

Consiglio Superiore della Magistratura

INCONTRO DI STUDIO

I DIRITTI DEI DETENUTI TRA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE

Roma – Hotel Ergife – 20 novembre 2012

Il carcere non può essere capito fuori dal sistema delle sanzioni.

Prima del carcere – e a lungo insieme – vi sono altre sanzioni.

La pena di morte. I supplizi. Il taglione. Le pene pecuniarie. Le interdizioni. L'esilio. I lavori forzati.

Ma il sistema delle sanzioni non può essere compreso fuori da un sistema categoriale. Chiamo sistema categoriale quello che distingue. E, distinguendo, classifica e qualifica.

Categorie fondamentali a questo riguardo sono quelle di bene e male. Alle quali corrispondono, sul piano delle relazioni, quelle di lecito/illecito.

Si tratta di categorie fondamentali nel senso che si ritrovano non soltanto in ogni società umana a noi nota, ma anche nelle relazioni intersoggettive fondamentali (parentali, amicali) ed anche in molte società animali, specie evolute.

Non intendo affermare che si tratti di categorie ontologiche.

Non interessa ai fini del discorso, anche se un certo ordine sembra inscritto *in der Natur der Sachen*.

Ciò che interessa, qui, è che queste categorie sono iscritte storicamente nella profondità delle relazioni sociali, in quanto non riusciamo a concepirne una possibile consistenza a prescindere da tali categorie.

Certamente la determinazione concreta dei contenuti di tali categorie è frutto di convenzioni – ossia accordi, intese, compromessi. È sempre relativa. Ma ciò non significa arbitraria. E, in ogni caso, non appare convenzionale la capacità e necessità di creare un sistema categoriale.

Dunque, tra le categorie fondamentali, legate alla dicotomia bene/male, vi è quella di lecito/illecito. Tale categoria è coerente con quella di sanzione.

Non vi è illecito non accompagnato da una sanzione, quanto meno da un'esigenza di sanzione.

Un illecito non accompagnato da esigenza di sanzione è destinato a declinare dalla categoria dell'illecito e divenire prima neutro, poi lecito.

Pensiamo al furto tra nomadi. Questa azione è illecita ed è accompagnata da gravissime sanzioni interne al clan. Viceversa il furto verso l'esterno solitamente non è illecito, ed è anzi spesso meritorio. Non viene accompagnato da nessuna sanzione. Se invertissimo le conseguenze, invertiremmo i segni valoriali.

Non sto dicendo che la sanzione preceda l'illecito, né che l'illecito preceda la sanzione. Dico che sono termini coerenti.

Quando le altre sanzioni vengono soppiantate dal carcere, non viene meno la qualificazione lecito/illecito.

Il sistema categoriale rimane. Cambia il sistema sanzionatorio.

Il mutamento ha molteplici spiegazioni, quando inizia nel 1600, e si completa un secolo e mezzo dopo.

Sta di fatto che la sostituzione viene salutata come uno straordinario passo avanti in termini di civiltà.

Si riduce il ricorso alla pena di morte, spariscono i supplizi, si adopera uno strumento perfettamente calibrabile e certamente egualitario. Il carcere realizza gran parte delle esigenze che rendono Cesare Beccaria famoso nel mondo.

Il successo strepitoso del carcere si misura dopo un paio di secoli. Il carcere non soltanto è dilagato in tutto l'universo conosciuto ed in particolare in quello che si reputa più civile; non soltanto viene invocato là dove perdura la pena di morte; ma anche viene applicato in misura crescente in molti Paesi ed in moltissimi o quasi tutti i Paesi del mondo, a cominciare dal nostro, si può affermare che non passa mese senza che qualche buon legislatore non faccia approvare qualche nuova legge, considerata buona, che preveda il carcere come sanzione.

Ma il carcere nasce, come ha chiarito tra gli altri Michel Foucault, con un tarlo originario, essendo accompagnato dall'idea che

occorre trasformare l'uomo, in particolare con la disciplina, la religione, il pentimento, l'afflizione, la penitenza, il lavoro, l'istruzione, eccetera.

Questo obiettivo ulteriore, iscritto sin dalla origine nel carcere moderno, ne determina un perenne stato di crisi o almeno perenni tensioni interne.

E ciò perché, mentre la funzione contenitiva e sanzionatoria è raggiungibile attraverso strumenti dispositivi, l'obiettivo trasformativo dell'uomo non è altrettanto raggiungibile.

Non esistono strumenti dispositivi di analoga efficacia quando si tratti di produrre la trasformazione di un essere umano, con i suoi condizionamenti culturali, la sua storia individuale e, in ultima analisi, la sua porzione più o meno grande di libertà.

Forse l'obiettivo che ci si propone è eccessivamente alto, se lo si considera alla stregua di una obbligazione di risultato. Non c'è infatti profeta tanto potente e bravo da assicurarsi discepoli fedeli. A prescindere da Giuda, i Dodici hanno cominciato a litigare, secondo il bel racconto di Bulgakov, dall'indomani della morte del Maestro, così come è accaduto ben presto ai discendenti di Mao-metto. Nemmeno lo strumento più forte di plasmazione delle coscienze e di rinnovamento dell'interiorità umana più profonda – che è o è stata nei millenni la religione – è dunque mai riuscito a produrre effetti deterministici sulle persone.

Immaginiamo che cosa possono produrre le strumentazioni laiche, per loro natura più deboli e relativistiche, più opinabili e cangianti!

La pretesa di un carcere salvifico e trasformatore è dunque una pretesa che giustamente è apparsa eccessiva al nostro costituente, che pretende che le pene (tutte, non soltanto quelle carcerarie) tendano alla rieducazione del condannato, ma non pretende che le pene la ottengano, né dichiara che quando non la ottengono o non possono ottenerla debbano giudicarsi illegittime e debbano cessare.

Ma la pretesa in questione sarebbe tanto meno comprensibile se si riflette sulla circostanza che la pena carceraria è di per sé tale da porre il soggetto in una condizione innaturale, se non "contro-natura". Ora, la riabilitazione sociale ed il recupero delle relazioni interpersonali non sono agevolate dalla collocazione della persona in una condizione innaturale. Dovremmo dire, forse più realistica-

mente, che il carcere è una pena che va in contro-tendenza rispetto alla rieducazione, se per rieducazione si intenda il reinserimento sociale del condannato.

Tuttavia è certo che la Costituzione non sembra scorgere questa contraddizione.

La Costituzione non esclude la pena detentiva (per la verità non escludeva nemmeno la pena di morte), né esclude sanzioni puramente afflittive, come sono le sanzioni pecuniarie o talune sanzioni interdittive.

Dunque la pena detentiva è vista come occasione di un necessario (doveroso) tentativo riabilitativo che deve giovare del carattere afflittivo (retributivo) della sanzione ("pena"), ma che può anche risolversi compiutamente in tale carattere. In altri termini, al fondo del sistema sanzionatorio sta l'idea che la punizione può essere rieducativa e può essere rieducativa anche di per sé sola.

Idea che, d'altronde, trova una infinità di applicazioni – similari o analogiche – nei rapporti interpersonali, nei rapporti genitoriali, nelle relazioni scolastiche, educative, lavorative, eccetera.

Nel catalogo delle odierne sanzioni, venuta meno radicalmente la pena di morte, la pena detentiva è senza dubbio la più grave sotto il profilo delle valutazioni giuridiche.

Un buon uso della discrezionalità legislativa dovrebbe indurre a un impiego parsimonioso di tale sanzione, che è costosa anzitutto in termini di distruttività dell'individuo al quale viene applicata. Si tratta di una medicina – o più propriamente di un intervento chirurgico, perché asporta un pezzo di vita, ossia quel fundamentalissimo organo vitale che è il tempo dell'esistenza: unica moneta irreversibile ed insostituibile che esista per ognuno di noi – da usare con cautela e con parsimonia.

Tuttavia occorre riconoscere che il successo del carcere è legato al fatto che in un gran numero di casi è difficile trovare sanzioni diverse. Si pensi ad esempio alle sanzioni interdittive. Anzi tutto nei confronti di non pochi non c'è proprio nulla che si possa interdire.

In secondo luogo, se l'interdizione è quella del lavoro o di mezzi che lo consentono, il risultato sarà che quella persona deve essere mantenuta da altri.

Quanto alle sanzioni pecuniarie, per chi è danaroso possono rappresentare un buon metodo per consentirsi ciò che ad altri non

è concesso, mentre per chi è privo di risorse possono rappresentare semplicemente una non-sanzione.

Per ciò che attiene al lavoro, abbiamo regole che vietano il lavoro forzato, sicché si ritiene che il lavoro in luogo di un'altra sanzione sia ammissibile solo con il consenso dell'interessato.

Quanto alla depenalizzazione, essa non può essere spinta oltre certi limiti, senza determinare una diffusione di violenza nella società.

Più promettenti sono le alternative come la detenzione domiciliare. A ben guardare, però, si tratta di forme di detenzione in cui i contenuti rieducativi finiscono per scomparire – o, più esattamente, rimangono i soli contenuti rieducativi legati alla afflizione.

Il sovraccarico del sistema carcerario non è affatto soltanto un fenomeno italiano. Altri sistemi hanno un maggior numero di posti-carcere in rapporto alla popolazione e ciò nonostante soffrono anch'essi di sovraffollamento.

Questo dipende dalla estensione dei fenomeni criminali e, al tempo stesso, da una maggiore intolleranza verso tali fenomeni.

È evidente che la prima variabile delle presenze carcerarie è data dal tasso di criminalità (e dal tasso di efficienza della repressione di polizia e giudiziaria).

Soltanto dopo intervengono le altre variabili (durata della pena, sanzioni alternative, etc.).

Il sistema italiano soffre in maggiore misura di mali che sono comuni alla pena carceraria in sé.

Per rimediare a tali mali occorre ovviamente risalire alla prima variabile. Ossia bonificare la società da comportamenti che esigono una risposta sanzionatoria così grave e distruttiva com'è il carcere.

Se, ad esempio, non avessimo la criminalità organizzata non avremmo soltanto qualche migliaio di detenuti in meno, ma avremmo anzitutto un sistema penitenziario che potrebbe essere molto più aperto di quanto non sia oggi. Se avessimo la criminalità ordinaria che ha la Norvegia, potremmo trattare l'autore di un'orrenda strage, come è stato Breivik, dandogli 21 anni di carcere.

Tutti questi non sono obiettivi folli. Folle è non porre questi obiettivi. Sbagliato è pensare di risolvere i problemi del carcere

senza andare alla radice del fenomeno. È come se noi continuassimo a pretendere di risolvere i problemi della carie con i dentisti e le otturazioni, anziché con la prevenzione della diffusione della carie. O come se volessimo combattere la scrofola con il tocco del re.

È nella logica della sanzione penale, che è quella che dovrebbe presidiare i valori supremi e in qualche modo “sacri” di una società, che i trasgressori siano gli ultimi della società.

Chi porremo altrimenti al loro posto?

I malati, i vecchi, i disoccupati involontari, i poveri?

Ed inoltre è a mio parere infondato ritenere che costoro conservino la dignità sociale intatta. Al contrario, tale dignità, proprio perché sociale, è stata lesa dal delitto in misura più o meno forte, pur senza essere del tutto eliminata e pur potendo essere riacquisita.

Ma anche se queste persone hanno conquistato la posizione di “ultimi” della società e hanno compromesso la propria dignità sociale, essi non soltanto continuano ad essere soggetti di diritto, ma anche conservano una serie di posizioni soggettive attive meritevoli di tutela.

È nota l'affermazione della Corte costituzionale, ormai consolidata, secondo cui non vi è *capitis deminutio* generale nei confronti del condannato detenuto, ma, anzi, tutti i diritti non incompatibili con la necessità della esecuzione della pena detentiva – e dunque quelli il cui esercizio non contrasta con le esigenze di ordine e sicurezza – vanno riconosciuti al detenuto.

E, in quanto diritti, devono trovare possibilità di tutela giurisdizionale, assicurata non soltanto dagli organi giudiziari per così dire comuni, ma anche da quel settore specializzato della Magistratura ordinaria, costituito dalla Magistratura di sorveglianza.

Dopo alcune fondamentali sentenze della Corte costituzionale, a cominciare da quella n. 26/1999, che delinea con chiarezza i principi sopra enunciati, additando altresì la via della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto, sono seguite non poche decisioni, sia della Suprema Corte, sia dei giudici di merito che si sono poste nel solco tracciato dal Giudice delle leggi ed hanno contribuito al completamento della tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto.

Va detto, al riguardo, che lo sviluppo di tale tutela non può dirsi ancora concluso per tre ordini di motivi: anzitutto lo strumento procedimentale individuato su base giurisprudenziale, è uno stru-

mento che sacrifica alquanto la dialettica processuale, così consentendo decisioni non adeguatamente sorrette da un effettivo contraddittorio, nonché non adeguatamente suscettibili di impugnazione; in secondo luogo, la decisione, anche per la ragione indicata, trova spesso difficoltà, se non resistenze alla esecuzione, e comunque manca di una strumentazione idonea sul piano della esecuzione coattiva: in terzo luogo, la distinzione tra diritti tutelabili per via giurisdizionale e poteri discrezionali ed organizzativi della P.A., come tali da proteggere rispetto alla possibile invasività da parte del potere giurisdizionale, non sembra adeguatamente ricostruita.

Si sono avute, in conseguenza di ciò, e si hanno ancora, decisioni giurisdizionali che ritengo discutibili in quanto sembrano eccedere i poteri propri della giurisdizione ed invadere il campo proprio dell'attività amministrativa.

Ciò ha provocato resistenze, che sembrano giustificate dal fatto che la decisione, pur formalmente riferita a un solo caso, è tale da determinare effetti generali, con conseguenze talora molto complesse e pesanti anche in termini economici o di possibili disparità di trattamento.

Il caso dal quale ha tratto spunto la citata decisione della Corte costituzionale n. 26/1999 è stato quello della mancata consegna di riviste in libera vendita a un detenuto che le aveva acquistate. In tal caso è palese il buon fondamento dell'intervento giurisdizionale.

Si trattava di un duplice diritto violato: quello di ottenere un oggetto acquistato legittimamente e quello di accedere all'informazione.

Se la rivista fosse stata pornografica (questo il motivo della mancata consegna), si doveva agire con il sequestro penale, se ed in quanto ne sussistessero gli estremi.

In un altro caso il giudice è intervenuto a sanzionare gli effetti della permanenza di un detenuto in una cella eccessivamente ristretta, rispetto alle presenze. In tal caso, a prescindere dalla questione della sussistenza di un diritto violato (violazione che a mio parere può essere riconosciuta) il giudice decise per un ristoro risarcitorio. Ciò che a mio parere non rientra nella competenza del Magistrato di sorveglianza.

In un altro caso l'Amministrazione intervenne a ridurre la possibilità di ricezione di programmi televisivi nei confronti di detenuti in regime ex art. 41-bis, temendo che attraverso taluni

canali potessero veicolare messaggi criptici. Il giudice intervenne annullando parzialmente il provvedimento, ciò che a mio parere non poteva fare, non essendoci nessun diritto del detenuto a disporre della televisione.

In un altro caso si è intervenuti sul reclamo di un detenuto che contestava la disposizione di un Direttore che vietava di recarsi a colloquio in tenuta da spiaggia. In questo caso mi sembra che si verta in quella materia di buon andamento dell'istituto che non può essere sottratta a chi ha il potere-dovere di organizzarlo. Analogamente deve dirsi per la regolamentazione dei rumori, delle immagini appese alle pareti delle celle e per altri analoghi interventi più o meno minuti.

Migliore è la regolamentazione per ciò che attiene alle controversie in materia di lavoro, di disciplina e di regimi speciali.

Il punto critico è dunque rappresentato dai reclami cd. "generici" che possono investire qualunque aspetto della vita del detenuto e, dunque, qualunque profilo dell'azione amministrativa.