussi court, mais il m'est cependant apparu possible de dégager de grandes tendances dès lors que j'ai abordé la question de la prison en tant que peine, c'est-à-dire en premier lieu des conditions de détention et d'exécution de la peine, mais aussi lorsque je me suis interrogé sur son rôle social.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, réuni le 11 janvier 2006, a adopté la nouvelle version des « Règles pénitentiaires européennes ». La version précédente datait du 12 février 1987. C'est un long chantier de 5 années d'études, de consultations et de discussions entre les 46 Etats membres qui s'achève sur ce consensus.

Le Comité des Ministres recommande aux gouvernements des Etats membres de suivre dans l'élaboration de leurs législations ainsi que de leurs politiques et pratiques les règles contenues dans l'annexe à la recommandation et de s'assurer que la présente recommandation et son exposé des motifs soient traduits et diffusés de façon la plus large possible et plus spécifiquement parmi les autorités judiciaires, le personnel pénitentiaire et les détenus eux-mêmes.

Ce sont ces règles qui, dès lors qu'elles ont été adoptées par les Etats membres, devraient donc guider l'ensemble de la politique pénitentiaire des Etats Européens et, au vu de leur contenu que je ne détaillerai pas parce que cela sera fait ultérieurement, nous ne devrions plus nous poser la question de savoir si la balance penche davantage vers la réinsertion ou vers l'exclusion.

Et pourtant, la réalité de ce que nous connaissons dans la totalité de nos Etats ressemble fort peu à cette idyllique tableau d'une prison axée sur la prise en charge sociale, respectueuse de la dignité des personnes incarcérées, faisant de l'enfermement l'ultime recours, et dont la grande masse des moyens viseraient à donner aux personnes détenues toutes leurs chances de réintégrer la société dans les meilleurs conditions possibles.

* * *

1.- Inflation et surpopulation carcérale : le « tout-prison ».

Le premier point qui m'a frappé à la relecture des rapports nationaux qui nous avaient été présentés à Munich est celui de l'inflation et de la surpopulation carcérale. Cette surpopulation, née de l'inflation carcérale, ne permet naturellement pas la prise en charge dans des conditions décentes des personnes incarcérées, l'accent étant alors nécessairement mis, puisque les moyens matériels sont nécessairement limités, sur la mission de garde des administrations pénitentiaires.

Je rappelle que l'AED avait pris une motion le 21 janvier 2006 afin de soutenir la campagne « Trop c'est Trop » née en France afin qu'il soit légiféré sur cette question de manière à mettre un terme définitif à la surpopulation carcérale qui, en France, comme dans d'autres pays européens, génère des conditions de détention inhumaines et dégradantes et des inconvénients majeurs en terme de réinsertion.

La recommandation du 30 septembre 1999 du Conseil de l'Europe sur le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale prescrivait deux types de mesures en vue de lutter contre le surpeuplement carcéral :

- > Développer les mesures et sanctions alternatives réduisant les entrées en détention (par exemple en développant le contrôle judiciaire plutôt que la détention provisoire ou les travaux d'intérêt général plutôt que de courtes peines d'emprisonnement).
- > Développer les aménagements des peines privatives de liberté en favorisant les mesures de type libération conditionnelle, ..., qui permettent aux condamnés de ne plus être écroués, mais aussi les mesures réduisant le temps passé sous écrou, comme la semi-liberté.

Cette recommandation, tout comme celle du 24 novembre 2006, ont montré l'importance des mesures alternatives, en effet la surpopulation carcérale est due à deux facteurs combinés qui sont l'augmentation du nombre de peines d'emprisonnement prononcées et l'augmentation de la durée de ces peines.

Quelques chiffres me paraissent essentiels afin de comprendre ce dont nous parlons :

Si l'on reprend les chiffres qui nous avaient été donnés par Pierre Victor Tournier lors de son intervention à Munich, sur les 15 pays d'Europe politiquement et économiquement comparables, 9 ont une densité carcérale supérieure à 100, ce qui ne signifie nullement que les 6 autres pays ne souffrent pas de surpopulation carcérale, le taux d'occupation des établissements étant extrêmement variable selon que l'on soit en maison d'arrêt, avant jugement, ou en établissement pour peine où il n'existe souvent pas de surpopulation, le flux des personnes détenues étant géré par les administrations pénitentiaires.

J'ai repris les rapports de certains de nos confrères sur ce sujet :

- ✓ Pour les Pays-Bas, Hans GAABEECK nous indiquait qu'entre 1983 et 2007, le nombre de détenus était passé de 4000 à 16 000 ;
- ✓ Pour l'Angleterre et le Pays de Galles, Laura JANES nous citait le chiffre de 80 316 détenus en mars 2007 contre 51 080 en juin 1995 ;

- ✓ En France, au 1^{er} janvier 2008, 64 003 personnes étaient sous écrou soit une augmentation de 6 % en un an, pour environ 50 000 places, et ceci est une tendance forte depuis un peu plus de vingt ans.
- ✓ En Belgique, notre confrère Christophe MARCHAND nous indiquait que depuis les années 80, la population carcérale avait plus que doublé, la durée moyenne des peines s'étant accru de 58% sur la même période.
- ✓ En Bulgarie, notre consœur Margarita MILEVA nous montrait qu'entre 2000 et 2005, la population pénale est passée de 8971 à 11436, et je ne pense pas que cette tendance se soit inversée depuis.
- ✓ En Espagne, notre consœur Gemma CALVET nous donnait également des chiffres très inquiétants : 24 667 personnes détenues en 1988, 64 120 en 2006 ...

Et on pourrait multiplier les exemples sur l'ensemble de nos pays, mais je vous renvoie aux rapports nationaux qui sont en ligne sur le site de l'A.E.D.

Ainsi que je vous l'indiquais, afin de réfléchir sur l'origine de cette inflation carcérale, on doit analyser la tendance générale à l'allongement de la durée des peines, et s'interroger sur les causes de cette inflation.

Il semble assez évident qu'au sein des démocraties européennes existe un mouvement de fond, une tendance lourde à revenir à des standards européens moins libéraux en matière de lutte contre la criminalité, et ce y compris dans des pays traditionnellement peu répressifs tels les Pays-Bas par exemple.

Et ceci se traduit par l'adoption de législations de plus en plus répressives en terme de durée de peine et en particulier de peines de sûreté, ainsi en France l'adoption de peines planchers pour les récidivistes.

On peut en rechercher la cause tant dans le déclin des Etats providence lié à la crise économique que dans une nouvelle « demande » de sécurité qui a émergé en Europe et qui a redéfini ce que nos sociétés considèrent comme criminel ou simplement déviant.

Car la délinquance et le crime ne sont pas des données objectives mais une construction sociologique variable qui traduit l'évolution d'une société sur cette question. Ainsi, on assiste à la criminalisation de nombre de comportements mineurs qui relevaient avant du contrôle social et des morales religieuses, ce que Nils Christie, dans son ouvrage « L'industrie de la punition » qualifie de « *Dieu et les voisins* ».

Ceci se traduit à la fois par l'enfermement de catégories toujours plus nombreuses de populations, les jeunes, les étrangers, etc ..., que par un allongement important des peines prononcées qui fait que pour certaines catégories d'infraction, par exemple les infractions à caractère sexuel, l'augmentation du nombre de personnes détenues en répression de ces infractions est exclusivement liée à l'allongement des durées de peines prononcées et effectivement effectuées.

Comme le dit fort justement notre confrère Christophe MARCHAND dans le rapport qu'il a fait à Munich, « *le système pénal obéit à d'autres fins que « rendre justice* » », mais j'y reviendrai dans ma troisième partie.

2.- Isolement et conditions particulières : le « tout-répressif ».

Le deuxième point qui a attiré mon attention est celui du durcissement des régimes de détention. Au delà même des conditions de détention détestables que subissent toutes les personnes détenues, du fait même de la surpopulation carcérale, il apparaît que le recours à des mesures exceptionnelles, et en particulier l'isolement, tend à se développer vis-à-vis d'un nombre croissant de personnes détenues.

Par ailleurs, on ne peut que constater que la création d'établissements destinés à des publics spécifiques va très naturellement d'une part vers l'incarcération de publics qui auraient autrefois bénéficié de mesures alternatives, je pense aux mineurs, et d'autre part dans le sens d'un durcissement des conditions de détention pour ceux qui sont considérés comme particulièrement dangereux : récidivistes, terroristes, criminalité organisée, ...

Quelques exemples :

En matière d'isolement, je renverrai à mon rapport quant aux conditions de son application en France, et je n'en parlerai que pour vous indiquer que cette mesure est à juste titre surnommée « torture blanche », car on sait que l'absence quasi complète de contact avec autrui produit des effets délétères sur l'état physique et psychique des détenus qu'elle vise. Plus de 150 personnes sont actuellement à l'isolement en France depuis plus d'un an et cette mesure peut avoir une durée indéfinie tant que dure la peine, et ce même si elle est maintenant contrôlée très timidement par les juridictions administratives.

Ces considérations ont conduit le Comité européen pour la prévention de la torture (CPT) à formuler, dans son rapport de 2000, les observations suivantes : "*la mise à l'isolement peut, dans certaines circonstances, constituer un traitement inhumain et dégradant*" et qu'"*en tout état de cause, elle [devait] être de la durée la plus courte possible*".

Et pourtant, s'agissant des conditions d'existence au sein des quartiers d'isolement, il apparaît qu'elles se sont durcies depuis quelques années, ainsi, une note de l'A.P. du 18 avril 2003 a remis en cause les adaptations que les chefs d'établissement avaient jusque-là souvent apportées au régime de l'isolement, pour humaniser le quotidien des isolés. La note affirme que "*les détenus dangereux doivent impérativement être placés seuls dans une cour. [Ils] ne doivent pas être autorisés à se regrouper lors des activités*". Le soin d'apprécier la dangerosité des individus est renvoyé aux chefs d'établissement. Cette appréciation s'effectue au vu, notamment, "*de l'appartenance [du détenu] au grand banditisme ou à une mouvance terroriste ou de son passé judiciaire et pénitentiaire*".

Mais la France n'est pas la seule à pratiquer la « torture blanche » de façon systématique, la Belgique a également été stigmatisée par le Comité de Prévention de la Torture dans ses rapports de 1994, 1998 et 2005 ...

Cela peut également prendre d'autres formes, comme celle de la « dispersion » pratiquée en Espagne vis-à-vis des prisonniers politiques basques qui sont éparpillés dans les prisons les plus éloignées possibles les uns des autres mais aussi de leurs familles, au motif du risque sécuritaire, et qui de ce fait se trouvent privés des contacts amicaux et familiaux, ce qui

constitue un isolement social de fait particulièrement traumatisant. Cette politique est également pratiquée en France, et en particulier pour les prisonniers basques.

Autre possibilité, ce qu'en français on appelle « baluchonnage » ou « tourisme pénitentiaire » et qui vise à déplacer des personnes détenues d'un établissement à l'autre de façon répétitive, pour des raisons de sécurité, et qui casse toute possibilité de socialisation, sans même parler de réinsertion.

Ceci vient d'être sanctionné pour la première fois en France par le Conseil d'Etat (*CE, ass., 14 déc. 2007, n° 306432, M. P. : JurisData n° 2007-072840*) pour une personne détenue qui en moins de quatre ans avait subi 23 changements d'affectation, changements d'affectation dont la possibilité est offerte par une note du 20 octobre 2003 du garde des sceaux, ministre de la justice relative à la gestion des détenus les plus dangereux incarcérés dans les maisons d'arrêt et prévoyant l'existence de « rotations de sécurité », afin « de perturber les auteurs des tentatives d'évasions et leurs complices dans la préparation et la réalisation de leurs projets. ».

Mais d'innombrables autres possibilités existent ...

Ainsi, aux Pays-Bas, la « loi d'urgence », loi temporaire édictée en 2002 pour une durée de 3 ans, a été créée pour la détention spécifique des trafiquants de stupéfiants. Cette loi était un exemple très clair de la priorité donnée à la sécurité avec une incarcération dans des établissements séparés appliquant un régime très strict offrant nettement moins de possibilités et de droits que dans les autres établissements pénitentiaires.

Mais ce peut-être aussi le choix fait de regrouper dans les mêmes établissements les récidivistes, comme en Bulgarie, et alors même que ces établissements sont les plus dégradés et les plus surpeuplés. Autant dire qu'on a totalement abandonné toute idée de réinsertion pour des populations carcérales considérées comme « irrécupérables ».

On voit bien au travers de ces quelques exemples, que le choix de mettre en avant exclusivement le critère sécuritaire, et alors même que les budgets alloués aux administrations pénitentiaires sont notoirement insuffisants pour faire face à l'inflation carcérale, laisse totalement de côté l'objectif essentiel de la prison tel que défini par le Conseil de l'Europe, et le plus souvent au mépris même des textes et de l'esprit des textes adoptés nationalement.

3.- Emprisonnement et mise à l'écart : le « tout-contrôle ».

Le troisième point qui m'interroge est celui de la fonction assignée par les Etats à la prison, ce qui nous amène tout naturellement à nous interroger sur qui enferme-t-on et pourquoi ? Pour reprendre l'expression de Loïc WACQUANT (in « Punir les pauvres ; le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale », Marseille, Agone, 2004, 351 p., Cf. également Les prisons de la misère, Raisons d'agir, 1999), s'agit-il de « punir les pauvres » en instaurant un contrôle social si coercitif qu'il se traduit par l'émergence de l'enfermement comme solution et remèdes à tous les problèmes sociaux des sociétés occidentales.

Lorsqu'on examine les évolutions législatives des différents pays européens durant ces dernières décennies, mais également, parce que c'est toujours instructif de s'y intéresser, celles des Etats-Unis, on constate que l'arsenal législatif permettant l'incrimination de toujours davantage d'infractions et prévoyant l'enfermement comme sanction, ne cesse de progresser, malgré les belles déclarations de principes, et quelquefois les textes, vantant les mérites des alternatives à la détention.

C'est pourquoi, on a vu apparaître de nouvelles catégories de délinquants ou s'aggraver la répression de certaines infractions, et on ne peut que constater que cela correspond aux nouvelles peurs de nos sociétés en crise.

La première de ces peurs est certainement celle des pauvres « la nouvelle classe dangereuse », car, dans les sociétés industrialisées et marchandes, être pauvre n'est plus acceptable, que ce soit d'ailleurs pour les populations concernées ou pour le reste de la société. Ce qui pose le problème du contrôle social d'une nouvelle catégorie : les exclus de la société de consommation. Ceci amène les Etats à criminaliser les comportements liés au développement de la pauvreté dans les sociétés de consommation et à développer un contrôle de classe. (Cf. Claude Faugeron, *La dérive pénale, Pourquoi l'enfermement carcéral est-il la seule réponse des sociétés occidentales aux désordres sociaux ?* in Revue Esprit, 1995)

Il n'y a donc pas nécessairement de développement du phénomène criminel, mais une politique pénale qui fait le choix de considérer certains comportements déviants des pauvres

non comme une alerte liée à une situation sociale toujours plus dégradée, mais comme un phénomène criminel. Il n'y a de ce fait aucune réflexion sur une réforme sociale permettant d'éradiquer les causes de la délinquance. Selon le gouverneur de Californie cité par Nils Christie dans son ouvrage « *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident* » (Ed. Autrement, collection " Frontières ", 2003) le coût annuel d'un détenu est moindre que celui d'un homme libre...

Et la logique du système pénal est telle qu'une certaine part de la population, aux Etats-Unis par exemple les hommes noirs et jeunes, en France, comme dans d'autres pays d'Europe, les jeunes des banlieues issus de l'immigration non européenne, a une quasi fatalité à être criminalisée par ce système. De ce fait, l'Etat s'approprie le contrôle d'une classe entière de population qu'il juge dangereuse et qu'il élimine, au sens où l'emprisonnement est une peine d'élimination.

D'autant que, pour reprendre l'analyse de Loïc WACQUANT dans la contribution écrite à nos travaux de ce jour, le système pénal contribue directement à réguler les segments inférieurs du marché du travail alors même que l'offre effective d'emploi dans ces secteurs se rétrécit, puisque sont précisément enfermés ceux qui seraient susceptibles d'occuper des emplois peu ou pas qualifiés.

Il estime que l'emprisonnement pénal fait baisser de deux points le taux de chômage des États-Unis depuis les années 90. et il ajoute que les prisons sont aujourd'hui, en population, la quatrième ville des Etats-Unis après New-York, Los Angeles et Chicago... Nous n'en sommes pas encore là, mais pour combien de temps ?

Ceci pose le problème du rôle de la loi dans la société qui a glissé du domaine du pouvoir et de la politique à celui de la production. En se plaçant du point de vue de l'utilité, en devenant un simple système de gestion des populations, la loi a perdu son rôle culturel et social de représentation des valeurs fondamentales de la société dont elle est issue. Et c'est bien cela qui me semble grave dans nos systèmes démocratiques.

Mais, il existe d'autres conséquences de cette lutte contre une pauvreté jugée menaçante avec l'ouverture des pays de l'Est depuis la chute du Mur. En effet, la peur des pauvres se déplace vers l'Etranger, dans la mesure où ces pays ont un niveau de vie inférieur.

On a donc assisté au développement de systèmes de contrôles aux frontières, avec les accords de Schengen, en vigueur depuis le 1^{er} mai 1999, préfigurés dès 1976 par les groupes de travail intergouvernementaux tels TREVI entre les ministres de l'Intérieur de l'Union Européenne.

On assiste de fait au développement d'un double syndrome de forteresse : il ne suffit plus de contrôler ses pauvres, en criminalisant leurs comportements, il faut aussi éviter que les classes dangereuses des pays voisins ne viennent augmenter la criminalité dans nos sociétés.

Et c'est là la seconde des peurs, la peur de l'Etranger, qui, ajoutée à un climat de xénophobie qui voit exploser les scores de l'extrême-droite dans nos pays, voire récupérer les idées de l'extrême-droite par des partis politiquement plus corrects comme en France, a permis la criminalisation et l'enfermement de ceux qui ont souvent commis le seul crime de n'être pas en situation administrative régulière.

Cette peur est visible dans les législations, mais également dans les pratiques, puisque, et je vous renvoie aux rapports nationaux, les taux d'incarcération des personnes d'origine étrangère qu'elles soient ou non en situation administrative régulière, ne cesse d'augmenter.

Et je n'évoque même pas les possibilités de « rétention » des étrangers pour des durées toujours plus importantes, dans des conditions qui rappellent quelquefois celles de véritables camps de concentration, mais je vous renvoie aux actes du Colloque de l'AED organisé à Barcelone en octobre 2006.

La troisième peur qui me semble actuellement tendancielle de nombre de législations européenne est celle de la délinquance sexuelle. Ce phénomène qui mêle émotion, médias, politique et réalité, permet aujourd'hui les plus hallucinantes dérives législatives.

Tous nos pays ont été confronté à des criminels sexuels dont les crimes ont été plus que largement médiatisé, que ce soit l'affaire Dutroux en Belgique, l'affaire d'Outreau en France, et bien d'autres encore.

Ce phénomène de médiatisation se double d'une montée en puissance de la parole des victimes, et de la place des victimes, dans le procès pénal, et ceci que le système judiciaire lui laisse une place importante ou non dans le procès pénal.

En effet, peu importe puisque les médias sont là pour relayer cette parole ...

Le délinquant sexuel, le « prédateur » pour reprendre l'expression maintenant habituellement utilisée, représente le paradigme de la peur dans nos Etats, et à ce titre, il est particulièrement sanctionné, il suffit pour s'en convaincre de regarder les taux d'incarcération des délinquants sexuels et l'allongement toujours croissant des peines prononcées à leur rencontre. Et alors même qu'aucun de nos pays n'offre de réel suivi psychologique et psychiatrique permettant la prise en charge effective de cette part de la population pénale.

Certains pays comme la France, ont même des établissements pénitentiaires entièrement dédiés aux criminels sexuels, mais dans lesquels les moyens en terme de soins et de prévention de la récidive sont aussi ridiculement insuffisants qu'ailleurs.

Tous les pays européens n'ont pas fait le choix de modifier leur législation afin de réprimer plus sévèrement la délinquance sexuelle, la pression de l'opinion publique suffit à faire prononcer des peines de plus en plus lourdes.

Certains pays, comme la France, ont fait le choix dangereux d'aller dans le sens de l'opinion publique, en édictant une législation contraire aux principes fondamentaux du droit afin de sanctionner les personnes condamnées pour des infractions sexuelles, puisque le Parlement vient d'adopter il y a quelques jours une loi permettant, à l'issue de sa peine d'emprisonnement et en l'absence de toute nouvelle infraction, de garder en « rétention de sûreté » une personne et pour une durée pouvant être perpétuelle ... sur simple présomption de dangerosité établie par un psychiatre ...

Mais, on nous a dit que ce système était forcément adapté puisque le dispositif de rétention proposé s'applique dans de nombreux pays étrangers, notamment aux Pays-Bas où il est en vigueur depuis plus de quatre-vingts ans et que le système de centre fermé, utilisé par exemple en Allemagne, n'a jamais été déclaré contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, ...

Cette parenthèse franco-française doit tous nous interroger sur les dérives possibles de nos systèmes démocratiques, surtout quand on voit que le parlementaire en charge de ce rapport argumente à partir de ce qu'il appelle « *l'insuffisante prise en compte de la douleur de la victime* » ...

* * *

En conclusion très brève, j'ai tenté de ne pas faire un catalogue des règles et conditions de détention en Europe, aussi mon inventaire des pratiques est-il nécessairement incomplet. Néanmoins, ainsi que je l'ai fait à plusieurs reprises, je vous renvoie aux rapports nationaux qui sont tous de très grande qualité.

Par contre, il m'a semblé plus pertinent de tenter de dresser ce qui constitue les tendances lourdes en matière de détention dans les pays européens : l'inflation carcérale, la surpopulation, la détérioration des conditions de détention de toutes les personnes incarcérées, voire le durcissement de ces conditions pour certaines catégories de population.

Mais surtout, j'ai essayé de démontrer que l'enfermement aujourd'hui correspond moins à un objectif de réponse judiciaire qu'à une course effrénée de nos législateurs afin de tenter de trouver des boucs émissaires sociaux ou médiatiques et alors même que la première des règles pénitentiaires européennes prévoit simplement que « *Les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme.* »

* * * * *

* * *