

2 2007 *rassegna penitenziaria e criminologica*

Fondata da GIUSEPPE ALTAVISTA

DIRETTORE RESPONSABILE

ETTORE FERRARA

VICE DIRETTORE

EMILIO DI SOMMA

PRESIDENTE DEL COMITATO DI DIREZIONE

GIOVANNI CONSO

COMITATO DI DIREZIONE

**SALVATORE ALEO, RENATO BREDI, ARMANDO D'ALTERIO,
FRANCO DELLA CASA, GIUSEPPE DI GENNARO,
FRANCESCO SAVERIO FORTUNA, FRANCESCO PAOLO GIORDANO,
GIUSEPPE LA GRECA, LUIGIA MARIOTTI CULLA,
MASSIMO PAVARINI, EMILIO SANTORO, ERNESTO SAVONA,
RICCARDO TURRINI VITA**

COMITATO DI GARANZIA

**AUGUSTO BALLONI, LUIGI CANCRINI, ADOLFO CERETTI,
SALVATORE CIRIGNOTTA, FRANCESCO DE FAZIO, EMILIO DOLCINI,
LUCIANO EUSEBI, VITTORIO GREVI, MARCELLO MARINARI,
TULLIO PADOVANI, GIOVANNI TAMBURINO, GIOVANNI TINEBRA**

REDATTORE CAPO

GIUSEPPE CAPOCCIA

REDAZIONE

**ASSUNTA BORZACCHIELLO, LAURA CESARIS, DANIELE DE MAGGIO,
LUCIA MARZO, GRAZIANO PUJIA**

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

La *Rassegna penitenziaria e criminologica* è pubblicata quadrimestralmente.

La collaborazione è aperta agli studiosi ed esperti di ogni indirizzo e Paese. Sulla pubblicazione di scritti e contributi originali (forniti su supporto informatico in Word e copia cartacea conforme) che, anche se non pubblicati, non saranno restituiti, decide il Comitato di Direzione.

I contributi dovranno contenere nell'ordine: Titolo; Nome (per esteso) e Cognome degli Autori; Qualifica e/o Ente di appartenenza; Sommario comprensivo dei titoli dei paragrafi; Testo con note; Bibliografia.

Per finalità interne alla Redazione, si invitano inoltre gli Autori a fornire un recapito telefonico, postale e di posta elettronica.

N.B. Per la compilazione degli articoli, delle note e dei riassunti si consiglia di attenersi alle seguenti norme:

a) le indicazioni bibliografiche nelle note comprenderanno, nell'ordine suggerito e separate da virgole, le seguenti informazioni:

Autore (Iniziale del nome + Cognome), Titolo ed eventuale Sottotitolo (in corsivo), Luogo di edizione, Casa editrice, Anno di pubblicazione, Pagina/e di riferimento.

Es. : T. Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 66

b) Per opere citate in una nota non immediatamente precedente sarà ripetuto il Cognome dell'Autore e il titolo, seguiti dall'abbreviazione "cit." in tondo, e dal nuovo riferimento alla pagina.

Es. : Padovani, *L'utopia punitiva*, cit., pp. 68-80

c) Se di un Autore è citata sempre la stessa opera, si può ripetere solo il Cognome seguito dall'abbreviazione "*op. cit.*" in corsivo, che sostituisce anche il titolo.

Es.: Padovani, *op. cit.*, p. 70

AVVERTENZE PER GLI AUTORI

d) Se un'opera è stata citata nella nota appena precedente, tutti i dati bibliografici che rimangono inalterati possono essere sostituiti dall'abbreviazione "*ibid.*" in corsivo, seguita dai nuovi riferimenti (pagina/e, volume, etc.).

e) Le citazioni di articoli da riviste porteranno in corsivo sia il titolo dell'articolo sia della testata, separati dalla dizione "in" e seguiti dai dati identificativi del fascicolo. La stessa formula si adotterà per la citazione di testi pubblicati in volumi collettivi, per i quali si eviterà - ovunque possibile - l'indicazione AA.VV. (Autori Vari).

Es.: S. Tigano, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, X, 2-2006

f) Per la Bibliografia finale si seguirà lo stesso criterio di citazione descritto sub a), ordinando l'elenco per l'ordine alfabetico dei Cognomi e citando i Nomi possibilmente per esteso.

Inoltre:

Le parole straniere saranno in corsivo; si userà il segno " " (doppi apici) sia per le citazioni, sia per termini di particolare evidenza.

Eventuali note esplicative o discorsive saranno poste a piè di pagina.

La lunghezza consigliata degli elaborati corrisponde a circa 25 cartelle dattiloscritte (30 righe x 70 caratteri).

SOMMARIO

DOTTRINA

F. LEONARDI

*Le misure alternative alla detenzione tra
reinserimento sociale e abbattimento della recidiva* pag. 7

F. LANZA

*Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria.
Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale
n. 78 del 2007* » 27

DIBATTITI

P. CIARDIELLO

*Riparazione e mediazione nell'ambito
dell'esecuzione penale per adulti* » 95

R. M. GENNARO

*La percezione del sistema penale italiano
da parte dei detenuti stranieri* » 109

LEGISLAZIONE E DOCUMENTAZIONE

E. RUBOLINO

*Brevi note sul trattamento penitenziario e
l'esecuzione penale esterna nei confronti dei
tossicodipendenti ed alcolodipendenti con particolare
riferimento alle novità introdotte dal decreto legge 30
dicembre 2005 n. 272 (c.d. "decreto Olimpiadi")
convertito dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49.....* pag. 145

*CIRCOLARI Direzione Generale E. P. E.
del 16.3.06 e del 06.4.06 aventi per oggetto
D. L. 30.12.2005 n. 272, convertito con
modificazioni in legge 21.01.2006, n. 49.* » 153

GIURISPRUDENZA

*Sentenza della Corte costituzionale n. 78 del
16 marzo 2007 (Stranieri e misure alternative
alla detenzione).* » 159

*Sentenza della Corte cost. n. 79 del 2007
Commento di G. La Greca.* » 167

RECENSIONI

S. ALEO

*FRANCESCO SAVERIO FORTUNA
Reati contro la famiglia e minori
Giuffrè, Milano, 2006* » 173

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE TRA REINSERIMENTO SOCIALE E ABBATTIMENTO DELLA RECIDIVA¹

FABRIZIO LEONARDI *

La recidiva

Il fenomeno della recidiva è poco conosciuto sia rispetto alla sua consistenza che alle dinamiche e alle caratteristiche che lo contraddistinguono. Una quota elevata di crimini viene attribuita a un numero ristretto di individui definiti *cronici*, *abituati* o *pluri-recidivi*. Mancano dati certi e osservazioni sufficientemente prolungate nel tempo sulla commissione di reati, in particolare per coloro che hanno fruito delle misure alternative alla detenzione. Per questo motivo, soprattutto sui mezzi di comunicazione di massa e, di conseguenza, nel sentire comune, quando si affronta questo argomento spesso si corre il rischio di lasciarsi guidare dai pregiudizi. Invece è necessario un ragionamento complesso che è fondato su una notevole varietà di problemi ed è condizionato dai diversi punti di vista da cui può essere affrontato.

Per valutare opportunamente la recidiva occorre considerare i numerosi fattori che evidenziano aspetti problematici sia del singolo, che ricade nell'attività criminale, che dell'istituzione penitenziaria che non riesce a compiere fino in fondo il proprio ruolo di fautore del reinserimento sociale. La recidiva, dunque, costituisce un parametro per misurare il successo dell'attività rieducativa: la mancanza di recidiva indica un buon risultato dell'attività riabilita-

¹ L'autore ringrazia Roberto Macelloni, Torquato Tarparelli e Laura Zuppante che con il lavoro di raccolta e inserimento dei dati hanno reso possibile questa ricerca.

* Direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

tiva, mentre la ricaduta nel reato dovrebbe segnalare l'insufficienza di tale attività.

Finora per valutare il successo delle misure alternative si poteva fare riferimento quasi esclusivamente al numero di provvedimenti revocati. I dati sulle revoche dell'affidamento in prova al servizio sociale sono disponibili a partire dal 1999 (grafico 1). Fino al 2005 i casi di affidamento in prova al servizio sociale revocati oscillavano intorno al 5% con un minimo di 4,32% nel 1999 e un massimo di 5,33% nel 2005.

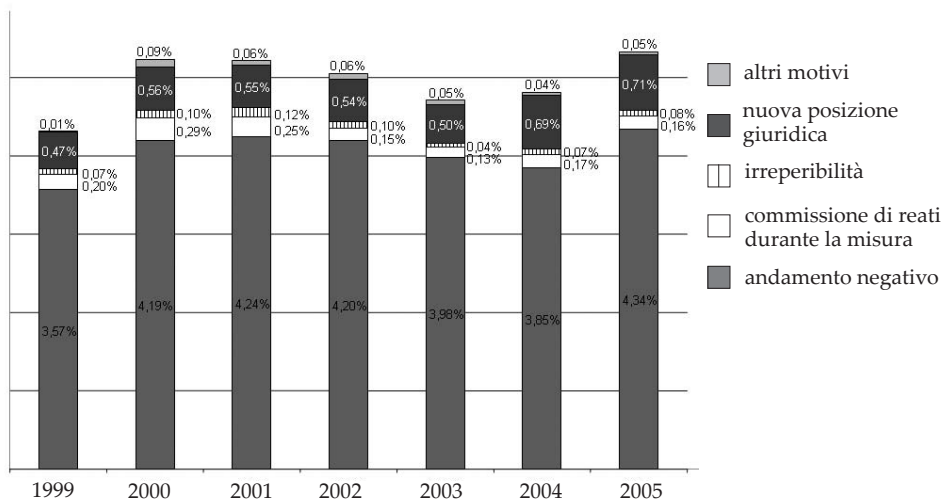


Grafico 1 – Le percentuali di revoca nell'affidamento in prova al servizio sociale

La tenuta di una condotta che viola i vincoli prescritti mostrando un andamento negativo della misura alternativa è il motivo più frequente di revoca. I casi di irreperibilità dell'affidato sono di scarsa rilevanza statistica e l'allarme sociale creato su singoli casi di cronaca non è giustificato dalla quantità di revoche conseguenti alla commissione di reati durante la misura, soprattutto in considerazione del numero elevato di soggetti a cui viene offerta tale opportunità di reinserimento. Inoltre se durante l'esecuzione della misura interviene una nuova sentenza di condanna ad altra pena detentiva, che modifica dunque la durata della pena per cui non sussistono più le condizioni per la prosecuzione della misura alternativa, la misura può essere revocata.

Escludendo dal conteggio i casi revocati per nuova posizione giuridica, che non denotano per se stessi un comportamento negativo successivo all'inizio della misura, e che in ogni caso si verificano meno di una volta ogni 100 casi, le revoche dovute alla mancata

riuscita della misura alternativa risultano ancora inferiori.

Per valutare opportunamente il numero esiguo di revoche dovute a esito negativo dell'affidamento per la mancata osservazione degli obblighi o per la commissione di nuovi reati occorre tenere nella dovuta considerazione la prudenza nel comportamento da parte di quei soggetti che si sentono sotto osservazione fintanto che è in corso la misura e che tornano poi a delinquere come in passato quando cessa il rischio di revoca. Queste persone tendono a conformarsi alle prescrizioni solo per evitare di tornare in carcere. Si aggiunga che il periodo di osservazione, rappresentato dalla durata della condanna da scontare, è troppo breve per poter utilizzare il numero delle revoche quale indicatore del reinserimento per i condannati in misura alternativa alla detenzione.

Il calcolo della recidiva rappresenta una misura più accurata riguardo alla riuscita delle misure alternative alla detenzione: obiettivo della ricerca è stabilire il tasso di recidiva tra gli affidati che abbiano compiuto il percorso previsto dall'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario che terapeutico. Per procedere occorre innanzi tutto definire il concetto di recidiva. Ci sono modi diversi per darne una definizione. In diritto la recidiva è una circostanza che, ai sensi dell'articolo 99 del codice penale, comporta un aumento della pena per «chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro». Ma la recidiva può essere definita anche secondo altre accezioni. In senso criminologico è recidivo colui che dopo essere stato condannato commette un nuovo reato, anche se questo non viene scoperto, mentre in senso penitenziario si può ritenere recidivo chi si trova in carcere o in misura alternativa alla detenzione dopo esservi già stato per scontare una o più condanne.

A questo proposito lo studio delle «carriere criminali» ha per oggetto i comportamenti criminali sistematizzati e assunti a modello di vita. Uno dei modi per rilevare l'importanza delle carriere criminali è quello di quantificare la popolazione che ripetutamente ha contatti con il sistema giustizia, del quale il sistema penitenziario rappresenta il momento di esecuzione della condanna.

L'indagine è stata condotta come uno studio di caso, con l'obiettivo di individuare la percentuale di condannati per i quali il trattamento extra-murale, realizzato per mezzo della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, non ha raggiunto lo scopo del reinserimento in società. La valutazione della recidiva è stata effettuata tramite una ricerca quantitativa longitudinale, esaminando il gruppo degli affidati in prova al servizio sociale per i quali la misura è stata archiviata nel 1998 e verificando se gli stessi soggetti,

negli anni successivi fino al settembre 2005, hanno commesso ulteriori reati per i quali siano stati condannati con sentenza definitiva. In questo studio non si è tenuto conto se al momento della misura in esame, archiviata nel 1998, il soggetto risultava già recidivo, proprio perché si intendeva valutare la riuscita di quella specifica misura alternativa alla detenzione terminata nel 1998, prescindendo dalla carriera criminale del singolo intesa in senso criminologico. L'attendibilità della misurazione della recidiva effettuata tramite la consultazione degli archivi del casellario risente però, negativamente, del ritardo con cui può essere effettuato l'aggiornamento di tali archivi.

L'esecuzione penale esterna

La valutazione sulle attività trattamentali realizzate sui condannati in misura alternativa alla detenzione raggiunge la massima utilità se è finalizzata all'applicazione pratica delle conoscenze acquisite per ottenere la riduzione del fenomeno criminale. Ciò può avvenire attraverso una misurazione dell'efficacia dell'affidamento in prova al servizio sociale e una verifica sulla funzione delle misure alternative alla detenzione con riferimento al presupposto, previsto dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, e cioè l'idoneità della misura a prevenire la ricaduta del soggetto nelle attività criminose.

La prevenzione della recidiva resta l'obiettivo primario della criminologia applicata, per raggiungerlo sono stati elaborati metodi e strumenti volti a diminuire l'intensità del fenomeno criminale e la sua frequenza, anche attraverso programmi di trattamento del delinquente. Attraverso questa ricerca si vogliono individuare alcune tipologie di condannati in esecuzione penale esterna con il fine di focalizzare l'attenzione e le risorse delle strutture del servizio sociale penitenziario su quelle categorie che si possono considerare maggiormente a rischio. Comprendere quali tipologie di utenti sono a rischio di recidiva può guidare l'individuazione delle migliori strategie su cui concentrare il trattamento extra-murale. L'esame della recidiva infatti può essere utilizzato per misurare il grado di successo dei sistemi penitenziari.

Sarà dunque utile una valutazione, anche indiretta, sulle attività e sui programmi trattamentali all'esterno, con il fine di verificarne gli effetti concreti, per fornire indicazioni adeguate a individuare limiti, prospettive e capacità operative. A tale scopo si è ritenuto un efficace strumento di misurazione della recidiva l'aver riportato una o più condanne che risultassero negli archivi del casellario giu-

diziale e che fossero relative a reati commessi successivamente alla fine della misura alternativa alla detenzione. Dopo avere individuato quei soggetti che hanno scontato una condanna in affidamento in prova al servizio sociale conclusa nel 1998, si è verificato quanti di loro avessero avuto condanne iscritte al casellario giudiziale per nuovi reati. Tuttavia non essendo disponibili le variabili relative alle condizioni soggettive, sia personali che sociali, che possono influire sul comportamento criminale delle persone oggetto dell'indagine, l'analisi è stata condotta solo a livello descrittivo.

Modalità alternative al carcere per scontare la pena sono state introdotte con la legge n. 354 di riforma dell'ordinamento penitenziario, del 26 luglio 1975. I dati rilevati dall'Amministrazione penitenziaria nel periodo 1976-2005² indicano il numero dei soggetti seguiti nel corso di ciascun anno dagli uffici di esecuzione penale esterna³ nonché il numero dei condannati ristretti negli istituti penitenziari presenti in carcere il 31 dicembre di ogni anno (tabella 1).

Le rilevazioni sull'esecuzione extra e infra-murale riportate in tabella 1 non sono direttamente confrontabili: le misure alternative sono considerate nel numero complessivo di casi seguiti nel corso di un anno solare (cioè il numero di casi già in esecuzione all'inizio dell'anno, ai quali si aggiungono quelli presi in carico dagli uffici nel periodo di riferimento) mentre il numero dei detenuti è quello dei condannati presenti in carcere nell'ultimo giorno dell'anno. Dunque è possibile una comparazione tra i due fenomeni solo analizzandone separatamente il *trend*. Il numero di persone sottoposte a condanna penale è visibilmente aumentato negli anni, in particolare per l'esecuzione esterna rispetto a quella nelle strutture di reclusione. Infatti, posto uguale a 100 il numero di condannati rilevato per l'anno 1977, l'indice dell'esecuzione penale all'esterno per l'anno 2005 è pari a 1.011 mentre quello per l'esecuzione in carcere è 292.

La tendenza di lungo periodo all'incremento dei casi è ben visibile in entrambe le distribuzioni (grafico 2), anche se sono presenti alcune oscillazioni; quelle in riduzione sono riferibili a interventi normativi che hanno avuto ricadute dirette sulla durata della pena e, conseguentemente, sul numero delle persone ammesse alle mi-

² Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria. I dati sulla popolazione detenuta sono forniti dall'Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato, quelli sulle misure alternative dall'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione generale dell'esecuzione penale esterna.

³ La denominazione dei centri di servizio sociale per adulti è stata modificata in uffici di esecuzione penale esterna dall'art. 3 della legge 27 luglio 2005, n.154.

sure alternative, cioè i provvedimenti di indulto e amnistia negli anni 1981 e 1990. La crescita, invece, oltre che dall'evidente tendenza all'aumento riscontrata anche nelle detenzioni, è stata favorita dagli interventi legislativi che hanno agevolato l'esecuzione della pena in misura alternativa alla detenzione introducendo, negli anni, anche nuove misure, come la legge Gozzini⁴ nel 1986 e la Simeone-Saraceni⁵ nel 1998.

Dopo il 1998 la crescita percentuale delle misure alternative è stata corrispondente a quella dei detenuti. Nel periodo 1999 - 2005 le misure alternative sono aumentate del 137,97%, mentre il numero di detenuti condannati si è incrementato del 137,50%.

Tabella 1 - Misure alternative e detenuti condannati: anni 1976-2005

<i>Anno</i>	<i>Misure alternative alla detenzione (casi seguiti)</i>	<i>Detenuti condannati (presenti al 31/12)</i>
1976	599	11.186
1977	4.647	12.557
1978	4.738	6.452
1979	2.774	8.065
1980	4.219	9.191
1981	6.020	7.500
1982	2.840	9.294
1983	4.512	10.438
1984	5.705	12.751
1985	7.613	16.051
1986	8.923	11.679
1987	5.325	12.053
1988	6.835	15.833
1989	7.988	15.774
1990	6.252	11.053
1991	4.489	14.319
1992	6.901	20.567
1993	10.116	25.503
1994	13.198	26.265
1995	15.292	26.089
1996	18.393	26.962
1997	35.200	26.646
1998	35.347	24.551

⁴ Legge 10 ottobre 1986, n. 663.

⁵ Legge 27 maggio 1998, n. 165.

1999	34.036	26.674
2000	36.320	27.414
2001	39.861	30.658
2002	43.239	32.854
2003	45.603	32.865
2004	47.163	35.033
2005	46.960	36.676

Nel 1998 otto persone su dieci sottoposte a una misura alternativa alla detenzione in carico agli uffici di esecuzione penale esterna, pari al 78,23%, erano affidate in prova al servizio sociale (grafico 3). Dei 27.651 affidati seguiti nel 1998, 15.711 cioè più della metà, sono stati presi in carico nel corso dell'anno, mentre per i restanti 11.940 si trattava della prosecuzione di una detenzione precedente.

Tra le tipologie di affidamento in prova al servizio sociale l'affidamento ordinario era quello più frequente con quasi sette casi ogni dieci affidati seguiti dalle strutture sociali penitenziarie. In particolare il 46,76% erano affidati ordinari presi in carico dalla libertà, mentre per il 20,32% si trattava di proseguire con l'affidamento in prova al servizio sociale di tipo ordinario una condanna la cui esecuzione era iniziata in carcere (grafico 4).

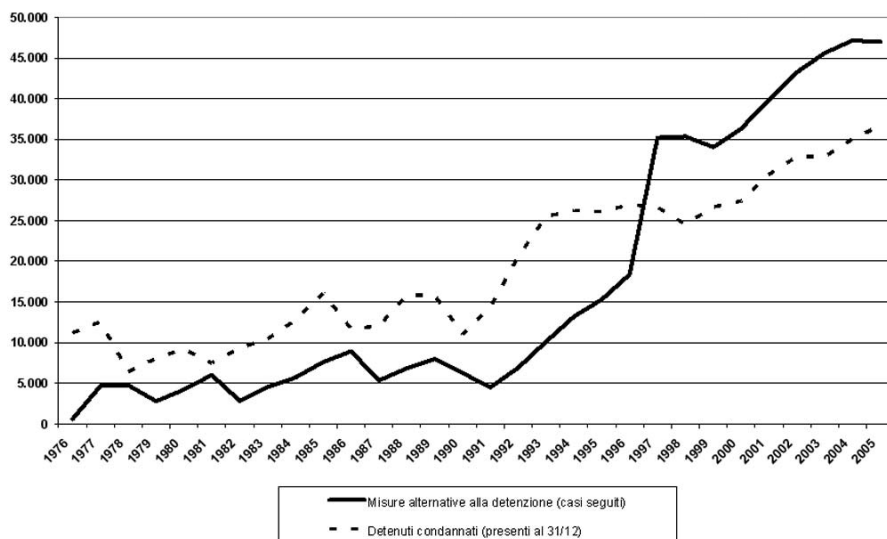


Grafico 2 – Esecuzione penale: serie storica anni 1976-2005

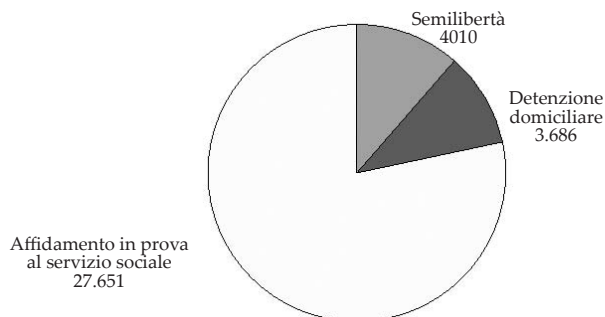


Grafico 3 – Misure alternative alla detenzione: anno 1998

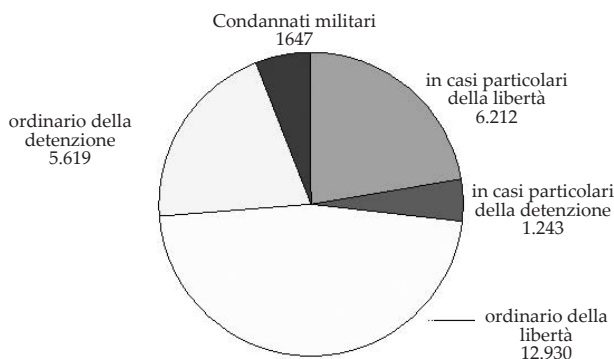


Grafico 4 – Affidamento in prova al servizio sociale: casi seguiti nel 1998

La raccolta dei dati

Le fonti utilizzate nell'analisi del fenomeno della recidiva tra gli affidati in prova al servizio sociale sono state:

- la banca dati informatica degli uffici di esecuzione penale esterna, per i dati sulle misure alternative alla detenzione;
- le statistiche penitenziarie, per i dati sulla popolazione detenuta;
- il Casellario giudiziale, per i dati sulla recidiva e sui reati commessi.

Gli uffici di esecuzione penale esterna usano un sistema informatico per la gestione degli ordini di servizio con cui vengono presi in carico i soggetti in misura alternativa alla detenzione. Le segreterie tecniche degli uffici di esecuzione penale esterna, competenti all'esecuzione delle misure alternative, rappresentano gli organi di rilevazione periferica di un sistema informativo che

consente all'Osservatorio delle misure alternative, costituito presso la Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, di produrre una serie di pubblicazioni periodiche sull'esecuzione penale esterna.

Come già si è detto, sono stati selezionati i casi di affidamento in prova al servizio sociale archiviati nel 1998 con l'esclusione di quei casi che presentavano motivi di chiusura che non implicano l'estinzione della pena o che comportano l'irreperibilità del soggetto. Si sono presi in considerazione gli affidati ordinari, i condannati militari, e gli affidati in casi particolari, alcoldipendenti e tossicodipendenti in affidamento terapeutico. Sono stati così individuati 11.336 soggetti per i quali è stato richiesto il certificato penale al Casellario giudiziale centrale.

Attraverso il sistema informatico del Casellario, nel mese di settembre 2005 sono state trovate informazioni su 8.817 soggetti, pari al 77,78% del totale. Poiché tale selezione è avvenuta in modo casuale si può ritenere che le valutazioni che verranno fatte sul fenomeno osservato possano essere generalizzate al totale dei casi archiviati nel 1998.

Nel campione così determinato sono risultati recidivi secondo la definizione adottata 1.677 soggetti, pari al 19% (grafico 5), 94 dei quali sono donne. Si possono avanzare varie interpretazioni del fenomeno e comunque ci sono concause. Tuttavia è bene ricordare che le persone ammesse alle misure alternative sono "selezionate" con un'attenzione all'affidabilità, una sorta di scrematura che abbassa, almeno in teoria, la possibilità che le stesse persone commettano nuovi reati.

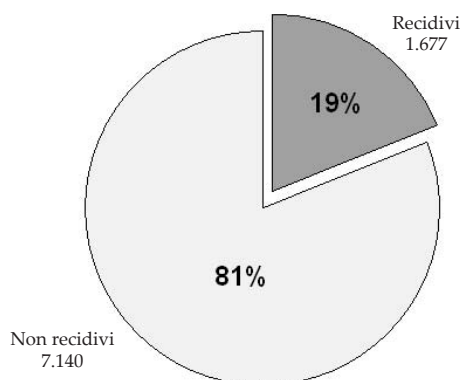


Grafico 5 – Affidamento in prova al servizio sociale: successo del reinserimento e recidiva

Caratteristiche dei recidivi

L'età

Il collegamento tra età e recidivismo è da tempo documentato in letteratura in relazione all'età della prima condanna e all'intervallo tra il primo e gli ulteriori reati. Ne consegue che, per quanto riguarda il trattamento dei condannati, ci dovrebbero essere sforzi diretti a rendere maggiormente efficaci i sistemi correzionali relativi ai minorenni e ai giovani adulti, poiché sono questi a costituire il maggiore problema nel campo della recidiva. I giovani adulti, che hanno un'età compresa tra i 18 e i 25 anni, vengono accostati ai minori perché si suppone abbiano un denominatore comune nella incompleta maturazione sociale. In realtà la maggior parte delle manifestazioni criminali si concentra fino ai 35/40 anni, per poi scendere rapidamente fino ai 65 anni e diventare statisticamente esigue negli anni successivi.

L'età del campione al momento dell'archiviazione della misura alternativa era compresa tra i 19 e i 73 anni, l'età media era di 38,77 anni. Un quarto dei soggetti studiati aveva meno di 31 anni e tre su quattro ne avevano meno di 48. Il 90% degli affidati aveva meno di 57 anni. A conferma che l'età influenza i comportamenti criminali, che tendono a diminuire con il progredire degli anni, i recidivi sono

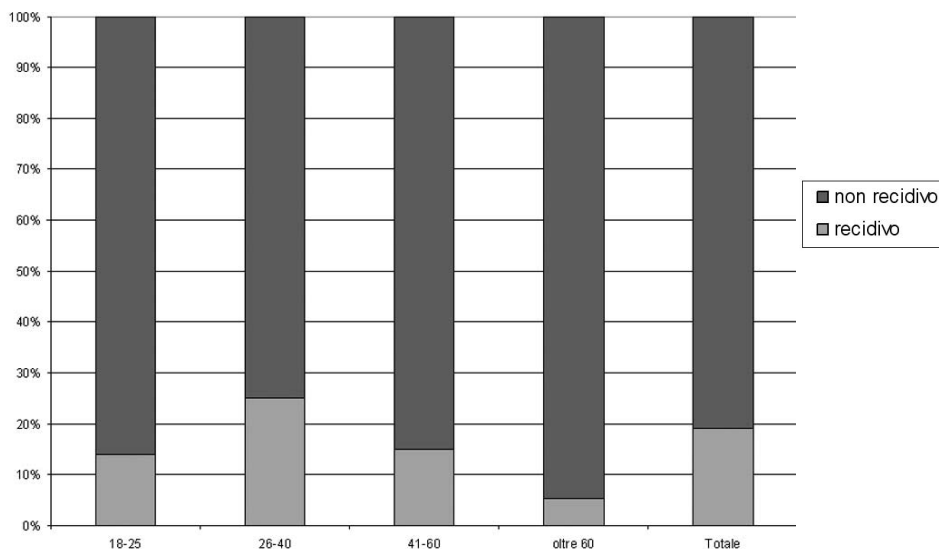


Grafico 6 – Recidivi per classi di età

risultati, nel complesso, più giovani. Tra di loro, infatti, l'età media era di 36,3 anni, il campo di variazione conferma il limite minimo di 19 anni e arriva al massimo a 71 anni. Il 25% dei recidivi aveva meno di 30 anni mentre 3 soggetti su 4 ne avevano solo fino a 42: il 95% aveva meno di 55 anni.

Il campione è stato suddiviso in quattro classi di età (grafico 6). Solo nella classe 26-40 anni l'incidenza della recidiva supera quella media. La recidiva per questa classe di età è del 25,1%, cioè di 6 punti percentuali superiore al valore generale.

Le differenze di genere

Le statistiche più recenti (Istat, 2006) indicano che le donne rappresentano circa il 12% dei condannati nel 2004, confermando la scarsa delittuosità femminile rispetto a quella maschile. Negli ultimi 50 anni si è assistito a una costante diminuzione della percentuale di donne tra i condannati, anche se il «tasso di aumento percentuale della delinquenza femminile supera quello maschile» (Gaddi, 1999). Infatti sebbene i maschi commettano il maggior numero di reati, la delinquenza femminile aumenta molto più velocemente.

Sono state fornite motivazioni diverse, legate alla minore partecipazione delle donne alle attività relazionali, oppure all'atteggiamento indulgenziale della polizia o della magistratura influenzate benevolmente dalla donna soprattutto nel suo ruolo di madre, ma anche le spiegazioni già affermate dai Positivisti in chiave biologica sono state aggiornate e fondate sulle differenze fisiologiche e ormonali. In parte, poi, la ragione sarebbe da ricercare nel fatto che il numero oscuro, il numero, cioè, di delitti commessi ma non denunciati né rilevati ufficialmente, per le donne sarebbe più elevato di quello dei reati commessi dagli uomini. In sintonia con i dati Istat sui condannati la percentuale di donne in affidamento al servizio sociale nel 1998 era notevolmente più bassa rispetto alla presenza maschile che risultava, invece, sempre superiore al 90% dei casi seguiti per tutte le tipologie di affidamento (grafico 7).

Secondo le statistiche penitenziarie il 31 dicembre 1998 le donne erano il 3,83% della popolazione detenuta mentre le affidate in prova al servizio sociale rappresentavano l'8,73% dei casi seguiti nel 1998, oltre il doppio rispetto alla percentuale in detenzione. Dunque la presenza femminile nell'esecuzione penale era molto più significativa all'esterno che in carcere, confermando la propensione a favorire l'esecuzione della condanna all'esterno per le donne.

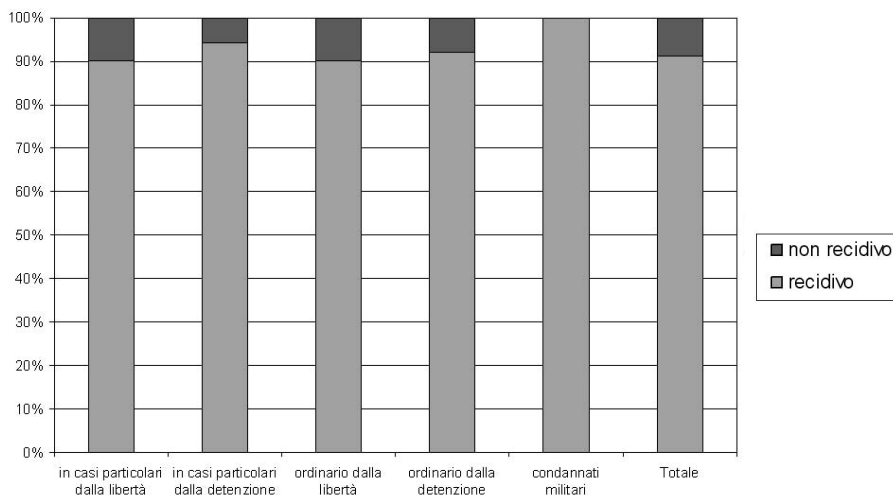


Grafico 7 – Affidamento in prova al servizio sociale anno 1998: ripartizione percentuale per genere

Il campione era formato da 8.071 uomini, che ne costituivano il 91,5%, e da 746 donne, pari al 8,5%, quindi con una rappresentazione per genere sovrapponibile a quella dei casi seguiti nello stesso anno in esecuzione esterna. Nel sotto-campione femminile la recidiva ha avuto un'incidenza decisamente inferiore, che corrisponde al 12,6% dei casi (grafico 8). Il valore saliva invece al 19,6% tra gli uomini.

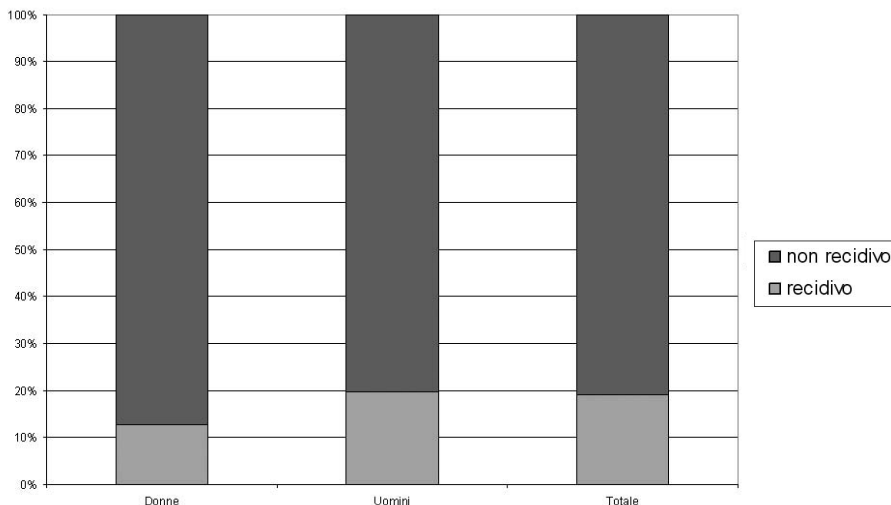


Grafico 8 – Recidivi: distinzione per genere

L'area geografica

Le caratteristiche socio-economiche del territorio influiscono direttamente sulle misure alternative. La riuscita di queste misure, per la loro particolarità di esecuzione, è direttamente collegata al contesto sociale nel quale vengono attuate, ma anche la criminalità è influenzata oltre che dai caratteri delle personalità individuali anche dall'ambiente sociale. Per questo motivo è interessante osservare le differenti percentuali di recidiva calcolate con riferimento alla regioni nelle quali ha sede l'ufficio dove era eseguita la misura alternativa (tabella 2).

Tabella 2 – Percentuale di recidiva per regione di esecuzione della misura alternativa

<i>Regione</i>	<i>Recidiva %</i>	
Sardegna	26,2	
Molise	25,6	
Toscana	25,6	
Marche	21,5	
Emilia Romagna	21,2	
Umbria	21,1	
Friuli Venezia Giulia	20,4	
Abruzzo	20,3	
Liguria	20,1	
Veneto	19,8	
Lombardia	17,9	
Puglia	17,9	
Piemonte	17,0	
Campania	16,9	
Basilicata	16,9	
Lazio	15,9	
Sicilia	15,7	
Calabria	14,9	

In tabella 2 mancano le notizie su Trentino Alto Adige e Valle d'Aosta perché nel 1998 sul territorio di queste regioni erano competenti altri uffici, non essendo ancora attive strutture locali autonome.

Da notare come 8 regioni su 18 hanno una percentuale di recidiva inferiore al 19%: nel Lazio, in Sicilia e in Calabria il tasso di recidiva è inferiore al 16%. Le regioni nelle quali il fenomeno è più rilevante, con una percentuale superiore al 25,5%, sono Sardegna, Molise e Toscana.

La ripartizione in Nord, Centro e Sud (tabella 3) evidenzia una recidiva superiore nelle regioni centrali (22%), quasi in linea con la media nazionale al settentrione (19%) e inferiore alla media nel mezzogiorno d'Italia (18%).

Tabella 3 – Recidivi per zona geografica

<i>Zona geografica</i>	<i>Non recidivi</i>	<i>Recidivi</i>	<i>Recidivi %</i>
Nord	2.901	676	18,9
Centro	1.218	341	21,9
Sud	3.021	660	17,9

Le tipologie di affidamento in prova al servizio sociale

Nel tempo i meccanismi di accesso all'affidamento in prova al servizio sociale, sia ordinario che terapeutico, hanno influito sull'ingresso alla misura alternativa. Fino al 1998 di fatto l'affidamento era concesso direttamente dallo stato di libertà solo ai tossicodipendenti e alcoldipendenti. Per l'affidamento ordinario, occorre una buona conoscenza dei meccanismi giudiziari, infatti entro cinque giorni dalla condanna il condannato doveva chiedere al Tribunale di Sorveglianza di scontare la pena in misura alternativa, senza che gli venisse notificato alcun provvedimento che lo informava della possibilità di accedere al beneficio. Questo meccanismo favoriva l'accesso alle misure alternative a quei soggetti che avevano maggiore conoscenza dei meccanismi penali e che molto spesso erano recidivi.

La legge 27 maggio 1998, n. 165, (legge Simeone-Saraceni)

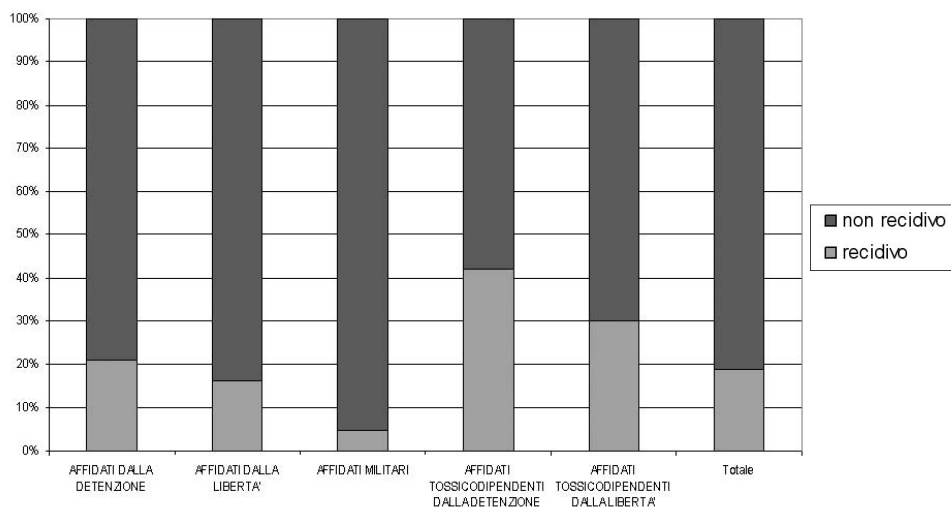


Grafico 9 – Recidivi per tipologia di affidamento in prova al servizio sociale

ha agevolato l'accesso alle misure alternative alla detenzione prevedendo la sospensione obbligatoria della pena qualora i limiti rientrano tra quelli previsti per la concessione della misura alternativa per la quale il condannato, opportunamente informato, può presentare istanza entro 30 giorni.

Le tipologie di affidamento possono essere distinte anche sulla base della provenienza del condannato da una situazione detentiva oppure dallo stato di libertà (grafico 9).

La percentuale di recidivi è superiore alla media negli affidamenti in casi particolari, cioè per gli alcol dipendenti e tossicodipendenti. Ciò si verifica soprattutto quando la misura viene concessa dopo la reclusione: in questo caso, infatti si supera il 42%, contro il 30% tra gli affidati tossicodipendenti che provengono dalla libertà. Anche gli affidati ordinari sono meno recidivi quando vengono ammessi alla misura alternativa direttamente dalla libertà ma il tasso di recidiva è decisamente inferiore a quello dei tossicodipendenti: il 21% dalla detenzione e il 16% dalla libertà.

I tossicodipendenti rappresentano una categoria particolare sulla quale sono opportuni ulteriori approfondimenti criminologici. La sottoposizione al trattamento terapeutico deve essere scelta volontariamente dal soggetto per essere ammesso all'affidamento in prova in casi particolari ma, a volte, l'adesione al percorso riabilitativo è strumentale all'accesso alla misura.

All'aumento dei detenuti tossicodipendenti, avvenuto progressivamente in seguito all'applicazione del T.U. n. 309/90, certificato da un'indagine nazionale svolta dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria nel 1999 sui soggetti tossicodipendenti e affetti da HIV negli istituti penitenziari, è corrisposto l'aumento degli affidati in prova in casi particolari prevalentemente provenienti dalla libertà.

I rischi correlati al tempo

Un parametro utile a considerare il rischio di recidiva è il numero di mesi che intercorrono tra la fine della misura e la data di commissione di un nuovo reato per il quale i soggetti sono stati condannati in via definitiva. Nei casi osservati (grafico 10) il campo di variazione è compreso tra 0 e 81 mesi, ma già dopo 54 mesi il 90% dei recidivi ha commesso almeno un nuovo reato. In media i soggetti in esame hanno commesso un nuovo reato dopo 25 mesi. Un quarto dei recidivi aveva commesso un nuovo reato dopo un anno, la metà dopo soli 21 mesi e il 75% dopo 37 mesi, inoltre quasi un terzo dei recidivi, ha subito più condanne relative a reati commessi successivamente al 1998, per un totale di 534 pluri-recidivi.

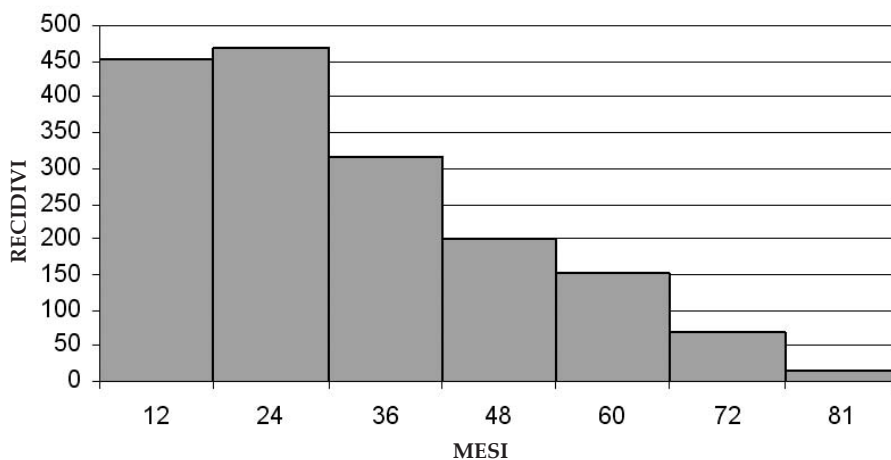


Grafico 10 – Numero di mesi per la commissione di un nuovo reato

Un confronto con la recidiva dei detenuti

Secondo una rilevazione effettuata dall'ufficio statistico del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, nel 1998 sono stati scarcerati 5.772 condannati, di questi 3.951, quasi 7 su 10, corrispondenti al 68,45%, hanno fatto rientro in carcere una o più volte e hanno avuto una sentenza di condanna definitiva indipendentemente dall'applicazione dell'articolo 99 del codice penale: li possiamo indicare come recidivi in senso "penitenziario" (grafico 11).

Nell'analisi condotta tra gli affidati in prova al servizio sociale il concetto di recidiva è più ampio perché non è limitato all'esecuzione penale, sia infra che extra-murale, ma sono considerate tutte le condanne iscritte al Casellario giudiziale. Nonostante ciò la percentuale di recidivi che provengono da una misura alternativa è notevolmente inferiore: non si arriva a 2 casi su 10.

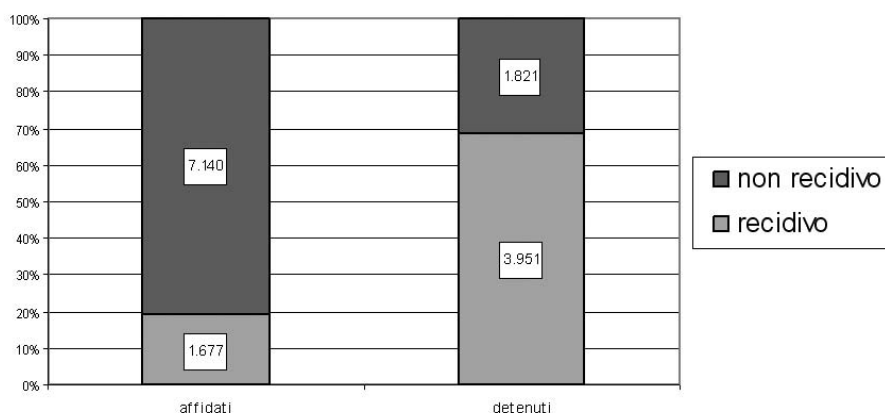


Grafico 11 – Un confronto con la recidiva dei detenuti

Conclusioni

Analizzare l'affidamento in correlazione agli aspetti evidenziati in questa ricerca non fornisce, naturalmente, indicazioni sui percorsi individuali che hanno portato taluni a commettere nuovamente un reato. Può capitare che ciò non abbia alcun collegamento con le modalità effettive di esecuzione della pena, proprio per questo motivo a volte si pensa che l'efficacia delle misure alternative sarebbe legata alle opportunità e alle condizioni individuali dei condannati

e che, pertanto, le misure rappresentano uno strumento di de-carcerizzazione ma non influiscono sul reinserimento sociale.

I dati che emergono dall'indagine sulla recidiva degli affidati in prova al servizio sociale consentono, tuttavia, di trarre alcune conclusioni che potranno essere utilizzate come ipotesi per approfondimenti successivi. Nella definizione della recidiva diversi fattori sembrano rivestire un ruolo importante, in primo luogo l'età degli affidati al momento della cessazione della misura. Con l'avanzare dell'età la recidiva si manifesta in misura sempre minore, l'eventualità di commettere nuovi reati sembra giungere al culmine tra i soggetti considerati nella classe che comprende le persone tra i 26 e i 40 anni dopo di che si producono sensibili decrementi nei tassi di recidiva rilevati. Il rischio maggiore di commettere nuovi reati, sembra manifestarsi nei primi due anni successivi alla cessazione dell'affidamento. Paiono importanti in questo senso le reti sociali che si creano intorno al condannato per favorirne il reinserimento.

Le donne, con una recidiva del 12,6%, di 7 punti percentuali inferiore a quella maschile, dimostrano di essere meno interessate dal fenomeno, mentre due recidivi su tre hanno subito una sola condanna per reati commessi dopo il 1998. Nelle regioni centrali la ricaduta nel reato è più frequente che nel resto del paese.

Gli affidati alcol dipendenti e tossicodipendenti sono quelli che tornano a delinquere con maggiore frequenza ma in questo caso è necessario un approfondimento della tipologia criminologica di tali soggetti e un'indagine sulle cause reali che spingono il tossicodipendente ad accettare il trattamento terapeutico. Si tratta, comunque, solo di un quarto degli affidati in prova al servizio sociale.

Dal confronto con la recidiva dei detenuti sembra che la finalità di reinserimento sia raggiunta in misura maggiore quando l'esecuzione della pena avviene all'esterno del carcere, come a confermare che la prisonizzazione, intesa quale adattamento al mondo informale penitenziario, comporta minori possibilità di risocializzazione. La tendenza maggiore a delinquere è stata riscontrata in chi ha attraversato un'esperienza carceraria mediante i dati sui reingressi in carcere per la commissione di un nuovo reato. Sette condannati su dieci tra quelli scarcerati nel 1998 hanno fatto rientro in carcere una o più volte contro i due recidivi su dieci che hanno espiato la pena in misura alternativa alla detenzione.

Quasi a rafforzare quest'ultima evidenza, il fenomeno della recidiva sembra essere più frequente tra gli affidati che accedevano alla misura alternativa dopo essere transitati dal carcere rispetto a quelli che vi accedevano direttamente dalla libertà. Non bisogna dimenticare, però, la selezione che viene fatta ammettendo alle

misure alternative solo quelle persone che danno, almeno apparentemente, garanzie di affidabilità.

Infine il corretto funzionamento dell'affidamento in prova al servizio sociale è certificato dalla scarsa numerosità dei provvedimenti di revoca della misura.

Quanto emerso sembra confermare la funzionalità dell'affidamento in prova al servizio sociale rispetto al reinserimento sociale dei condannati.

Bibliografia

- AA.VV. (1973), "La recidiva postpenitenziaria. Contributo a un'indagine comparativa internazionale", in *Quaderni dell'Ufficio Studi e Ricerche della Direzione Generale per gli Istituti di Prevenzione e di Pena*, n. 6, Ministero di Grazia e Giustizia, Roma
- AA.VV. (1978), *Benefici di clemenza e il recidivismo. Risultati della ricerca sul tema «Effetti dell'amnistia, del condono e della grazia in relazione al recidivismo» compiuta con il contributo del Consiglio Nazionale delle Ricerche*, Sezione criminologica del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Roma
- Andrenacci R., Sprovieri S. (2004), *Il lavoro sociale individuale*, Franco Angeli, Milano
- Bandini T. e altri (2004), *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, vol. II, Giuffrè, Milano
- Brunori L., Raggi C., a cura di (2003), *Never again. Recidiva e responsabilità a partire dal gruppo*, Ministero della Giustizia, Roma
- Canepa M., Merlo S. (2004), *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano
- Frudà L., a cura di (2006), *Alternative al carcere. Percorsi, attori e reti sociali nell'esecuzione penale esterna: un approfondimento della ricerca applicata*, Franco Angeli, Milano
- Gaddi D. (1999), "La delinquenza femminile", in Ponti G., *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina, Milano
- Giuffrida M. P. (1999), *I centri di servizio sociale dell'amministrazione penitenziaria. Operatori e competenze nel contesto dell'esecuzione della pena*, Laurus Robuffo, Roma
- Giuffrida M. P., Palumbo M., a cura di (2004), *La pena dell'alcol. Una ricerca-azione sull'efficacia dell'intervento sociale nelle misure alternative*, Franco Angeli, Milano

- Grevi V., a cura di (1994), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova
- ISTAT (2006), "Statistiche giudiziarie penali. Anno 2004", *Annuario*, n. 13, Roma
- Ministero di Grazia e Giustizia - D.A.P., *Indagine nazionale su soggetti tossicodipendenti e affetti da HIV negli istituti penitenziari. Rilevamento al 30 giugno 1999*, Ricerca non pubblicata
- Ponti G. (1999), *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina, Milano
- Reale N. e altri (1969, a c. di), "Recidivismo e giovani adulti. Nati nel circondario di Roma negli anni 1928-1929-1930", *Studi di criminologia*, n. 4, Sezione criminologica del Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale, Roma
- Santoro E., Tucci R. (2006), "L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica", in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Ministero della Giustizia, n. 1
- Thomas W.I., Znaniecki F. (1968), *Il contadino polacco in Europa e in America*, Milano, Edizioni di Comunità, (ed. or. Chicago, 1918-20)
- Turrini Vita R. (2006), *Civiltà della pena. Riflessioni sull'esecuzione penale esterna in Italia*, Ministero della Giustizia, Roma
- Vitello F., Stefanizzi S. (1996) "Genere e criminalità: alcune considerazioni sui dati delle statistiche giudiziarie italiane", in De Cataldo Neuburger L. (a cura di), *La criminalità femminile tra stereotipi e malintese realtà*, Cedam, Padova

**STRANIERI E MISURE ALTERNATIVE
ALLA DETENZIONE CARCERARIA.
CONSIDERAZIONI SULLA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 78 DEL 2007***

ENRICO LANZA**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. Cenni sulle misure alternative alla detenzione, in particolare con riferimento alla condizione di estraneità. 3. Caratteristiche generali dell'affidamento in prova al servizio sociale. 4. La presenza degli stranieri negli istituti di pena italiani. 5. L'indirizzo giurisprudenziale che nega l'applicabilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione. La sentenza Calderon. 6. La giurisprudenza che afferma la compatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e le misure alternative alla detenzione. 7. Le critiche della dottrina alla sentenza Calderon. 8. L'espulsione come misura alternativa alla detenzione. 9. La tesi della Corte costituzionale sulla natura amministrativa dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione. 10. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 sull'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare. 11. La sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007. 12. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

La questione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche agli stranieri, e in particolar modo dell'affidamento in prova al servizio sociale – che può essere considerato, fra le soluzioni di trattamento extramurario, quella più conducente al finalismo rieducativo –, è stata di recente oggetto di maggiore attenzione che in passato, soprattutto a seguito della decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 14500 del 2006 e poi della sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007, con le quali è stata ammessa questa possibilità¹.

* La sentenza è pubblicata in questo fascicolo nella sezione "Giurisprudenza".

** Università di Catania

¹ Per una sintetica rassegna delle posizioni giurisprudenziali antecedenti le sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 e della Corte costituzionale del 2007 vd. M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, pp. 1281 e ss.

La problematica concerne precipuamente coloro che si trovino in Italia in condizione di clandestinità o di irregolarità, che quindi, essendo privi del permesso di soggiorno, non hanno un titolo legittimo per circolare nel territorio dello Stato.

Nessuna preclusione opera, invece, rispetto a chi è presente regolarmente sul suolo nazionale.

A lungo si era discusso circa la correttezza della scelta di riconoscimento positivo per clandestini e irregolari, ma erano stati individuati motivi ostativi sovente insuperabili e comunque legati alla condizione di estraneità del reo, rispetto alla quale le soluzioni di deflazione carceraria apparivano contraddittorie. D'altronde, fino ad un certo momento, la presenza degli allogeni negli istituti di pena poteva essere considerata residuale; pertanto, il problema della mancata applicazione delle misure alternative alla detenzione nei loro confronti risultava marginale. Oggi questa stessa valutazione non è più attuale a causa della esosità numerica delle presenze all'interno delle nostre strutture detentive soprattutto di extracomunitari².

Di questa situazione ha tenuto conto il legislatore che nell'art. 35 del *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* del 30 giugno 2000 n. 230 ha previsto disposizioni rivolte specificamente a costoro. Ai sensi di questo articolo, la cui rubrica è *Detenuti ed internati stranieri*, «1. Nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle difficoltà linguistiche e delle differenze culturali. Devono essere favorite possibilità di contatto con le autorità consolari del loro Paese». «2. Deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato»³. Nella riforma del regolamento di esecuzione della legge sull'ordinamento penitenziario si è ritenuto quindi importante prevedere forme di adeguamento della disciplina del trattamento alla specificità della condizione di detenuto straniero.

È possibile ritenere che anche da ragioni "quantitative" sia di-

² M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *questa Rivista*, 2003, n. 1-2, p. 209, evidenzia come, in alcuni contesti e per determinati periodi storici, sia possibile rilevare, fra l'altro, una correlazione positiva tra l'incremento della popolazione "penalizzata" e i tassi di migrazione, senza che ciò significhi necessariamente che la presenza degli stranieri abbia influito sulla recrudescenza della criminalità. Si vedano altresì le relazioni del Ministero degli Interni nel Rapporto sulla sicurezza 2007 al Parlamento.

³ In argomento vd. P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10, p. 1320.

pesa l'attenzione dei pratici, oltre che della dottrina, sulla questione della conciliabilità della condizione di estraneità – precipuamente di clandestini e irregolari – con la fruibilità delle soluzioni alternative all'espiazione intramuraria della sanzione penale⁴. Da un lato, così, v'è l'esigenza di deflazione carceraria, che costituisce un problema generale di gestione degli istituti di pena, oggi affollati di stranieri; dall'altro, è avvertito il bisogno della ricostruzione sistematica delle misure alternative alla detenzione in modo coerente con la funzione per la quale sono state previste, evitandosi discriminazioni a svantaggio delle categorie sociali più deboli, come possono essere appunto gli extracomunitari.

In questo quadro è apparso necessario anche alla giurisprudenza, a causa dei continui contrasti, definire in modo netto una linea di condotta che colmasse la deficienza normativa.

Malgrado il principio generale, contenuto nella legge sull'ordinamento penitenziario, del divieto di differenze nel trattamento per motivi anche di nazionalità, le analisi empiriche che sono state svolte sull'argomento evidenzerebbero, in generale, la discriminazione di fatto degli stranieri nella possibilità di fruire delle occasioni di reinserimento sociale, sia per ragioni legali (come la mancanza del permesso di soggiorno), sia per ragioni sociali (come l'assenza di lavoro o di un'abitazione), sia per ragioni pratiche (come la privazione di relazioni interpersonali, di un tessuto sociale di riferimento che renda più praticabili le varie soluzioni di espiazione extramuraria)⁵.

Appare d'altronde complementare a quello appena evidenziato il problema della eseguibilità del provvedimento espulsivo nei confronti degli stranieri ammessi al beneficio del trattamento extramurario, rispetto al quale anche la giurisprudenza ha prospettato soluzioni diversificate a seconda del tipo di misura alternativa alla quale era sottoposto l'allogeno. Un aspetto della problematica sembra consistere, cioè, nell'eventuale inibizione del rimedio ablativo (si ricordi che la questione concerne clandestini e irregolari, soggetti che vanno allontanati dal territorio dello Stato) derivante dall'espiazione della pena in forma alternativa.

Non credo, però, che il problema si ponga in concreto poiché, come vedremo, l'eventuale preclusione circa l'applicabilità del ri-

⁴ V'è da rilevare, però, che, secondo G. MAROTTA, *Detenuti stranieri in Italia: dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario*, in *questa Rivista*, 2003, n. 1-2, p. 47, in assoluto non sono molti gli stranieri che potrebbero godere dei benefici penitenziari per le motivazioni che verranno appresso esaminate.

⁵ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, pp. 39-40.

medio dell'espulsione del quinto comma dell'art. 16 del testo unico sull'immigrazione – che è stata da molti considerata l'unica misura alternativa prevista per gli extracomunitari illegalmente presenti nel territorio dello Stato – non esclude che, all'esito del periodo espriativo, lo straniero vada espulso comunque ai sensi dell'art. 13, secondo comma, t.u. Il dubbio principale ritengo riguardi il rapporto di gerarchia fra il quinto comma dell'art. 16 t.u. e le disposizioni generali sulle misure alternative alla detenzione, visto che si tratta di soluzioni che, in una certa misura, si escludono vicendevolmente.

2. Cenni sulle misure alternative alla detenzione, in particolare con riferimento alla condizione di estraneità

Le misure alternative alla detenzione sono state inserite nel nostro sistema mediante la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 con lo scopo precipuo di rendere effettivo, quantomeno nella fase esecutiva, il finalismo rieducativo della sanzione penale.

Oggi, inoltre, non è possibile discutere di questi istituti affermandone il carattere di eccezionalità. Secondo alcune rilevazioni, a decorrere dal 2000 la quantità delle pene che vengono espiate fuori dal carcere è superiore a quella delle pene eseguite nella struttura detentiva, tanto che il 60% delle sentenze definitive di condanna passerebbe al vaglio dei tribunali di sorveglianza proprio in ragione delle richieste di concessione delle soluzioni alternative alla sanzione tradizionale⁶.

Nel corso del tempo vi sono stati vari interventi novellistici ed ermeneutici, che hanno modificato l'assetto normativo originario concernente le misure alternative.

Come evidenziato da Pavarini⁷, si è assistito, innanzitutto, alla trasformazione delle misure alternative alla detenzione da sostitutivi delle pene di breve durata a modalità esecutiva di ogni sanzione detentiva. Nell'impianto originario della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario tali misure dovevano costituire, evidentemente, una possibilità diversa per chi aveva commesso reati di minore consistenza, precludendosi l'accesso al trattamento extracarcerario di chi si era reso autore di fatti gravi ed aveva

⁶ Così, A. MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in www.diritto.it del 12 giugno 2003.

⁷ Per le riflessioni che seguono vd. PAVARINI, *op. cit.*, pp. 215 e ss.

manifestato in tal modo, con la propria condotta, una peculiare pericolosità. Nel bilanciamento degli interessi che la questione dell'esecuzione penale pone veniva attribuita prevalenza, così, alle ragioni di prevenzione e di difesa sociale. In seguito questo approccio è mutato. Ne è riprova la variazione del concetto di "pena inflitta" – cui si fa riferimento nella disposizione sull'affidamento in prova al servizio sociale –, che al momento dell'emanazione della legge n. 354 del 1975 era la sanzione irrogata dal giudice della cognizione e che è divenuta in seguito, a causa delle interpretazioni giurisprudenziali prima e dell'intervento del legislatore poi, la pena che rimane da espiare. Il riferimento attuale al residuo di sanzione da scontare sottolinea invero il carattere progressivo del trattamento, come percorso che si snoda in più fasi successive. Rispetto a questa interpretazione, però, può essere rilevato che ammettere il condannato ai benefici penitenziari nell'ultimo periodo di esecuzione non dovrebbe costituire un rischio per le esigenze di difesa sociale, anche se l'intervento concerne chi si è reso autore di fatti particolarmente biasimevoli e puniti esosamente, poiché in quel momento il percorso trattamentale – che riguarda tutti i condannati – dovrebbe aver già prodotto gli effetti per i quali è stato concepito.

In secondo luogo, è stata per lo più eliminata – da ultimo con la legge Simeone-Saraceni – la necessità dell'ingresso in istituto per fruire delle forme di trattamento extramurario. In questo modo, secondo Pavarini, oggi potrebbe apparire improprio parlare di "alternative" al carcere, poiché il procedimento che porta all'applicazione della soluzione decarcerizzante fa sì che questa costituisca nei fatti più propriamente una forma di pena, definita, però, da un giudice diverso da quello della cognizione.

In terzo luogo, si è assistito alla sostituzione dei bisogni di prevenzione speciale prima con soluzioni premiali per favorire la collaborazione con la giustizia, poi con logiche di deflazione carceraria, connotate da un certo automatismo (come in alcuni casi di detenzione domiciliare), per arginare il problema del sovraffollamento delle strutture di contenimento.

Infine, si è verificato il tendenziale spostamento del parametro di giudizio sulla meritevolezza della misura dalla personalità del condannato, visto nella sua individualità, all'affidabilità dello stesso in ragione del suo contesto situazionale: famiglia, condizioni abitative, attività lavorativa. Ne è derivato che risultano svantaggiati nella fruizione delle misure alternative proprio gli stranieri, perché normalmente privi di quel sostrato di relazioni sociali che permettono di esprimere un giudizio prognostico positivo sul successo della soluzione decarcerizzante, malgrado spesso scontino

pene di modesta entità e non presentino una particolare pericolosità soggettiva⁸.

È evidente, però, che accanto alle questioni tecnico-giuridiche sulla fruibilità di tali soluzioni extramurarie – che verranno analizzate ampiamente –, esistono realmente delle difficoltà pratiche nell'attuazione delle varie misure alternative nei confronti degli allogeni, consistenti appunto, soprattutto, nell'assenza frequente di una rete di relazioni sociali (non solo di tipo familiare), che possa costituire un punto di riferimento per la definizione dei programmi trattamentali extracarcerari, nonché nelle condizioni di indigenza economica in cui tali soggetti versano normalmente.

Per affrontare in modo più chiaro la questione sarebbe opportuno effettuare un'analisi circa la compatibilità del regime delle misure alternative alla detenzione con la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero condannato avendo riguardo ai singoli benefici penitenziari, perché rispetto ad ognuno di questi possono essere avanzate prospettive diverse connesse con le loro specifiche modalità esecutive.

Va ricordato che le misure alternative in senso ampio, previste nel nostro ordinamento, sono costituite dall'affidamento in prova al servizio sociale, anche nella peculiare forma terapeutica, dalla detenzione domiciliare, dalla semilibertà, dalla liberazione anticipata e dalla liberazione condizionale. In una posizione di prossimità nella natura giuridica si collocano i permessi premio. Rispetto a questi ultimi, nonché alla liberazione anticipata, come evidenziato da certa dottrina, non si pongono problemi particolari, in quanto il loro carattere premiale li ha resi generalmente riconoscibili a chiunque⁹. Pertanto, anche chi nega in generale la concedibilità delle misure alternative a clandestini e irregolari ammette l'utilizzabilità del rimedio della liberazione anticipata – nonché dei permessi premio – per costoro in quanto ritenuto beneficio attinente all'esecuzione

⁸ PAVARINI, *op. cit.*, pp. 219-220, pone in evidenza difatti, da un lato, come, al momento del suo studio, gli stranieri detenuti costituissero un terzo della popolazione carceraria e la maggior parte fra loro, che fossero condannati in via definitiva, dovesse espriare una pena inferiore ai tre anni e, dall'altro, come a ciò non corrispondesse un numero proporzionale di misure alternative. Lo stesso tipo di discriminazione – ha rilevato l'Autore – opera nel rito minorile nella concessione dello strumento della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato, previsto nell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, normalmente precluso, malgrado possa essere considerato un rimedio ordinario per fronteggiare la criminalità minorile, ai giovani nomadi o figli di immigrati, per lo più rei di furti o di spaccio di sostanze stupefacenti. Sull'argomento mi si permetta il rinvio al mio *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁹ Cfr. G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 55.

della pena detentiva¹⁰. Le medesime considerazioni dovrebbero valere per la liberazione condizionale. Per quanto concerne l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà, v. oltre.

Con riferimento alla situazione dello straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato, al di là delle posizioni interpretative che sono state sostenute da dottrina e giurisprudenza – sulle quali ci si soffermerà più oltre –, credo che un elemento, affermato in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità, non possa essere contestato agevolmente: la necessità che la misura alternativa abbia luogo in Italia. Una preclusione, cioè, nei confronti dello straniero alla fruizione di soluzioni espiative extramurarie – ritengo in modo indipendente dalla condizione di clandestinità o irregolarità – è la presenza all'estero del condannato, non tanto per ragioni – invero superabili – relative all'istanza e quindi al procedimento concessivo, quanto negli aspetti concernenti la fattibilità di tali misure, che richiedono attività di controllo e sostegno – soprattutto nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale – che diverrebbero troppo onerose se da effettuare al di fuori del territorio nazionale. In linea di principio è vero che ci si potrebbe attrezzare per consentire lo svolgimento di tali misure anche nel contesto di provenienza del condannato – che potrebbe costituire addirittura il luogo più idoneo perché il progetto d'intervento risulti efficace, vista la maggiore consonanza culturale e sociale fra lo straniero e il luogo da cui egli proviene –; tuttavia, ciò presupporrebbe una salda cooperazione internazionale e soprattutto un sistema sociale dotato di cospicue risorse. Sono ragioni pragmatiche, allora, che inducono ad una soluzione diversa¹¹.

D'altronde, come già rilevato, anche la Corte di cassazione ha manifestato, da tempo e in modo che si può ritenere costante, questo orientamento.

Con una decisione del 1988 la Cassazione aveva sostenuto che «Non è ammissibile l'affidamento in prova presso un consolato italiano, se l'interessato sia residente all'estero, in quanto destinatari di detto affidamento possono essere soltanto i centri di servizio sociale dipendenti dall'amministrazione penitenziaria»¹² (qui,

¹⁰ Vd., ad esempio, L. DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di polizia*, 2004, n. 1-2, p. 84.

¹¹ Anche se oggi l'attenuazione di questa rigidità potrebbe ipotizzarsi quantomeno per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea. Su alcune questioni relative a tale profilo vd. oltre nel testo.

¹² Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 febbraio 1988 (dep. 2 marzo 1988), Virga, in *Cassazione penale*, 1989, n. 307, pp. 286-287.

invero, la motivazione del diniego pare connessa esclusivamente con ragioni di competenza – del centro di servizio sociale rispetto al consolato italiano –, sebbene non sembri tenersi conto della possibilità – teorica – di una missione all'estero degli operatori sociali, difficoltosa certo per gli oneri di organizzazione e finanziari che ne deriverebbero, nonché per la necessità di un rapporto continuativo con l'affidato, ma non astrattamente irrealizzabile).

Con una decisione del 1997 il Supremo Collegio, in modo più generico e anticipatorio della posizione poi nuovamente sostenuta nel 1998, aveva stabilito che «Non è ammissibile la concessione di affidamento in prova presso un consolato italiano nel Paese estero in cui il condannato risiede, in quanto l'affidamento in prova è una misura alternativa alla detenzione e, come tale, non può svolgersi in uno Stato diverso da quello in cui la pena dovrebbe essere espiata»¹³. Viene così rilevata la sussistenza di un principio di nazionalità nell'esecuzione della pena, da ritenere d'altronde conforme all'impostazione statalistica del sistema penale.

Infine, nel 1999, in senso adesivo alle precedenti pronunce anche se in modo leggermente più articolato, i giudici di legittimità hanno affermato che «quantunque le misure alternative alla detenzione (nella specie, affidamento in prova al servizio sociale) siano applicabili sia ai cittadini italiani, sia agli stranieri, a nulla rilevando l'attualità della presenza dell'interessato al momento dell'istanza, tuttavia l'esecuzione della misura alternativa deve necessariamente svolgersi nel territorio dello Stato, in quanto i centri di servizio sociale per adulti svolgono soltanto nell'ambito territoriale di competenza la loro attività, che per sua specifica natura non rientra tra quelle funzioni statali esercitabili, in territorio estero, dagli uffici consolari italiani. (In motivazione, la S.C. ha avuto modo di precisare che è pienamente compatibile con la fruizione in Italia di beneficio penitenziario la possibilità, previa autorizzazione della competente autorità di sorveglianza, di recarsi, per contingenti e improvvisi motivi, all'estero per farvi fronte)»¹⁴. Incidentalmente, va notato come in questa sentenza non venga considerata proble-

¹³ Corte di cassazione, sez. I, ud. 29 gennaio 1997 (dep. 25 marzo 1997), n. 631, Vasta, in *Cassazione penale*, 1998, n. 1237, p. 2131. In senso conforme poi, appunto, Corte di cassazione, sez. I, ud. 6 ottobre 1998 (dep. 14 dicembre 1998), n. 4802, Antonacci, in *Cassazione penale*, 2000, n. 855, p. 1421, in cui si è evidenziato che «Non è ammissibile la concessione dell'affidamento in prova presso un paese straniero in cui il condannato risiede, in quanto si tratta di una misura alternativa alla detenzione e, come tale, non può svolgersi in una nazione diversa da quella in cui la pena dovrebbe essere espiata».

¹⁴ Corte di cassazione, sez. I, ud. 26 ottobre 1999 (dep. 30 dicembre 1999), n. 5895, Ceruti, in *Rivista penale*, 2000, pp. 516-517.

matica la possibilità di applicare agli stranieri le soluzioni extramurarie, ma questa sia normalmente ammessa (anche se il riferimento potrebbe essere inteso in modo esclusivo per gli allogeni in regola con le norme in materia migratoria).

Sulla questione dell'eseguibilità all'estero delle misure alternative si è in un certo senso pronunciata anche la Corte costituzionale con un'ordinanza del 2001, nella quale è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario, sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta con riferimento agli artt. 3, 4, 16 e 27 della Carta fondamentale, nella parte in cui non è previsto che l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione come l'affidamento in prova al servizio sociale possa essere svolta anche nel territorio di un altro Stato appartenente all'Unione europea¹⁵.

La situazione che aveva costituito l'occasione per questo intervento della Consulta era rappresentata dalla vicenda di un condannato residente in Germania, dove viveva con la famiglia e svolgeva un'attività lavorativa e che possedeva quelle condizioni soggettive sufficienti per l'ammissione al trattamento extramurario, il quale aveva fatto istanza al Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale¹⁶. I giudici nisseni avevano evidenziato come sia la giurisprudenza della Cassazione che la prassi dell'amministrazione penitenziaria escludevano la possibilità di effettuare il *probation* all'estero in quanto la competenza dei centri di servizio sociale – che sono gli unici soggetti istituzionali ammessi a svolgere le funzioni di sostegno e di controllo nell'ambito di questa misura – è tipicamente nazionale. Purtuttavia, questa soluzione esegetica, adottata anche dal Supremo Collegio, ad avviso del Tribunale di sorveglianza poneva il problema della compatibilità con alcuni principi costituzionali, problema che dunque andava affrontato.

In particolare, era stata ravvisata la violazione del terzo comma dell'art. 27 Cost., poiché, dovendo comunque tendere la pena alla rieducazione del condannato, l'ordinamento avrebbe dovuto rendere operativo sempre questo principio; dell'art. 3 Cost., perché bisognava garantire a tutti i cittadini le condizioni di parità nell'ambito lavorativo, indipendentemente dal fatto che fossero residenti o meno nel territorio dello Stato; dell'art. 4 Cost., per l'esigenza di rendere effettivo il principio costituzionale del diritto al lavoro;

¹⁵ Corte costituzionale, ordinanza 17 maggio 2001, n. 146, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, n. 2, pp. 462 e ss.

¹⁶ Va notato che la questione riguardava un cittadino italiano.

del secondo comma dell'art. 16 Cost., perché il diritto di uscire dal territorio nazionale e di rientrarvi liberamente non doveva essere di fatto vanificato dall'impossibilità di svolgimento dell'attività lavorativa all'estero. Inoltre, la prassi amministrativa contestata, nel sistema dell'integrazione europea anche nei settori della sicurezza e della giustizia, appariva antistorica.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri si era opposta a questa ricostruzione per ragioni essenzialmente formali, consistenti, intanto, nell'assenza di una norma costituzionale che consenta l'esecuzione della pena al di fuori del territorio dello Stato in cui si esercita la potestà punitiva, sostenendo, in pratica, il carattere nazionale dello *ius puniendi*; inoltre, nella necessità comunque di una regolamentazione apposita, basata su un accordo internazionale, che in realtà mancava, il quale disciplini le modalità di esecuzione della pena all'estero.

La Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sottoposta al suo giudizio evidenziando, in sostanza, che il difetto di competenza, in assenza di una normativa internazionale apposita, non concerne solo i centri di servizio sociale, ma anche il magistrato di sorveglianza e l'autorità di pubblica sicurezza, che non potrebbero esercitare i loro poteri autoritativi connessi con le funzioni di controllo durante l'esecuzione della misura alternativa. In secondo luogo, la Corte ha rilevato che, pur sussistendo degli accordi sopranazionali che permettono l'esecuzione della pena all'estero, tali normative riguardano l'ipotesi del trasferimento del detenuto all'autorità straniera e non, come nel caso prospettato, l'esecuzione nel territorio straniero di una misura penale ad opera delle autorità italiane. Né può ritenersi contrastante con alcuna norma costituzionale, ad avviso del giudice delle leggi, la limitazione dell'esecuzione delle sanzioni penali nel territorio dello Stato. La disuguaglianza che si sarebbe venuta a creare fra cittadini condannati che vivono e lavorano in Italia e cittadini condannati che vivono e lavorano all'estero, nonché l'impedimento al pieno esercizio del diritto al lavoro sono situazioni di mero fatto e non derivano dai contenuti dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario. La libertà di circolazione dell'art. 16 è stata poi ritenuta argomento non pertinente rispetto alle esigenze di limitazione della libertà personale conseguenti ad una condanna penale. In ultimo, il finalismo rieducativo della pena non è apparso violato perché ogni forma di esecuzione penale può avvenire, secondo la Consulta, solo sul territorio nazionale ed è riconoscibile, dal punto di vista giuridico, anche nei confronti di chi vive all'estero, sebbene in questo caso possa risultare di fatto di più difficile applicazione.

Sembra, però, che su quest'ultimo punto – che è quello caratterizzante la questione – la Corte abbia omissso di effettuare i necessari approfondimenti. Nell'ottica del giudice rimettente, la preminenza a livello costituzionale del principio rieducativo della sanzione penale avrebbe dovuto comportare non soltanto la stimolazione dell'attività parlamentare verso la stipula di appositi accordi a livello internazionale per rendere effettiva questa finalità, ma l'adozione di soluzioni organizzative nello *status quo* per non posporre ad aspetti tutto sommato burocratici i bisogni della persona umana. Lo scudo, che i giudici costituzionali hanno sollevato, è in fondo costituito dalla logica della sovranità nazionale e dalla necessità, quindi, che il diritto espleti le sue funzioni all'interno delle mura domestiche. Ed è proprio della correttezza di tale punto di vista che preme in questa sede dubitare.

Riprendendo la questione del trattamento degli allogeni, è stato evidenziato come l'obiettivo di promozione della risocializzazione del condannato, che il legislatore si era prefissato in generale con la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, rispetto agli stranieri in particolar modo non abbia avuto attuazione effettiva per una pluralità di ragioni, anche di carattere pratico.

In primo luogo, va considerata la frequente ignoranza della lingua italiana, che rende difficoltose le interrelazioni pure col contesto carcerario, oltre a limitare le possibilità di fruizione delle opportunità offerte dalla legislazione, in quanto appunto non se ne viene a conoscenza; questa condizione è d'altronde acuita dallo stato di clandestinità o irregolarità della gran parte dei detenuti stranieri, nonché dal fatto che una congrua percentuale di questi – stimata intorno al 33% – sono persone che usano l'Italia come punto di transito per giungere nei Paesi del centro e del nord dell'Europa.

In secondo luogo, è chiara la difficoltà di definire un percorso trattamentale adeguato alla personalità dell'allogeno, a causa della scarsa conoscenza del suo contesto di provenienza e, quindi, dei suoi bisogni e delle modalità con le quali soddisfarli. Si è, ad esempio, posto il problema di stabilire se i valori sociali ai quali deve essere improntato il trattamento dello straniero siano quelli del suo luogo di provenienza, quelli del luogo in cui si trova ad espiare la condanna o, piuttosto, dei non meglio definiti valori universali.

In terzo luogo, sussistono difficoltà di attuazione del percorso trattamentale, qualora si riesca a definirlo: sia per gli aspetti concernenti l'istruzione, visto che dalle risultanze statistiche sono pochi gli allogeni che partecipano a corsi di alfabetizzazione e professionali; sia per gli aspetti concernenti il lavoro all'esterno, dato che la gran parte degli stranieri detenuti è costituita da clandestini,

che difficilmente possono trovare un datore di lavoro, anche per la mancanza di una rete di relazioni esterne alla struttura di segregazione, e che, comunque, sono sfavoriti dalla legislazione che riconosce la precedenza, nell'assegnazione delle attività lavorative ai detenuti, a coloro che abbiano maggiore anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione, più carichi familiari, esperienze pregresse documentate e più congrue prospettive future¹⁷.

In quarto luogo, può risultare in molti casi arduo rendere effettivo il diritto di professare la propria fede religiosa.

Infine, vi è la possibilità ridotta di contatti col mondo esterno, in particolare con la famiglia, che sovente si trova nel Paese di origine del detenuto, con l'esito paradossale che sono gli stranieri collegati con la criminalità organizzata e quindi più pericolosi a possedere quelle condizioni oggettive che renderebbero possibile il trattamento extramurario¹⁸.

3. Caratteristiche generali dell'affidamento in prova al servizio sociale

L'affidamento in prova al servizio sociale può essere considerato la più importante fra le misure alternative alla detenzione poiché costituisce – o dovrebbe costituire – lo strumento tramite il quale il percorso trattamentale si rende più fattivo, eliminando lo stato di privazione della libertà personale e favorendo i contatti con l'ambiente esterno, da cui trarre le occasioni per il migliore reinserimento sociale. Già dal momento della sua introduzione nel sistema penitenziario l'istituto è stato considerato il «punto nodale» della riforma, in quanto costituisce un'alternativa al carcere di tipo integrale, a differenza della semilibertà che, secondo autorevole dottrina, può essere più correttamente qualificata come una «speciale modalità di esecuzione della pena detentiva», visto che lo stato di carcerazione permane pur se intervallato da contatti con l'ambiente esterno¹⁹.

¹⁷ Ai sensi del sesto comma dell'art. 20 della legge sull'ordinamento penitenziario, «Nell'assegnazione dei soggetti al lavoro si deve tener conto esclusivamente dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione, con l'esclusione dei detenuti e internati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-bis della presente legge».

¹⁸ Per queste riflessioni cfr. MAROTTA, *op. cit.*, pp. 49 e ss. Vd. in particolare p. 62.

¹⁹ Così F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, p. 373.

Si tratta di un rimedio comunque sottoposto ad una serie di presupposti formali e sostanziali. In via principale, vanno considerate la condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione – o, per opinione ormai diffusa, il residuo di pena del medesimo ammontare – e la prognosi positiva sul comportamento futuro del reo, nel senso sia dell'esclusione di condotte recidivanti sia della fattibilità del percorso rieducativo.

Il progetto d'intervento è il contenitore delle prescrizioni cui il condannato si sottopone e che vanno finalizzate proprio al trattamento. I servizi sociali sono il soggetto deputato a svolgere funzioni di controllo e di sostegno.

La prevalenza della finalità risocializzante di questo strumento è confermata anche dalle recenti posizioni ermeneutiche della giurisprudenza. Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato, per esempio, che «In tema di affidamento in prova al servizio sociale, ai fini della valutazione dell'esito della prova, è possibile prendere in considerazione anche comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l'esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia formulato il giudizio sul relativo esito, giacché essi, quantunque di per sé inidonei a giustificare la revoca, possono, tuttavia, costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento di quell'obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la misura stessa è preordinata»²⁰, ritenendo così la natura sostanziale del giudizio. Anche se, come è stato rilevato, al Supremo Collegio è sembrato opportuno definire alcune condizioni perché questo prolungamento del periodo di esame operi: l'eliminazione di ogni automatismo valutativo e la preferenza per un giudizio massimamente individualizzato, in cui si tenga conto, complessivamente, della condotta dell'affidato durante l'esperimento della misura, del fatto compiuto all'esaurimen-

²⁰ Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 27 febbraio 2002 (dep. 13 marzo 2002), n. 5, Martola, in *questa Rivista*, 2003, n. 3, p. 101, con nota di R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, pp. 101 e ss., che analizza la differenza fra i casi della revoca della misura e della valutazione circa l'esito della stessa. Con riferimento, in particolare, al problema affrontato dalle Sezioni unite, va rilevato come esistesse un forte contrasto interpretativo fra i giudici di legittimità. In certe sentenze il periodo di prova era considerato una fase comunque chiusa, sulla cui valutazione non poteva incidere alcuna condotta successiva al completamento del periodo di esecuzione della misura, secondo un'impostazione molto formalistica. In altre, invece, veniva privilegiato l'effettivo conseguimento del fine rieducativo del provvedimento, che doveva costituire il vero parametro di giudizio circa l'esito della misura e che appariva inevitabilmente compromesso quando l'affidato avesse tenuto, dopo l'esaurimento del *probation*, un comportamento biasimevole. La sentenza è riportata anche in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1225 e ss., con nota di R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, pp. 1230 e ss.

to di questa, della distanza temporale fra la conclusione della prova e il comportamento censurabile (per verificare così che il proposito criminoso abbia avuto un suo sviluppo già nel periodo di prova, il cui eventuale andamento positivo era in verità solo apparente), nonché della pertinenza di questo comportamento con l'oggetto e le modalità del *probation*²¹, entro il limite – formale, in modo forse compromissorio rispetto all'opposto orientamento – del giudizio sull'esito della misura.

Con riferimento al problema dell'applicabilità del rimedio anche agli allogeni clandestini o irregolari, l'affidamento in prova al servizio sociale costituisce l'ipotesi forse più controversa, certamente più importante perché qui la persona è libera di circolare nel territorio pur essendo priva del permesso di soggiorno. Secondo Santoro²², la conferma dell'applicabilità del *probation* penitenziario allo straniero si evincerebbe proprio dalla disciplina dell'art. 16, quinto comma, t.u. (che, come si vedrà ampiamente, è stato indicato da certa dottrina e da certa giurisprudenza come la ragione formale ostativa alla concessione delle misure alternative agli stranieri presenti sul territorio dello Stato in condizione di illegalità), nel senso che quest'ultimo troverebbe attuazione solo se non si è ricorso all'affidamento ai servizi: sussisterebbe cioè tra le due misure incompatibilità. Infatti, mentre la disposizione dell'art. 47 o.p. trova applicazione per pene fino a tre anni normalmente, fino a quattro nel caso di affidamento terapeutico, l'espulsione è disposta per pene anche residue non superiori ai due anni. Inoltre – ed è questo l'aspetto saliente –, condizione necessaria per disporre il provvedimento ablativo è lo stato di detenzione dello straniero, che, se affidato, non può essere considerato detenuto; quindi, nei suoi confronti non è utilizzabile il rimedio dell'art. 16 t.u.

Tuttavia, questa interpretazione potrebbe essere contraddetta evidenziando che è proprio l'esistenza dell'art. 16, quinto comma, t.u. che potrebbe costituire l'ostacolo normativo – per le ragioni che verranno appresso esaminate – della ricorribilità al *probation*²³.

²¹ TUCCI, *op. cit.*, p. 104.

²² E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, p. 28.

²³ Qualche problematica interpretativa si è posta anche con riferimento all'affidamento in prova terapeutico. È stato evidenziato il rischio di un atteggiamento discriminatorio a danno degli stranieri clandestini o irregolari, in quanto nella legge è previsto che abbiano diritto all'assistenza sanitaria nazionale tutti gli stranieri, indipendentemente dalla condizione di regolarità, nel periodo di detenzione o internamento negli istituti penitenziari, mentre l'extracomunitario clandestino o irregolare, che non sia autore di illeciti penali, ha diritto alle cure urgenti ed essenziali. Il riferimento allo stato di detenzione per essere ammessi ai vantaggi dell'assistenza sanitaria comporta che

4. La presenza degli stranieri negli istituti di pena italiani

Una delle ragioni giustificative dell'attenzione dottrinale e giurisprudenziale verso il tema della concedibilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione è costituita, come già evidenziato, dall'incremento consistente del numero di detenuti allogeni negli istituti di pena italiani²⁴.

Secondo alcune stime dell'ISTAT²⁵, nell'arco temporale compreso fra il 1990 e il 1999 l'ingresso degli stranieri in carcere è più che triplicato, a fronte di un aumento generale degli ingressi negli istituti di pena del 35%. Inoltre, in assoluto nel 1990 la quota di stranieri della popolazione detenuta costituiva il 16% del totale, nel 1999 superava il 33%; rilevazione valida anche con riferimento alle detenute, che nel 1990 rappresentavano il 17% del totale, nel 1999 il 40%. L'andamento è sostanzialmente confermato dalle analisi del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria²⁶. Secondo altre rilevazioni, nel periodo compreso fra il 1996 e il 2006 il numero degli stranieri ristretti è più che raddoppiato in termini

lo straniero in affidamento terapeutico non verrà economicamente sostenuto dallo Stato nel programma di recupero, proprio perché la sua condizione non può essere definitiva detentiva e non si ritiene possa trattarsi di situazione di urgenza. Sul punto, diffusamente, SANTORO, *op. cit.*, pp. 33 e ss., che prospetta anche delle soluzioni di forzatura interpretativa, che consentirebbero di eliminare questa diversità di trattamento.

²⁴ Esprime analoga considerazione PAVARINI, *op. cit.*, p. 210, secondo cui esiste la tendenza nei Paesi occidentali – che non appare certo una novità della società contemporanea – ad applicare la sanzione detentiva nei confronti dei soggetti marginali, soprattutto giovani tossicodipendenti ed immigrati.

²⁵ I dati sono riportati da MAROTTA, *op. cit.*, che ha attinto dalle statistiche giudiziarie penali dell'ISTAT e dai documenti del Servizio per l'informatica e la statistica del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria per il periodo 1990-2002, nonché da alcune ricerche empiriche. Come pone in evidenza l'Autrice, le informazioni riguardano soltanto soggetti adulti perché la criminalità minorile presenta peculiarità che richiederebbero un'indagine apposita. Inoltre, Ella sottolinea come nelle rilevazioni statistiche il riferimento a coloro che sono entrati e usciti dagli istituti di pena non riguardi i soggetti nella loro individualità, bensì gli avvenimenti che hanno determinato l'insorgenza del rapporto con la struttura carceraria. Di conseguenza, una stessa persona potrebbe essere conteggiata più volte perché ha commesso più fatti e, quindi, è entrata in istituto un numero maggiore di volte. Ne deriva che la cifra complessiva di persone che hanno avuto contatti con le strutture di segregazione è in realtà inferiore rispetto ai dati riportati dalle statistiche.

²⁶ MAROTTA, *op. cit.*, p. 42-43. Anche in R. MAGI, *Stranieri e pericula libertatis: la giurisprudenza, tra rispetto dei principi e ricorrenti semplificazioni*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, n. 1, p. 44, si sottolinea che la popolazione carceraria è ormai costituita per il 30% da stranieri, per lo più giovani e maschi. I dati sono confermati pure da S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *questa Rivista*, 2006, n. 1, p. 183, e da S. CIAPPI, *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere*, in *Quaderni di sociologia*, 2006, n. 1, pp. 43-44.

assoluti, passando in percentuale da più del 19% della popolazione carceraria alla data del 31 dicembre 1996 al 30% alla data del 31 marzo 2006²⁷.

Motivi di questo incremento possono essere individuati nella maggiore presenza in generale degli stranieri nel territorio nazionale, cui consegue ragionevolmente l'aumento corrispondente degli allogeni che si rendono autori di fatti penalmente rilevanti; in un più ampio controllo realizzato dalle agenzie che si occupano di ordine pubblico nei confronti di coloro che presentano evidenti elementi di diversità; nella differenziazione della risposta istituzionale alla criminalità degli stranieri rispetto a quella degli autoctoni, anche a causa della maggiore difficoltà concreta nel godimento da parte dei primi delle soluzioni procedurali extracarcerarie²⁸. Inoltre, a queste considerazioni può essere aggiunto che i reati di cui si rendono prevalentemente autori gli stranieri sono quelli che presentano maggiore impatto sociale. Nell'ordine, secondo l'indagine della Marotta: reati in materia di sostanze stupefacenti, contro il patrimonio, contro la persona (ivi compresa la violenza sessuale), di sfruttamento sessuale dei minorenni, connessi con la prostituzione, contro la pubblica amministrazione (in particolare, violenza e resistenza al pubblico ufficiale), contro la fede pubblica²⁹. Si è così sostenuto come gli immigrati siano coinvolti soprattutto nelle economie illegali con ruoli subalterni e risultino autori di delitti predatori o di forme di criminalità opportunistica³⁰.

Com'è stato opportunamente evidenziato, nell'analizzare i dati a disposizione sul *quantum* delle presenze di allogeni negli istituti di pena italiani è necessario sottolineare come dalle statistiche possa risultare la sovra-rappresentazione della criminalità degli stranieri, in ragione del fatto che esiste una tendenza – anche inconsapevole – delle agenzie di controllo a procedere con maggiore facilità nei confronti degli allogeni, pure per ragioni oggettive. In particolare, rispetto ai clandestini e agli irregolari è più consistente il pericolo di fuga, come rispetto agli stranieri privi di fissa dimora non è concretamente applicabile la misura cautelare degli arresti domiciliari. Nei confronti di tali soggetti, allora, il ricorso alla custodia preventiva in carcere non costituisce una *ultima ratio*, ma la soluzione cautelare di fatto preferibile. Molte volte, poi, queste persone non vengono condannate, con la conseguenza che il loro

²⁷ Così L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 58.

²⁸ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, p. 43.

²⁹ Cfr. MAROTTA, *op. cit.*, p. 46.

³⁰ Così PAVARINI, *op. cit.*, p. 210.

ingresso in carcere, determinato da motivazioni in fondo diverse dall'effettiva presunzione di colpevolezza, incide sulla rilevazione della quantità dei detenuti stranieri senza, tuttavia, influire sulla reale criminalità degli allogeni³¹.

A parere della Marotta, la conferma di questa tendenza potrebbe essere tratta, con le dovute cautele, dal confronto di alcuni dati forniti dall'ISTAT e dal D.A.P., secondo i quali vi sarebbe una cospicua differenza fra coloro che sono entrati in carcere nell'arco dell'anno e sono presenti alla fine dello stesso a seconda che siano italiani o stranieri; nel senso che, mentre quasi il 77% degli italiani che hanno fatto ingresso negli istituti di pena nel 2001 sono ancora presenti alla data del 31 dicembre, poco più del 58% degli stranieri è ancora detenuto alla fine dell'anno. Inoltre, mentre la percentuale dei condannati italiani in via definitiva presenti negli istituti è maggiore della percentuale degli autoctoni imputati, per gli stranieri vale il contrario. Da questi raffronti dovrebbe derivare la considerazione circa il più frequente ricorso della carcerazione preventiva a carico degli stranieri, anche qualora non sussistano effettive gravi motivazioni³².

Secondo alcuni studi, una certa discriminazione può essere rinvenuta anche nella sottoposizione degli stranieri alle misure alternative alla detenzione. Alla data del 30 giugno 2005 meno del 6% delle persone ammesse alle soluzioni trattamentali extracarcerarie erano stranieri³³. Su questo risultato ha potuto invece incidere cospicuamente la ritenuta incompatibilità fra la condizione di estraneo clandestino o irregolare e il godimento dei benefici penitenziari.

5. L'indirizzo giurisprudenziale che nega l'applicabilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione. La sentenza Calderon

Come si è già evidenziato, certa giurisprudenza ha negato la possibilità di applicare le misure alternative alla detenzione nei

³¹ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, p. 41. Una conferma di questa tendenza discriminatoria – o, quantomeno, l'esigenza di verificare se questi dati derivino davvero da una maggiore criminalità degli stranieri piuttosto che dalla selezione operata dalle agenzie di controllo – deriverebbe, secondo MAGI, *op. cit.*, p. 44, dal confronto fra la percentuale di stranieri ristretti (circa il 30% della popolazione carceraria) e la percentuale di stranieri presenti sul territorio nazionale (circa il 2% della popolazione residente).

³² Così MAROTTA, *op. cit.*, p. 44.

³³ Così PAGANO, *op. cit.*, p. 59.

confronti degli extracomunitari presenti nel territorio nazionale come clandestini o irregolari in ragione dell'incompatibilità ontologica di questa condizione con le soluzioni trattamentali extramurarie.

Così, ad esempio, la Corte di cassazione, in una sentenza del 2003, Calderon, che può essere considerata la più rappresentativa di questo filone, ha sostenuto che «L'affidamento in prova al servizio sociale e, in genere, tutte le misure alternative alla detenzione, non possano essere applicate allo straniero extracomunitario che si trovi in Italia in condizioni di clandestinità, atteso che tale condizione rende illegale la permanenza del medesimo straniero nel territorio dello Stato e non può, d'altra parte, ammettersi che l'esecuzione della pena abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile detta illegalità»³⁴. In questa decisione l'incompatibilità rilevata è di tipo oggettivo; non risente cioè delle caratteristiche individuali di pericolosità del condannato o di fattibilità – in concreto – della soluzione di deflazione carceraria, ma attiene all'incongruenza strutturale fra le disposizioni che disciplinano la presenza degli extracomunitari nel territorio dello Stato e le modalità esecutive di tali misure, che non dovranno mai comportare, come si legge nella sentenza, «la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile detta illegalità».

Secondo la Corte, infatti, «La natura sanzionatoria delle misure alternative alla detenzione, in rapporto di immediata derivazione dalla pena, di cui costituiscono una modalità esecutiva, non comporta la loro indiscriminata applicabilità, quale corollario del principio di indefettibilità della pena stessa». «La loro concessione, infatti, è subordinata alla sussistenza delle condizioni per ciascuna specificamente previste, afferenti al titolo del reato e alla durata della pena in esecuzione, nonché alla personalità del reo». «Inoltre, e soprattutto, è immanente nell'ordinamento giuridico il limite (che attiene a essenziali esigenze di coerenza ed omogeneità dell'intero

³⁴ Cfr. Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, in *Rivista penale*, 2003, pp. 697-698, e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 185 e ss. La massima è riportata anche in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 717-718, con nota di A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, pp. 718 e ss. La vicenda concreta, che aveva fornito l'occasione al Supremo Collegio per esprimere il proprio orientamento, era stata costituita dalla concessione ad una straniera clandestina della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale da parte del Tribunale di sorveglianza di Taranto, che aveva fondato la propria decisione sull'esigenza della parità di trattamento fra condannati, rispetto alla quale ordinanza il procuratore generale presso la Corte d'appello di Lecce aveva proposto impugnazione.

sistema) riferibile alla legalità estrinseca di un provvedimento giurisdizionale, cioè alla assenza di contrasto con norme imperative». «A questo limite va rapportato il principio di inderogabilità della condanna: posto che è indubbiamente *contra legem* la permanenza nello Stato di uno straniero che vi ha fatto ingresso clandestinamente, l'esecuzione della pena nei confronti dello stesso non può avvenire se non con modalità che non comportino la violazione o la elusione delle *regulae iuris* che statuiscono tale carattere di illegalità». «Pertanto, va affermato il principio che lo *status* di clandestino dello straniero, anche se non preclusivo sotto il profilo soggettivo (non implicando alcuna presunzione di pericolosità, che va, invece, accertata specificamente), è, tuttavia, oggettivamente ostativo alla applicazione di misure alternative extramurarie, per la radicale incompatibilità delle loro modalità esecutive con l'osservanza delle norme [...]» contenute nel testo unico sull'immigrazione, com'è confermato d'altronde, secondo la Cassazione, dalla previsione, nell'art. 16 t.u., dell'espulsione come unica sanzione sostitutiva delle pene detentive brevi, pur essendo astrattamente applicabili anche le altre pene sostitutive contenute nella legge di modifiche al sistema penale del 1981. «Né la conclusione qui prospettata si presta a dubbi di costituzionalità, atteso che la disparità di trattamento riservato ai cittadini e agli stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato rispetto ai clandestini trova giustificazione nella differenza delle situazioni giuridiche che ad essi fanno capo»³⁵.

Riassumendo, secondo la Cassazione:

1. il ricorso alle misure alternative è comunque contingente e dipende dalla sussistenza delle condizioni che consentono di realizzare la finalità per la quale sono state previste nel sistema dell'esecuzione penale;
2. ogni provvedimento giurisdizionale non può essere preso in contrasto con norme imperative;
3. l'applicazione delle misure alternative a clandestini e irregolari contraddice, dal punto di vista oggettivo, i contenuti del testo unico sull'immigrazione, in cui è generalmente vietata la

³⁵ Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, cit., pp. 697-698. Condivide l'impostazione dei giudici di legittimità DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., pp. 83-84, secondo il quale, come già rilevato, non è contraddittorio con l'incompatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e la fruibilità delle misure alternative il fatto che gli stranieri possano essere ammessi alla liberazione anticipata o godere dei permessi premio (sebbene in concreto si possano verificare difficoltà di attuazione), poiché si tratta di benefici che attengono all'esecuzione della pena detentiva.

permanenza dello straniero privo del permesso di soggiorno sul territorio nazionale;

4. questa esegesi non viola il principio costituzionale di eguaglianza poiché le situazioni giuridiche che fanno capo a cittadini e stranieri non possono essere collocate sullo stesso piano.

Questo orientamento è stato confermato anche con riferimento all'affidamento in prova terapeutico³⁶.

Oltre a quelle così evidenziate nella sentenza Calderon, anche altre ragioni sono state portate a sostegno della tesi che nega l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari. Una di queste riguarda l'impossibilità che si instauri un'interrelazione fra i servizi sociali, il cui ruolo è di norma essenziale nello svolgimento delle soluzioni trattamentali extramurarie, e il condannato, che comunque, alla fine del periodo di espiazione, andrà espulso³⁷.

Un'ulteriore importante motivazione è stata individuata nel quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui è prevista l'espulsione come misura alternativa alla detenzione per gli stranieri clandestini o irregolari che devono scontare una pena, anche residua, di due anni, la quale è stata ritenuta da certa dottrina e giurisprudenza l'unico beneficio penitenziario applicabile a questa categoria di allogeni³⁸. È argomento che comunque è solo implicitamente ricavabile dalla sentenza Calderon.

³⁶ Cfr. Corte di cassazione, sez. I, 26 novembre 2004, n. 46085, Hadir, mass. 230.191, riportata da D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 1282, secondo cui sussiste incompatibilità fra la condizione di clandestino (o irregolare) e il ricorso alle misure alternative a causa della illegalità della permanenza dello straniero nel territorio dello Stato – in ragione appunto della mancanza del permesso di soggiorno –, presenza che non può pertanto neppure essere autorizzata dal giudice. Sulla base di questa considerazione, la Cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze con cui era stato concesso allo straniero l'affidamento in prova terapeutico. Nella massima, riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 57, si stabilisce che «L'affidamento terapeutico previsto dall'articolo 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, così come ogni altra misura alternativa alla detenzione, non può essere applicato allo straniero che si trovi in condizione di clandestinità, per l'incompatibilità della sua posizione con misure alternative che comportino la permanenza nel territorio dello Stato, a lui vietata».

³⁷ Secondo Corte di cassazione, sez. I, ud. 5 giugno 2003 (dep. 9 luglio 2003), n. 29097, Mema, in *Rivista penale*, 2004, p. 458, le misure alternative non possono essere applicate agli extracomunitari da espellere perché manca la possibilità di instaurare quella interazione fra condannato e servizio sociale necessaria per l'efficacia di tali provvedimenti. Nella massima, la n. 225.219, riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 57, si legge: «È inammissibile per manifesta infondatezza dei presupposti di legge, ex articolo 666, comma 2, del c.p.p. la richiesta avanzata dallo straniero espulso ai sensi dell'articolo 13 del d.lgs. 286/1998, e per il quale è previsto il divieto di rientrare nel territorio dello Stato per cinque anni, di affidamento al servizio sociale e di semilibertà, non essendo possibile instaurare una interazione tra condannato e servizio sociale, presupposto su cui si basano i due istituti».

³⁸ Sulla questione v. oltre diffusamente.

6. La giurisprudenza che afferma la compatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e le misure alternative alla detenzione

Nel corso degli anni, la giurisprudenza – soprattutto di legittimità –, direttamente o incidentalmente, ha riconosciuto in alcuni casi l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche nei confronti degli stranieri condannati in via definitiva che fossero privi del permesso di soggiorno.

Ad esempio, con una decisione del 1995, la Cassazione ha affermato che «Non può essere dichiarata inammissibile *de plano* l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale del condannato extracomunitario, del quale debba essere disposta l'espulsione dal territorio dello Stato, giacché quest'ultima sospende, ma non fa cessare l'esecuzione della pena, che deve riprendere qualora il condannato vi rientri; onde la permanenza di un suo interesse a una pronuncia sulla richiesta medesima»³⁹.

Anche certa giurisprudenza di merito, per ragioni di tipo formale, consistenti nell'assenza, all'interno dell'ordinamento, di alcuna norma preclusiva dell'applicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari, ha affermato la concedibilità a questi soggetti di tali provvedimenti. Così, il Tribunale di sorveglianza di Milano, nel 2003, ha sostenuto che «La situazione di cittadino extracomunitario privo di valida autorizzazione alla permanenza sul territorio nazionale, non può essere di per sé solo valido motivo di rigetto dell'istanza di affidamento in prova al servizio sociale, qualora sussistano gli ulteriori presupposti richiesti dalle norme sull'ordinamento penitenziario. L'espiazione di pena detentiva consente infatti a tutti i detenuti condannati in Italia anche se stranieri, non risultando nella legislazione italiana alcuna deroga in questo senso, di poter usufruire degli strumenti trattamentali previsti dalla legge. Non pare di ostacolo in tal senso l'art. 22 del d.lg. 25 luglio 1992 n. 256⁴⁰ che sanziona penalmente il datore di lavoro che assume alle proprie dipendenze un cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno. Dalle circolari ministeriali sul punto si evince, infatti, che non è richiesto il permesso di soggiorno per i detenuti e gli internati stranieri avviati al lavoro in misura alternativa ai sensi dell'art. 21 ord. penit., dovendo in tali casi gli Uffici

³⁹ Così, Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 ottobre 1995 (dep. 24 ottobre 1995), n. 4752, Padilla Chaves, in *Rivista penale*, 1996, p. 646.

⁴⁰ Credo che la citazione sia errata e il riferimento invero dovrebbe riguardare il testo unico sull'immigrazione, cioè il decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286.

del lavoro territorialmente competenti rilasciare un apposito atto di avviamento al lavoro. Diversamente, infatti, ne discenderebbe che i condannati extracomunitari privi di permesso di soggiorno, pur non potendo essere espulsi, di fatto non potrebbero accedere a quelle misure alternative che fondano sullo svolgimento di attività lavorativa il loro momento qualificante»⁴¹.

Più di recente, la Corte di cassazione, con una decisione del 2005⁴², in dichiarata contraddizione con quanto sostenuto dal medesimo Supremo Collegio con la sentenza Calderon (su cui v. ancora oltre), ha ammesso la possibilità anche per lo straniero entrato illegalmente nel territorio dello Stato e destinatario di un provvedimento di espulsione, da eseguire dopo l'espiazione della pena, di vedersi applicate le misure alternative alla detenzione per il preminente valore costituzionale della finalità rieducativa della pena, di cui tali provvedimenti costituiscono estrinsecazione. In tale ambito ogni discriminazione va bandita «per la decisiva ragione che le relative disposizioni di legge sono dettate a tutela della dignità della persona umana, in sé considerata e protetta indipendentemente dalla circostanza della liceità o non della permanenza nel territorio italiano: sicché un'eventuale disparità di trattamento normativo risulterebbe indubbiamente contraria ai principi di uguaglianza e al canone della ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzio-

⁴¹ Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 15 luglio 2003, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 521.

⁴² Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, pp. 252 e ss., in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2005, n. 3, p. 191, e in www.altalex.com, con nota di M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*. La massima della sentenza è anche in *Guida al diritto*, 16 luglio 2005, n. 28, p. 91. L'intervento del Supremo Collegio era conseguito al ricorso presentato dal difensore del condannato contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sottoposizione a misura alternativa, motivata con la sussistenza, a carico del condannato, di un decreto prefettizio di espulsione, che, secondo i giudici, precludeva conseguentemente – e, si potrebbe aggiungere, necessariamente – ogni prospettiva di reinserimento sociale sul territorio nazionale. Con l'annullamento del provvedimento impugnato, la Cassazione ha evidenziato il carattere apodittico della valutazione effettuata dal Tribunale di sorveglianza circa la possibilità di recupero sociale del condannato, connessa con la mancata permanenza del soggetto sul territorio nazionale dopo l'espiazione della pena, nonché la conseguenziale svalutazione del disposto dell'art. 27, terzo comma, Cost.

Sostiene la compatibilità fra condizione di estraneità e misure alternative altresì Corte di cassazione, sez. I, ud. 18 ottobre 2005 (dep. 23 novembre 2005), n. 42234, Tafa, in *Corte Suprema di Cassazione – Massimario delle decisioni penali*, marzo 2006, cc. 22-23, mass. 232.741, ove si afferma che «Le misure alternative alla detenzione in carcere ben possono essere applicate, ove ne sussistano i presupposti, anche nei confronti dei cittadini extracomunitari presenti in territorio italiano in stato di clandestinità e per tale ragione raggiunti da decreto prefettizio di espulsione».

ne»⁴³. Né d'altronde – hanno evidenziato i giudici – sussiste alcun divieto normativo, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari.

Inoltre, essi hanno sottolineato, da un canto, l'esistenza di una consolidata prassi amministrativa con cui si riconosce questa possibilità⁴⁴, dall'altro, l'erroneità della premessa dell'insanabilità della condizione di clandestino o irregolare, nonché dell'inesistenza di alternative al trattamento intramurario del detenuto da espellere alla fine del periodo di espiazione. «Quest'ultima posizione

⁴³ Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, cit., p. 253.

⁴⁴ Sono molteplici le circolari ministeriali nelle quali si fa riferimento a questo argomento. Possono essere citate: la circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 15 marzo 1993 n. 27, in cui si prevedeva il rilascio di un apposito atto di avviamento al lavoro a prescindere dall'iscrizione nelle liste di collocamento, dal possesso del permesso di soggiorno e dall'accertamento di indisponibilità, che avesse validità limitata al tipo di attività lavorativa e al periodo indicati nel provvedimento e che non costituisse titolo per l'iscrizione nelle liste di collocamento una volta cessato il rapporto di lavoro per il quale era stato concesso. Analoga disciplina era contemplata per i minorenni stranieri ammessi al *probation* processuale per lo svolgimento delle attività lavorative inserite come contenuto del progetto d'intervento; la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 23 marzo 1993 n. 691.858, trasmessa alle questure con la circolare del Ministero dell'interno del 2 marzo 1994 n. 8, secondo cui gli stranieri privi del permesso di soggiorno, obbligati a permanere sul territorio nazionale in forza di una decisione giurisdizionale, possono svolgere attività lavorativa in alternativa alla pena detentiva sulla base di un'ordinanza del tribunale di sorveglianza o di un provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno; la nota del Ministero della giustizia del 16 marzo 1999 (prot. n. 547.899), in cui, ribadendosi l'applicabilità della disciplina contenuta nella circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 27 del 1993, si chiarisce che il permesso di soggiorno non è necessario in quanto gli stranieri sono obbligati a permanere sul territorio nazionale in ragione di un provvedimento del giudice; la circolare del Ministero della giustizia del 12 aprile 1999 (prot. n. 547.671/10), in cui si evidenzia che non è necessario il permesso di soggiorno per i detenuti e gli internati extracomunitari ammessi al lavoro all'esterno o beneficiari di una misura alternativa, attesa appunto la condizione di detenzione; la circolare del Ministero dell'interno del 2 dicembre 2000 n. 300, successiva – è bene evidenziarlo – al testo unico sull'immigrazione del 1998, ove si specifica che per gli stranieri ammessi alle misure alternative non è previsto il rilascio di un apposito permesso di soggiorno, né per motivi di giustizia o ad altro titolo, visto che, d'altronde, l'ordinanza del magistrato di sorveglianza può costituire *ex se* un'autorizzazione a permanere sul territorio nazionale; la nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale dell'11 gennaio 2001, in cui, richiamata la circolare del Ministero della giustizia del 12 aprile 1999, si conferma l'applicabilità della procedura delineata nella circolare n. 27 del 1993; la circolare del Ministero dell'interno del 4 settembre 2001 n. 300/01, secondo cui, quando la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno proviene da un extracomunitario detenuto, l'istanza va respinta perché il provvedimento giurisdizionale in forza del quale lo straniero è detenuto contiene in sé l'autorizzazione al soggiorno vanificando ogni ulteriore intervento, peraltro di natura amministrativa. Cfr. C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, nota n. 4, pp. 88 e ss. e Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, cit., p. 254.

[...]», ha evidenziato la Corte, «è certamente inaccettabile, dato che l'espiazione della pena rappresenta essa stessa il titolo che, sospendendo l'esecuzione dell'espulsione amministrativa, giustifica la presenza dello straniero nel territorio nazionale e che il provvedimento giurisdizionale che la legittima ben può determinare modalità di espiazione alternative al carcere»⁴⁵.

È chiaro che ammettere che anche lo straniero clandestino o irregolare possa fruire delle misure alternative alla detenzione non significa giustificare la presenza sul territorio nazionale oltre il periodo strettamente necessario per l'esecuzione della sanzione penale al di fuori dell'istituto di pena. Una volta che la fase espiativa si è conclusa, permanendo le condizioni che imponevano l'allontanamento dallo Stato di colui che vi aveva fatto ingresso o vi era rimasto in violazione delle norme di legge, l'espulsione va eseguita⁴⁶.

Va, però, qui per inciso evidenziato che questa decisione della Cassazione si fonda, tra l'altro, su due presupposti che, in realtà, sono considerati dubbi dai sostenitori del filone ermeneutico opposto. La Corte, intanto, fa riferimento ai casi in cui l'espulsione va eseguita dopo la pena, inoltre, ritiene l'insussistenza di norme che, esplicitamente o implicitamente, vietino la concessione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari. Secondo l'orientamento avverso, tale divieto è deducibile dal disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui l'espulsione non è prevista come rimedio da eseguire all'esaurimento del periodo espiativo, ma in sostituzione di questo (con i limiti di cui si dirà più oltre).

Anche certa giurisprudenza di merito ha contraddetto la posizione assunta dalla Suprema Corte con la sentenza Calderon. Così, con un'ordinanza del 2005, il Tribunale di sorveglianza di Sassari ha ammesso al beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale uno straniero privo del permesso di soggiorno⁴⁷. I giudici hanno

⁴⁵ Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, cit., p. 254.

⁴⁶ Esprime un'opinione analoga M. PAGGI, *Misure alternative alla detenzione. In quale maniera possono usufruirne i cittadini extracomunitari irregolari*, in www.meltingpot.org del 13 dicembre 2005, il quale auspica altresì un intervento normativo con cui si prevedano dei rimedi per consentire agli extracomunitari clandestini o irregolari, che siano ammessi ai benefici penitenziari, di coltivare la speranza di permanere, una volta scontata la pena, nel territorio italiano, quando il percorso rieducativo ha dato buon esito, quando cioè il processo di risocializzazione, con la stabilizzazione delle relazioni lavorative, affettive, abitative, può essere considerato concluso.

⁴⁷ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Sassari, ordinanza 24 febbraio 2005, in www.alef-fvg.it. La vicenda concerneva un extracomunitario, condannato a tre anni di reclusione per detenzione illecita di un'ingente quantità di hashish, rispetto al quale sussistevano tutte le condizioni per l'ammissione alla misura alternativa: il detenuto aveva compiuto

basato la loro decisione, intanto, sulla preminente finalità rieducativa, nel dettato costituzionale, della sanzione penale, di cui costituisce chiara attuazione il sistema delle misure alternative contenuto nella legge sull'ordinamento penitenziario; in secondo luogo, sulla necessità della parità di trattamento, rilevabile dal medesimo testo normativo, non certamente derogabile per motivi di razza o nazionalità. Dalla combinazione di queste disposizioni deriverebbe l'illegittimità di modalità di esecuzione della pena specifiche per determinate categorie di condannati. Laddove, infatti, nella legge sull'ordinamento penitenziario sono previsti dei regimi detentivi speciali o limitazioni particolari, questi hanno durata temporanea e sono comunque legati a situazioni di particolare gravità e pericolosità, pronti a cessare, quindi, al venir meno delle condizioni che ne avevano giustificato l'instaurazione. Nel caso, invece, dell'esclusione degli stranieri clandestini o irregolari dalla possibilità di fruire delle misure alternative per incompatibilità ontologica connessa appunto con la loro condizione, si realizzerebbe la preclusione assoluta nell'accesso ai benefici penitenziari indipendentemente dalla condotta tenuta dai condannati in fase espiativa, compromettendosi in radice la stessa finalità rieducativa della pena. Così opinando, si precluderebbe la via non soltanto alle misure alternative in senso stretto, ma anche ai permessi premio e allo svolgimento di attività lavorativa all'esterno del carcere ai sensi dell'art. 21 della legge n. 354 del 1975.

Secondo i giudici del Tribunale di sorveglianza di Sassari, non vale neppure la considerazione dell'illegittimità dell'esecuzione della pena secondo modalità che violano le regole sulla presenza degli stranieri nel territorio dello Stato – come si verificherebbe ammettendo alle sanzioni extramurarie detenuti stranieri clandestini o irregolari –, perché questo argomento prova troppo, nel senso che allora anche il trattenimento presso gli istituti di pena italiani per

positivamente il percorso rieducativo e aveva fruito con regolarità dei permessi premio; vi erano condizioni familiari e lavorative adeguate, avendo egli moglie e una figlia ed essendo titolare di una licenza per lo svolgimento di attività commerciale su aree pubbliche; non emergevano controindicazioni rilevate dai Carabinieri, né collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; non sussistevano precedenti penali ulteriori a quello per il quale il soggetto stava scontando la pena, già in gran misura espiata, né carichi pendenti. L'unico ostacolo appariva costituito dalla posizione ermeneutica della Cassazione, avanzata appunto con la sentenza Calderon, circa l'incompatibilità ontologica fra la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero e la concessione delle misure alternative alla detenzione, a causa della contraddittorietà delle norme del testo unico sull'immigrazione in materia di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale con la possibilità di libera circolazione connessa con la fruizione delle sanzioni extramurarie.

scontare la sanzione ordinaria avviene in violazione delle norme del testo unico sull'immigrazione: tutti i condannati clandestini o irregolari andrebbero allora espulsi subito! Se questa soluzione non è accoglibile, di conseguenza le regole sulle modalità di espiazione della pena detentiva vanno applicate integralmente.

I giudici hanno considerato altresì inconducibile il riferimento fatto nella sentenza Calderon all'art. 16 t.u. per sostenere il diniego della concessione dei benefici penitenziari agli stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità. Val la pena qui osservare, però, come sul punto vi sia stato un fraintendimento; nel senso che la Cassazione aveva inteso richiamare dell'art. 16 la parte relativa all'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione (i primi quattro commi), mentre il Tribunale di sorveglianza ha fatto riferimento all'espulsione come misura alternativa alla detenzione (del quinto comma). Questo organo ha evidenziato, sulla scorta della decisione della Corte costituzionale del 2004, la natura amministrativa di questa forma di espulsione che la rende del tutto diversa dalle misure alternative vere e proprie.

7. Le critiche della dottrina alla sentenza Calderon

La soluzione ermeneutica adottata con la sentenza Calderon è stata soggetta a critiche anche nell'ambito della dottrina per una pluralità di ragioni.

Intanto essa realizzerebbe disparità di trattamento nella fase dell'esecuzione penale – con connessa violazione, quindi, dell'art. 3 Cost. – fra cittadini italiani e stranieri in possesso del permesso di soggiorno da un lato, che possono, alle condizioni di legge, fruire delle misure alternative al carcere, e stranieri clandestini e irregolari dall'altro, che potrebbero al più beneficiare soltanto della liberazione anticipata e dei permessi premio. Tale esito interpretativo, d'altronde, si porrebbe in contraddizione non solo col precetto costituzionale dell'eguaglianza, ma altresì col disposto del secondo comma dell'art. 1 della legge sull'ordinamento penitenziario, secondo il quale «Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose». Ne conseguirebbe, poi, in certi casi, un'inaccettabile aporia applicativa qualora alla commissione del reato concorressero più persone, fra le quali solo una straniera clandestina o irregolare e, per questa sua condizione, impossibilitata a fruire delle soluzioni trattamentali ex-

tramurarie per ipotesi concesse agli altri concorrenti nel medesimo fatto⁴⁸. Si verrebbe a creare il c.d. doppio binario penitenziario, ispirato, come rilevato da certa dottrina, da ragioni di tipo contenitivo e di difesa sociale⁴⁹.

Inoltre, va altresì preso in considerazione il principio del finalismo rieducativo della pena del terzo comma dell'art. 27 Cost., che non può subire eccezioni, di cui appaiono strumento fondamentale proprio le misure alternative alla detenzione e che verrebbe compromesso irrimediabilmente tramite l'accoglimento della tesi sostenuta dalla Cassazione nella sentenza Calderon⁵⁰.

Come ulteriore argomento a sostegno della tesi della concedibilità ai clandestini e agli irregolari delle misure alternative si è evidenziata, come già rilevato, l'esistenza di una consolidata prassi amministrativa che riconosce anche ai clandestini e agli irregolari la fruibilità dei benefici penitenziari⁵¹.

Contro la decisione della Suprema Corte è stato evidenziato poi come l'affermazione di principio dei giudici di legittimità sia viziata dal punto di vista logico perché sembra ipotizzare che la condizione del detenuto *in vinculis* sia di extraterritorialità⁵². Se, cioè, il motivo ostativo alla concessione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari è la contraddizione con le regole sulla presenza degli allogeni sul suolo nazionale, questa violazione si realizza anche quando la protrazione del loro soggiorno avviene negli istituti di pena, che non possono essere considerati come luoghi in cui la legge dello Stato subisce una sorta di sospensione dell'efficacia. Quindi, per un'esigenza di coerenza sistematica, o i clandestini e gli irregolari non possono mai permanere in Italia – e, quindi, nei loro confronti non può essere applicata alcuna sanzione reclusiva, che andrebbe in ipotesi svolta nel Paese di origine del

⁴⁸ In tal senso, vd. ROIATI, *op. cit.*, p. 719. In modo critico rispetto alla sentenza Calderon cfr. anche RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 87 e ss., e SANTORO, *op. cit.*, pp. 23 e ss.

⁴⁹ Così CIAPPI, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰ Così G. LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Il corriere del merito*, 2006, n. 6, p. 780.

⁵¹ In tal senso anche RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., p. 88. Come rileva SANTORO, *op. cit.*, p. 30, se il legislatore avesse voluto escludere l'applicazione delle misure alternative nei confronti degli extracomunitari illegalmente presenti sul territorio dello Stato, lo avrebbe fatto espressamente, visto che esisteva una prassi amministrativa consolidata che ammetteva questa possibilità e di cui sarebbe stato irragionevole non tenere conto nell'effettuazione delle scelte di normazione.

⁵² L'obiezione è stata recepita, ad esempio, nell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari, 24 febbraio 2005, cit.

migrante – oppure, se possono scontare la pena in carcere, possono altresì fruire delle soluzioni espiative extramurarie. Questa dottrina, evidenziando che intendimento della Cassazione non poteva certo essere quello di escludere *in toto* l'applicazione della sanzione detentiva nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari, ritiene, da un canto, che il Supremo Collegio abbia voluto affermare la diversità estrema fra l'espiazione della pena in carcere e la sottoposizione alle misure alternative alla detenzione e, d'altro canto, che solo in quest'ultimo caso, ad avviso dei giudici, si porrebbe il problema dell'assenza del titolo che permette all'extracomunitario di rimanere nel territorio nazionale. Secondo l'Autore, però, si tratterebbe di una differenziazione inaccettabile, poiché in entrambi i casi il titolo che legittima la permanenza dello straniero nel territorio nazionale – e che anzi la rende obbligatoria – è il regime di esecuzione penale, di cui al più, con il ricorso alle sanzioni alternative, possono variare le modalità esplicative⁵³.

Credo, però, sia incontestabile che la questione non concerna tanto la “presenza” dello straniero nel territorio nazionale, quanto la “libertà di circolazione” dello stesso: anche il clandestino o l'irregolare in attesa dell'esecuzione del provvedimento d'espulsione è legittimato a rimanere in Italia nelle more del procedimento, normalmente ristretto nei centri di permanenza temporanea ed assistenza.

In senso critico verso la decisione Calderon, è stato altresì sottolineato il paradosso derivante dal diniego delle misure alternative nei confronti di quei soggetti, che, pur essendo clandestini o irregolari, non sono sottoponibili ad espulsione perché rientranti nelle categorie protette dell'art. 19 t.u. Rispetto a costoro, le istanze di protezione della sovranità nazionale tramite l'allontanamento degli allogeni non legalmente presenti vengono subordinate a

⁵³ In tal senso SANTORO, *op. cit.*, pp. 25-26. L'Autore sottolinea il riferimento improprio effettuato dalla Corte alla condizione di “clandestinità”, che letteralmente implicherebbe la non conoscenza dello straniero da parte delle autorità: clandestino è colui che è nascosto. Anche qualora si ignorino le esatte generalità della persona, tuttavia, come evidenzia l'Autore, lo straniero è stato identificato quantomeno con la rilevazione delle impronte digitali, tanto che nei suoi confronti è stato celebrato un processo; per questo sarebbe stato più opportuno riferirsi alla condizione di irregolarità.

Pare qui d'uopo precisare come normalmente i termini “clandestino” e “irregolare” siano utilizzati da sinonimi, malgrado tecnicamente possa essere qualificato clandestino colui che entra nel territorio dello Stato in violazione delle norme di legge, mentre è irregolare colui che ha fatto ingresso rispettando le prescrizioni, ma poi, per diversi motivi, ha perso il titolo che legittimava la sua presenza sul suolo nazionale. Sembra allora che la Cassazione, con l'uso del termine “clandestinità”, abbia inteso riferirsi ad ogni situazione in cui lo straniero è presente sul territorio dello Stato in violazione delle norme di legge, senza che a ciò vada attribuita enfasi eccessiva.

ragioni prevalentemente umanitarie, senza che però si possano utilizzare rimedi ordinari come le alternative al carcere⁵⁴.

D'altronde, parte della dottrina⁵⁵, nel criticare l'affermazione della Corte secondo cui la violazione del principio di eguaglianza non si avrebbe a causa della diversità fattuale e giuridica delle condizioni di straniero regolare e di straniero clandestino o irregolare, ritiene che la questione vada affrontata a livello legislativo, piuttosto che giurisprudenziale, dimostrando, però, così che esiste un difetto di coordinamento fra le norme in materia di immigrazione e le norme in materia di misure alternative, rispetto al quale, in assenza di un intervento del legislatore per colmare la lacuna, ciò che rileva è la congruità degli argomenti portati a sostegno di ciascuna tesi interpretativa. E, in confronto a questa necessità, credo sia ineccepibile che sussista una certa differenza fra chi si trova legalmente nel nostro territorio e chi non abbia adempiuto alle prescrizioni di legge.

Con riferimento al rapporto fra principio di eguaglianza e condizione di estraneità, che costituisce problematica di tipo generale, in precedenza era stata lamentata dalla giurisprudenza l'incostituzionalità dell'istituto dell'espulsione a richiesta di parte⁵⁶, perché contrastante, fra l'altro, appunto con l'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento con il cittadino, che non poteva fruire di

⁵⁴ Così SANTORO, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁵ Vd. ROIATI, *op. cit.*, pp. 719-720.

⁵⁶ In argomento, A. FRANCESCHETTI, *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, 2001, n. 4, pp. 263 e ss.; B. GIORDANO, D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 – *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *Legislazione penale*, 1993, pp. 677 e ss.; A. GUIDO, *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Rivista penale*, 1996, pp. 608 e ss. Mi si permetta altresì il rinvio al mio *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in *questa Rivista*, 2002, n. 3, pp. 21 e ss.

Il rimedio dell'espulsione a richiesta dello straniero era stato ideato in un periodo di emergenza carceraria per ragioni di sovraffollamento, da ridurre attraverso l'allontanamento dal territorio dello Stato di tutti quei detenuti privi della cittadinanza, autori di illeciti di non particolare gravità e interessati al ritorno in patria piuttosto che alla prosecuzione del trattamento carcerario. Il Governo, con il decreto legge n. 187 del 14 giugno 1993, intitolato *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, convertito nella legge 12 agosto 1993, n. 296, introdusse appunto l'espulsione a richiesta dello straniero detenuto o in stato di custodia cautelare. Il requisito della richiesta, come evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, p. 1476, era volto «ad armonizzare la condizione dello straniero ai valori costituzionali cui il legislatore deve riferirsi nel prevedere una misura pur sempre incidente sulla libertà personale, cioè su un diritto inviolabile dell'uomo». La sentenza è anche in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 e ss. Per una critica della sentenza, P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2381 e ss.

questa possibilità; essa, infatti, andava ritenuta rimedio comunque vantaggioso, sia perché alternativo alla permanenza in carcere, sia perché rendeva più difficoltosa l'esecuzione dell'eventuale sentenza definitiva di condanna a causa della farraginosità e dell'incertezza sugli esiti della procedura di estradizione.

Nell'analizzare la questione va evidenziato, però, da un canto, come non sia dimostrato che l'espulsione preferita ad una misura privativa della libertà personale non grave sia necessariamente soluzione di maggior favore, soprattutto se si considera il divieto di reingresso nel territorio dello Stato che ne consegue, dall'altro, come sia interdetto il ricorso al rimedio ablativo nei confronti del cittadino in virtù del diritto costituzionale di reingresso sul suolo nazionale⁵⁷, del rapporto ontologico del cittadino con lo Stato; in questo caso parlare di violazione del principio di eguaglianza è considerazione puramente formale per le diversità tra straniero ed autoctono che impediscono un giudizio di concreta comparabilità⁵⁸; pertanto, applicare l'espulsione, ove possibile, allo straniero può assumere il significato di dare corso all'*extrema ratio* del diritto penale, sempre che l'obiettivo di tutela delle norme penali si ritenga così sufficientemente garantito⁵⁹.

8. L'espulsione come misura alternativa alla detenzione

Le problematiche interpretative connesse con il riconoscimento agli stranieri della possibilità di fruire delle soluzioni di trattamento extramurario sono state acuite dalla previsione, all'interno del testo unico sull'immigrazione, di una disposizione concernente l'espulsione come misura, appunto, alternativa alla detenzione in carcere. Da questa espressa statuizione deriverebbe *a contrario* – secondo un'interpretazione forse legata al pregiudizio dell'inconciliabilità delle sanzioni alternative con la condizione di estraneità – l'esclusività dell'espulsione come misura alternativa applicabile agli stranieri clandestini o irregolari.

⁵⁷ All'art. 16, comma 2°, Cost. si statuisce, infatti, che «Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge».

⁵⁸ In tal senso, Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, cit., pp. 1474-1475.

⁵⁹ È comunque innegabile che l'istituto dell'espulsione a richiesta di parte presentasse un'incongruenza di fondo ed avvalorasse la tesi della disattenzione verso i principi generali, a vantaggio della salvaguardia di ragioni organizzative contingenti, non paragonabili alle esigenze giustificatrici di interventi sulle libertà fondamentali dell'individuo.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 16 del decreto legislativo n. 286 del 1998, come modificato con la legge n. 189 del 2002, c.d. Bossi-Fini, «5. Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguarda uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico»⁶⁰.

Le condizioni necessarie perché questa forma di espulsione possa essere disposta sono, quindi, positive e negative.

Costituiscono condizioni positive:

- la qualificazione della persona come straniero, ai sensi del-

⁶⁰ A norma del sesto comma dell'art. 16 t.u. «6. Competente a disporre l'espulsione di cui al comma 5 è il magistrato di sorveglianza, che decide con decreto motivato, senza formalità, acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero. Il decreto di espulsione è comunicato allo straniero che, entro il termine di dieci giorni, può proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Il tribunale decide nel termine di venti giorni». Secondo il settimo comma dello stesso articolo, «7. L'esecuzione del decreto di espulsione di cui al comma 6 è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica». Ai sensi dell'ottavo comma, «8. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena». Infine, nel nono comma è stabilito che «9. L'espulsione a titolo di sanzione [...] alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19», cioè alle ipotesi di divieto di espulsione dello straniero intanto verso uno Stato in cui questi possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, inoltre verso uno Stato in cui possa rischiare di essere rinvio in un altro Paese nel quale non sia protetto da queste forme di persecuzione. Ulteriormente, al di là dei casi di competenza ministeriale del primo comma dell'art. 13 t.u., l'espulsione non è consentita, salvo alcune eccezioni, nei confronti dei minorenni, dei titolari della carta di soggiorno, degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana, delle donne in stato di gravidanza o madri di prole di età non superiore a sei mesi cui provvedono direttamente, nonché, a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 27 luglio 2000 n. 376, del marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Per alcuni commenti, cfr. A. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, in www.diritto.it del 25 settembre 2002; M. NIRO, *L'espulsione come "sanzione alternativa alla detenzione": note critiche*, in www.diritto.it del 27 marzo 2003.

l'art. 1 t.u., nel cui secondo comma viene impedita l'applicabilità della normativa contenuta nel testo unico ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo che si tratti di disposizioni più favorevoli. Sulla scorta di questa norma, anche se con riferimento all'espulsione come sanzione sostitutiva – ma l'affermazione di principio può considerarsi estensibile anche al caso che ci riguarda –, la Cassazione ha escluso che il rimedio del primo comma dell'art. 16 t.u. potesse trovare applicazione nei confronti di un cittadino comunitario⁶¹;

- l'avvenuta identificazione dello straniero, senza la quale la misura non sarebbe eseguibile;

- lo stato di detenzione dello straniero, requisito rispetto al quale si è posto qualche problema interpretativo concernente la latitudine del significato del termine, se inclusivo o meno, cioè, delle ipotesi di detenzione diverse dall'espiazione della pena definitiva in carcere⁶²;

⁶¹ Nella specie, la questione concerneva il ricorso presentato da un cittadino francese contro il provvedimento del magistrato di sorveglianza con cui la richiesta di espulsione inoltrata dal condannato era stata dichiarata inammissibile. In adesione a quanto affermato, il ricorso è stato rigettato dal Supremo Collegio. Corte di cassazione, sez. I, 22-30 settembre 2004 n. 38656, Romcevic, in *Guida al diritto*, 6 novembre 2004, n. 43, p. 66. Il problema, però, credo sia stabilire se l'espulsione possa essere considerata rimedio più favorevole rispetto alla soluzione espiativa ordinaria. Nel qual caso opererebbe la deroga contenuta nel secondo comma dell'art. 1 t.u.

⁶² Secondo la Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500 – su cui, più diffusamente, vd. oltre –, non assumono lo stato di detenuto in senso stretto né lo straniero condannato in via definitiva che si trovi in stato di libertà, rispetto al quale il pubblico ministero deve sospendere l'esecuzione della pena detentiva qualora versi nella situazione prevista nel quinto comma dell'art. 656 c.p.p., né lo straniero condannato in via definitiva che stia scontando la pena in regime extramurario. Rispetto a tali categorie, ad avviso delle Sezioni unite, non potrebbe trovare applicazione il quinto comma dell'art. 16 t.u. poiché la *ratio* di questa disposizione è di deflazione carceraria, esigenza che nel caso di trattamento in libertà non sussiste.

Con riferimento specifico alla detenzione domiciliare aveva espresso un'opinione analoga già il Tribunale di Sassari prima con un'ordinanza del 27 febbraio (o marzo) 2003, in www.diritto.it, poi con un'ordinanza del 26 aprile 2004, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 181 e ss., i cui contenuti possono essere accorpati per la sostanziale sovrapponibilità. Secondo il Collegio, allo straniero, anche se clandestino o irregolare, che sia stato ammesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare, non è applicabile il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. perché ne difetta una delle condizioni: proprio lo stato di detenzione. Le ragioni indicate dai magistrati a sostegno della loro opzione ermeneutica sono molteplici.

In primo luogo, essi rilevano come la detenzione domiciliare sia stata collocata, nella legge sull'ordinamento penitenziario, fra le misure alternative alla detenzione in carcere, quindi fra quei provvedimenti che sono stati previsti per rendere effettiva la finalità di risocializzazione della pena, tanto da prevedersi prescrizioni limitative della libertà sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento dei

- la condizione di espellibilità dello straniero, il fatto cioè che questi si trovi in una situazione che, all'esito del periodo di pena,

servizi sociali nell'ottica comunque del recupero. Da questo punto di vista, allora, secondo i giudici, risulta influente nella definizione della natura dell'istituto che la detenzione domiciliare sia stata introdotta nel 1986 come ipotesi speculare, riferita alla fase esecutiva, degli arresti domiciliari, che erano stati inseriti nel codice di rito con una novella di poco precedente e che erano assimilati allo stato di carcerazione preventiva negli effetti penali, in ragione proprio della prevalenza da riconoscere alla funzione rieducativa delle misure esplicative extramurarie, accentuata d'altronde con l'ulteriore riforma realizzata con la legge Simeone-Saraceni, che ha ampliato le possibilità di ricorrere alla detenzione domiciliare: in questa logica va inquadrata la previsione che consente di fruire della detenzione domiciliare non solo ai "soggetti deboli", ma anche a tutti coloro che debbano scontare una pena non superiore a due anni, purché non sussista il pericolo di recidiva, al fine di agevolare gradatamente il passaggio verso lo stato di piena libertà. La detenzione domiciliare, infatti, non può essere considerata semplicemente una mera modalità di esecuzione della pena, diversa dalla carcerazione solo per il *locus custodiae*.

In secondo luogo, per espressa previsione normativa, la persona in stato di detenzione domiciliare non è sottoposta al regime previsto nella legge sull'ordinamento penitenziario, tanto che, da un canto, gli oneri di mantenimento sono a carico del condannato, dall'altro, laddove il legislatore abbia voluto effettuare delle equiparazioni col regime carcerario vero e proprio, lo ha fatto espressamente, come in materia di liberazione anticipata e di configurabilità del delitto di evasione.

In terzo luogo, assume importanza il dato letterale del quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui il riferimento al "detenuto" anziché al "condannato" – opzione che il legislatore avrebbe ben potuto preferire, se avesse voluto rendere massima l'applicazione della misura lì contemplata – rende certamente inapplicabile l'espulsione della persona affidata in prova al servizio sociale, rispetto alla quale non si può parlare di stato di detenzione, e, di conseguenza, rende opportuna l'analoga esegesi con riferimento alla detenzione domiciliare, che presenta la stessa finalità risocializzante del *probation* penitenziario. Dal punto di vista formale, inoltre, sarebbe scorretto, in assenza di una previsione espressa, estendere l'operatività del quinto comma dell'art. 16 t.u. anche ai detenuti domiciliari.

In quarto luogo, l'espulsione della persona sottoposta a detenzione domiciliare non serve neppure per ridurre il sovraffollamento degli istituti di pena, quindi apparirebbe contraddittoria rispetto alla funzione che all'istituto del quinto comma dell'art. 16 t.u. il legislatore ha voluto assegnare.

Infine, potrebbero ravvisarsi dei profili di illegittimità costituzionale qualora l'espulsione fosse realizzata nei confronti di chi ha intrapreso positivamente il percorso di recupero dalla devianza, come è dimostrato dall'attuazione e dalla protrazione dello stato di detenzione domiciliare. Le scelte di normazione, infatti, devono essere sorrette sempre da criteri logici e razionali ed è certamente corretto, secondo i giudici, individuare delle regole che disciplinino la presenza degli stranieri nel territorio dello Stato per ragioni di ordine pubblico e sicurezza, la cui violazione possa essere sanzionata con l'espulsione. Poiché, però, questa misura incide sul diritto fondamentale della libertà personale, il suo esercizio deve soccombere qualora contraddica un interesse prevalente – l'assolvimento della funzione rieducativa della pena –, come avverrebbe qualora essa colpisse soggetti che proprio con la sottoposizione alla detenzione domiciliare sono stati ritenuti non pericolosi e inseriti positivamente in un percorso di recupero.

Anche la Cassazione ha manifestato un orientamento analogo. Cfr. Corte di cassazione, sez. I, 12 dicembre 2003 – 9 gennaio 2004, n. 518, Reda, in *C.E.D. Cass.*, n. 226.677, citata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, p. 150, con cui il Supremo Collegio,

ne avrebbe comunque comportato l'allontanamento dal territorio dello Stato⁶³;

- una condanna o un residuo di pena da scontare non superiore a due anni.

Costituisce condizione negativa, cioè ostativa del ricorso all'espulsione, l'aver subito una condanna per i fatti gravi contemplati nel secondo comma, lettera *a*), dell'art. 407 c.p.p. o per reati connessi con l'immigrazione previsti nel testo unico n. 286 del 1998.

Dalla sussistenza delle condizioni di legge deriverebbe l'automatica applicazione della misura espulsiva.

Circa la *ratio* della misura, va evidenziato come si tratti di uno strumento di deflazione carceraria da utilizzare nei confronti di soggetti verso cui lo Stato non percepisce obblighi di risocializzazione. Ciò si evince dall'obbligatorietà dell'espulsione, che, ai sensi del quinto comma dell'art. 16, è disposta in presenza delle condi-

«partendo dalla premessa che l'espulsione prevista dall'art. 16 cit. costituisce una misura alternativa prevista allo scopo di ridurre la popolazione carceraria, ha ritenuto la stessa inapplicabile a soggetti i quali già si trovino ad espiare la pena con altre misure alternative quale ad esempio la detenzione domiciliare», confermando l'impostazione data dal Tribunale di sorveglianza di Sassari.

A queste opinioni può, però, essere obiettato, da un canto, che la tesi dell'inapplicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari potrebbe implicare l'insussistenza in concreto di questi casi, nel senso che anche lo straniero condannato in via definitiva che si trova in libertà andrebbe espulso piuttosto che beneficiare della sospensione della pena e non dovrebbe mai fruire delle misure alternative e quindi non dovrebbe trovarsi in regime extramurario (il problema potrebbe aversi solo per gli aspetti di diritto transitorio al momento dell'emanazione del nuovo art. 16 t.u.; ma in ogni caso le valutazioni concernenti questo particolare contesto non possono essere generalizzate); d'altro canto, che l'esigenza di deflazione carceraria può essere intesa non solo nel senso – certamente più rilevante – della riduzione del sovraffollamento degli istituti di pena, ma anche come liberazione delle risorse (economiche e organizzative) che vengono certamente impiegate qualora si ricorra ad una misura alternativa al carcere. Quindi, con l'espulsione dello straniero si realizzerebbe questo risparmio, pure nel caso di detenzione domiciliare, in ragione della necessità che comunque vengano effettuati i controlli di adempimento delle prescrizioni.

⁶³ Secondo la giurisprudenza di legittimità, nel caso in cui la condizione di irregolarità derivi dalla scadenza del permesso di soggiorno, la relativa richiesta di rinnovo giustifica la permanenza di questi sul territorio dello Stato ed osta, quindi, all'applicazione dell'espulsione come misura alternativa, visto che non ci si trova nelle situazioni indicate nel secondo comma dell'art. 13 t.u. Certa giurisprudenza di merito, invece, aveva ritenuto irrilevante la pendenza del procedimento amministrativo relativo al rinnovo del permesso di soggiorno al fine di impedire l'esecuzione del provvedimento ablativo ai sensi del quinto comma dell'art. 16 t.u., in ragione dell'assenza di una previsione formale in tal senso. Cfr. Corte di cassazione, sez. I, ud. 7 maggio 2004 (dep. 15 luglio 2004), H. A., in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 10, p. 1218.

zioni previste nella norma, nonché dall'individuazione dell'organo competente (il magistrato di sorveglianza⁶⁴) e dal procedimento decisorio (*de plano* e senza formalità), connotato dalla verifica della mera fattibilità dell'espulsione (il magistrato di sorveglianza decide «acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero»).

Ampie discussioni vertono sulla natura dell'istituto: se effettiva misura alternativa alla detenzione oppure no.

Ragioni contrarie possono essere considerate:

- il dato lessicale della rubrica dell'art. 16 e dell'ultimo comma della stessa disposizione, ove ci si riferisce all'espulsione come "sanzione" alternativa;

- l'obbligatorietà del provvedimento in presenza dei presupposti di legge, senza alcuna ponderazione delle caratteristiche individuali del destinatario. Con riferimento all'oggetto principale di questo lavoro, questa obbligatorietà, invero, in astratto, sembra contraddittoria rispetto alla possibilità di ammettere gli stranieri clandestini o irregolari ai benefici penitenziari, in concreto, renderebbe inutile l'intrapresa del percorso rieducativo tramite la predisposizione di misure alternative al carcere, che costituiscono comunque un onere in termini organizzativi, visto che, al realizzarsi dei presupposti applicativi dell'espulsione, questa andrà eseguita;

- la protrazione dello stato di detenzione fino all'acquisizione dei documenti di viaggio.

Ragioni favorevoli al riconoscimento della natura di misura alternativa all'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. possono essere considerate:

- l'irrilevanza, dopo tutto, del dato lessicale, anche in considerazione che l'uso del termine "sanzione" può essere legato all'accostamento effettuato nell'ambito della disposizione con la sanzione appunto sostitutiva della detenzione fino a due anni;

- l'estinzione della pena, prevista nell'ottavo comma, come effetto del decorso di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione senza

⁶⁴ Come evidenziato dalla Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, cit., in materia di applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari, «Resta, per contro, radicalmente estraneo al perimetro delle valutazioni contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa e alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento, quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'art. 16, comma 5 e segg., d. lgs. n. 286 del 1998».

che lo straniero sia rientrato illegalmente nel territorio dello Stato. L'esito estintivo appare cioè connesso con la buona condotta del soggetto costituita dal non essere rientrato in Italia in violazione delle norme di legge e ciò può essere ritenuto come il contenuto di una sorta di percorso riabilitativo, secondo la connotazione rieducativa delle misure alternative⁶⁵.

Secondo un'opinione, l'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. costituirebbe una terza tipologia di misura alternativa, diversa cioè sia dall'affidamento in prova al servizio sociale sia dalla semilibertà, in quanto, a differenza delle soluzioni extramurarie contemplate nell'ordinamento penitenziario, che presuppongono comunque l'espiazione della pena, anche se con modalità appunto alternative alla segregazione in istituto, l'espulsione elide ogni contatto col sistema carcerario, né è funzionale all'intrapresa o alla prosecuzione del percorso riabilitativo. Si tratterebbe di una sorta di condono speciale per lo straniero o di una sospensione della pena con un esito favorevole costituito dalla decarcerizzazione ed uno sfavorevole costituito dall'allontanamento dal territorio dello Stato, peraltro non rinunziabile, diversamente dalle misure alternative ordinarie⁶⁶.

Riprendendo la problematica che costituisce l'oggetto principale di questo lavoro, ad avviso di certa dottrina, non può essere considerato un argomento che porta all'esclusione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli extracomunitari clandestini o irregolari la presenza, nel testo unico sull'immigrazione, dell'art. 16, da considerare la fonte dell'unica sanzione extramuraria applicabile agli stranieri. La previsione espressa di questo strumento, in mancanza di ogni altro riferimento alle misure alternative alla detenzione, non significa, infatti, necessariamente unicità del rimedio, anche perché – secondo questa dottrina – una tale esegesi si porrebbe in contrasto col divieto di analogia *in malam partem*, che costituisce un generale principio garantistico⁶⁷. Secondo altra dottrina, infatti, la prospettiva, evidenziata anche dalla Cas-

⁶⁵ Vi è chi ritiene che la misura del quinto comma dell'art. 16 t.u. costituisca una causa di sospensione dell'esecuzione della pena, anche in ragione del disposto dell'ottavo comma della disposizione sull'estinzione della pena. In tal senso Niro, *op. cit.* Va, però, evidenziato come anche per le altre misure alternative alla detenzione è possibile riferirsi ad una sorta di sospensione della pena condizionata; cosicché tale effetto non costituirebbe un tratto caratterizzante del provvedimento espulsivo ex art. 16, quinto comma, t.u.

⁶⁶ Cfr. M. PAVONE, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in www.altalex.com dell'11 ottobre 2004.

⁶⁷ Così, ROIATI, *op. cit.*, p. 719.

sazione nella sentenza Calderon, non è argomentata e avrebbe un senso solo qualora si ritenesse che, se il legislatore avesse voluto ammettere l'applicazione delle misure alternative, avrebbe aperto il disposto dell'art. 16 con una clausola di salvaguardia. In difetto, per pervenirsi alla soluzione esegetica del Supremo Collegio dovrebbe operare il principio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Malgrado questo aspetto formale, però, secondo l'Autore, la scelta interpretativa effettuata dalla Corte non è comunque condivisibile per ragioni funzionali e strutturali e l'espulsione non può essere inquadrata fra le misure alternative vere e proprie, ma costituisce «una nuova forma di pena sostitutiva della detenzione in carcere, da applicarsi in sede esecutiva». Dal punto di vista funzionale, è evidente come l'allontanamento coattivo dal territorio – e quindi dal tessuto sociale nel quale il reinserimento dovrebbe realizzarsi – non possa espletare quella finalità rieducativa che è il tratto tipico delle misure alternative alla detenzione; dal punto di vista strutturale, l'obbligatorietà del provvedimento ablativo in presenza dei presupposti di legge contrasta con la necessaria discrezionalità delle soluzioni di trattamento extracarcerario dovuta all'esigenza di un giudizio prognostico positivo sulle possibilità di recupero del condannato. D'altronde, anche il mancato inserimento della clausola di salvaguardia può essere inteso non come negazione della utilizzabilità delle misure alternative, bensì come tacito rinvio alla disciplina generale in materia⁶⁸.

Ad adiuvandum, va considerato come nell'art. 16 sia prevista l'espulsione tanto come sanzione alternativa quanto come sanzione sostitutiva della detenzione; e va altresì rilevato come la Cassazione, con la sentenza Calderon, abbia individuato fra le ragioni ostative al riconoscimento dei benefici penitenziari agli allogeni clandestini o irregolari – in verità impropriamente, poiché la questione concerneva l'applicazione agli stranieri delle alternative in senso tecnico all'espiazione intramuraria – la previsione appunto dell'art. 16, in cui sarebbe contemplata l'unica sanzione sostitutiva fruibile dagli extracomunitari illegalmente presenti sul territorio nazionale, precludendosi la via agli altri rimedi previsti nella legge di modifiche del sistema penale del 1981. Anche qualora questa affermazione fosse stata fondata – e non lo è, ripetiamo, perché la problematica atteneva alle misure alternative nella fase esecutiva e non in quella cognitiva del procedimento –, l'osservazione non sarebbe stata comunque conducente agli esiti ermeneutici fatti pro-

⁶⁸ Così, RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 91-92.

pri dai giudici di legittimità, poiché – come è stato efficacemente notato – la sanzione sostitutiva dell'espulsione, del primo comma dell'art. 16, non costituisce un rimedio cogente, nel senso che trova applicazione in presenza delle condizioni di legge e sempre che non sussistano gli estremi per la sospensione condizionale del processo e comunque in modo facoltativo. Quindi, se in questo ambito relativo al giudizio di cognizione sostanzialmente si ammette la legittimità della permanenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio dello Stato, non si comprende perché lo stesso appaia inconcepibile in fase esecutiva⁶⁹.

Una conferma dell'inesattezza della tesi della Cassazione si evincerebbe, secondo certa dottrina, nel meccanismo sospensivo dell'esecuzione penale, previsto nell'art. 656 c.p.p., per il quale non è prevista alcuna deroga qualora il condannato sia uno straniero da espellere, che non potrebbe fruire così di alcuna misura alternativa. Non avrebbe senso, invero, che il pubblico ministero emetta un ordine di sospensione della pena che sia di fatto inconducente allo scopo⁷⁰. Tuttavia, può essere rilevato come il problema che la Suprema Corte ha cercato di risolvere concerne proprio l'esistenza di una lacuna normativa, da affrontare ovviamente in via interpretativa. Secondo i giudici di legittimità, allora, in assenza di disposizioni espresse nella materia, è da rilevare l'incompatibilità appunto ontologica – e non meramente formale – fra la condizione di straniero clandestino o irregolare e le alternative al carcere. La risoluzione della questione impone cioè una scelta di valore.

Se, poi, l'espulsione fosse davvero l'unica misura alternativa applicabile a clandestini e irregolari, coloro che fossero condannati ad una pena inferiore ai due anni, ma non fossero espellibili, si vedrebbero precluso il percorso trattamentale senza essersi resi colpevoli di fatti di particolare insidiosità, frustrandosi, da un lato, l'obiettivo costituzionale della risocializzazione, dall'altro, la stessa finalità di deflazione carceraria dell'istituto dell'espulsione. E quest'ultima medesima considerazione varrebbe anche per coloro che non fossero immediatamente espellibili per la commissione di un fatto punito in concreto con più di due anni di reclusione⁷¹. Salvo ritenere – penso, irragionevolmente – che il difetto della condizione di espellibilità consenta l'applicazione della disciplina generale.

L'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. potrebbe essere

⁶⁹ Così SANTORO, *op. cit.* p. 27.

⁷⁰ In tal senso SANTORO, *op. cit.*, p. 28.

⁷¹ Cfr. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 92 e ss.

stata pensata come rimedio da utilizzare, come ipotesi peculiare e specifica, in presenza di quelle particolari condizioni previste nella norma, qualora non sia possibile ricorrere alle misure alternative per il difetto dei relativi presupposti. L'obbligatorietà del provvedimento ablativo opererebbe rispetto alla protrazione del regime carcerario ordinario.

Come si è già annunciato e come si cercherà di approfondire più oltre, il punto problematico della questione è costituito infatti dal rapporto gerarchico fra fonti di produzione: le norme sulle misure alternative e il quinto comma dell'art. 16 t.u. Se la valutazione fosse effettuata limitandosi a ricorrere al criterio cronologico o di specialità, dovrebbe darsi preferenza al disposto del testo unico sull'immigrazione. Tuttavia, un tal metodo non terrebbe nel dovuto conto l'assetto dei valori costituzionali. Se, invece, la questione venisse affrontata secondo un approccio teleologico, che desse prevalenza ai precetti della Carta fondamentale, le norme sulle misure alternative andrebbero applicate in modo preferenziale. Quindi, solo in assenza dei relativi presupposti, il legislatore avrebbe previsto il rimedio ulteriore dell'espulsione come soluzione alternativa alla detenzione, sempre che sussistessero quelle date condizioni contenute nella disposizione dell'art. 16 t.u. D'altronde, l'esigenza di allontanamento dei clandestini e degli irregolari non verrebbe frustrata dal ricorso alle misure alternative poiché il difetto delle condizioni che legittimano la permanenza nel territorio dello Stato comporterebbe comunque l'espulsione amministrativa ordinaria dell'art. 13 t.u. all'esito del periodo espiativo.

9. La tesi della Corte costituzionale sulla natura amministrativa dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione

La Corte costituzionale, ad un certo momento, è stata investita della questione di legittimità costituzionale della previsione del quinto comma dell'art. 16 del decreto legislativo n. 286 del 1998 perché la misura ivi contemplata – l'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione – era considerata, con il suo carattere di automaticità, contrastante principalmente con il finalismo rieducativo della pena, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost., anche in rapporto con gli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale⁷².

⁷²Appare da subito opportuno premettere che la questione di costituzionalità sollevata con riferimento al disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. è stata dichiarata

In particolare, nelle ordinanze di remissione, fra le varie e articolate motivazioni a sostegno della tesi dell'illegittimità costituzionale del quinto comma dell'art. 16 t.u., è stato rilevato che l'assenza di ogni connotazione rieducativa nella misura dell'espulsione renderebbe questa legittima dal punto di vista costituzionale solo qualora se ne evidenziasse la natura non penale, la differenza cioè rispetto sia alla pena in senso tecnico che alle sanzioni alternative, costituendo invero mera sospensione della pena, la rinuncia temporanea dello Stato alla sua applicazione; d'altronde, questa esegesi era stata adottata dalla medesima Corte costituzionale con riferimento all'istituto – oggi non più esistente – dell'espulsione a richiesta dello straniero. Non può, però, essere taciuto come il profilo di conformità alla Carta fondamentale di quest'ultima previsione sia stato fondato, fra l'altro, sul requisito dell'iniziativa del condannato, come garanzia necessaria per la salvaguardia di un diritto inviolabile dell'uomo, requisito che nel caso del quinto comma dell'art. 16 t.u. non solo non è espressamente contemplato, ma appare escluso del tutto, nel senso che, in presenza dei requisiti di legge, l'espulsione andrebbe disposta senza porsi il problema dell'acquisizione del consenso del condannato (in violazione così dell'art. 2 Cost.) e senza neppure alcuna valutazione di opportunità da parte del magistrato di sorveglianza sull'esito del percorso di risocializzazione, come se l'ineludibile finalità rieducativa della sanzione penale fosse presuntivamente e invincibilmente raggiunta con il decorso del periodo di pena già espiato. Invero, l'espulsione andrebbe considerata, per le caratteristiche con cui è stata disciplinata, una sanzione penale vera e propria, dato che presenta connotati afflittivi.

Appare poi evidente la contraddizione con il principio di uguaglianza dell'equiparazione di situazioni affatto diverse (lo straniero che in carcere tiene una condotta pessima e lo straniero ristretto che si comporta in modo irreprensibile), oltre all'ingiustizia della soluzione di anticipazione della decarcerizzazione in connessione con la condizione di clandestinità o irregolarità rispetto alla posizione degli stranieri *in vinculis* che, forniti di permesso di soggiorno, devono espiare per intero la sanzione.

manifestamente infondata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 8-15 luglio 2004, n. 226, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 4, pp. 2375 e ss., e in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 90 e ss., con nota di O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, pp. 96 e ss. A commento della citata ordinanza cfr. altresì C. PERROTTA, *Espulsione amministrativa alla detenzione e ... detenzione alternativa all'espulsione alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 226/2004*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 89 e ss.

È stato altresì rilevato il contrasto con il principio del giusto processo per difetto del contraddittorio fra le parti, visto che la decisione è presa *de plano*.

L'Avvocatura generale dello Stato aveva fondato la richiesta di rigetto della questione sollevata sulla considerazione che la misura invocata costituisce sanzione extrapenale, non riconducibile all'alveo semantico dell'art. 27, terzo comma, Cost. ed espressiva della facoltà del legislatore di rinunciare, in determinati casi, alla pretesa punitiva. Inoltre, nessuna violazione del principio di eguaglianza sarebbe realizzata in quanto si tratta comunque di un provvedimento di favore rispetto alla protrazione del regime carcerario e, comunque, di mera anticipazione di un esito ineludibile, come tale non lesivo dell'art. 2 Cost.⁷³ La mancata previsione del consenso dell'interessato fra i requisiti di legge per la disposizione del provvedimento espulsivo, ad avviso dell'Avvocatura, è da collegare alla facoltà comunque riconosciuta allo straniero di impugnare con effetto sospensivo il provvedimento espulsivo, manifestando così il proprio dissenso alla misura. Inoltre, nessun profilo di contrarietà coi principi dell'art. 111 Cost. sarebbe ravvisabile in quanto questa disposizione riguarderebbe il solo processo di cognizione – e, quindi, non quello di esecuzione –, oltre alla considerazione che il procedimento *de plano* è semplicemente collegato all'agilità di accertamento dei presupposti applicativi della misura, senza alcuna preclusione formale in merito alla possibilità che comunque il magistrato di sorveglianza decida di sentire il pubblico ministero o il condannato.

La Corte costituzionale, richiamando l'ordinanza n. 369 del 1999, con la quale si era espressa in merito alla simile misura dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione del primo comma dell'art. 16 t.u. affermandone la natura amministrativa⁷⁴, ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di le-

⁷³ È stato, però, evidenziato che, se si fosse trattato di un beneficio, sarebbe stata prevista la facoltà per il condannato di rinunciarvi.

⁷⁴ A norma dell'art. 16 t.u., «1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale né le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. 2. L'espulsione è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4». Con la legge Bossi-Fini sono stati inseriti nell'art. 16 t.u. due ulteriori commi relativi all'espulsione come sanzione sostitutiva: «3. L'espulsione di cui al comma 1 non può essere disposta

gittimità costituzionale sollevate con riferimento al quinto comma dell'art. 16 t.u. ritenendo che anche in questo caso non si tratti di una sanzione penale, bensì meramente amministrativa, che si limita ad anticipare un esito di cui sussistono già le condizioni e che, in sua assenza, andrebbe portato ad esecuzione una volta ultimato il periodo di detenzione. Considerata la natura non penale del provvedimento, le censure che sono state prospettate dai giudici rimettenti, nella ricostruzione effettuata dalla Consulta, perdono di fondamento, anche rispetto al problema della ritenuta violazione delle garanzie processuali visto che, malgrado non si sia in presenza, secondo la Corte, di una sanzione penale, varranno le regole generali sul procedimento amministrativo oltre che le norme specifiche – di tipo garantista, appunto – del provvedimento dell'espulsione disciplinata nell'art. 13 del testo unico sull'immigrazione, nonché quelle proprie contemplate nello stesso art. 16.

Ad avviso di certa dottrina, la posizione assunta dalla Corte costituzionale si traduce nella sostanziale violazione del principio del finalismo rieducativo della pena, poiché sembra che il giudice delle leggi si limiti a pretendere che la pena presenti solo in astratto la caratteristica risocializzante, ammettendo poi che il legislatore possa legittimamente sostituirla con sanzioni amministrative di segno contrario, come pare sia accaduto proprio con riferimento all'art. 16 t.u.⁷⁵

nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni. 4. Se lo straniero espulso a norma del comma 1 rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente». In argomento, G. LOCATELLI, *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 8, pp. 1035-1036; FRANCESCHETTI, *op. cit.*; C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, n. 3, pp. 211 e ss. L'ordinanza della Corte costituzionale 14-28 luglio 1999 n. 369, è in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss. Per una critica cfr. A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss. Mi si permetta altresì il rinvio al mio *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, cit., pp. 21 e ss.

⁷⁵ Cfr. SANTORO, *op. cit.*, p. 32. L'Autore evidenzia altresì una conseguenza applicativa di tipo discriminatorio in materia di riabilitazione. Ai sensi dell'art. 179 c.p., infatti, la riabilitazione può essere richiesta, in presenza delle altre condizioni di legge, dopo tre anni che la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta. Una preclusione opera nei confronti dei condannati sottoposti a misure di sicurezza diverse dall'espulsione dello straniero. Secondo il disposto dell'art. 16 t.u., lo straniero sottoposto ad espulsione come misura alternativa si vedrà estinto il reato decorsi dieci anni dal provvedimento ablativo, mentre per colui che è allontanato a titolo di sanzione sostitutiva è previsto solo il periodo minimo – cinque anni – di divieto di reingresso. Rispetto a questi soggetti la possibilità di fruire della riabilitazione è di molto posticipata, essendo legata al momento estintivo della pena, secondo una scelta

10. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 sull'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare

Dopo ampie discussioni svolte in dottrina e a seguito del perpetuarsi di orientamenti interpretativi oscillanti in seno alla giurisprudenza, con la sentenza n. 14500 del 2006 le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno espresso il loro punto di vista sulla questione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero extracomunitario, che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato o sia comunque privo del permesso di soggiorno⁷⁶.

La vicenda, che ha costituito l'occasione per l'intervento del Supremo Collegio, riguardava un extracomunitario condannato a due anni di reclusione per detenzione di banconote e marche da bollo falsificate, cui il Tribunale di sorveglianza di Sassari aveva concesso, con un'ordinanza del 17 febbraio 2005, la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale⁷⁷.

Il procuratore generale presso la sezione distaccata della Corte d'appello di Sassari proponeva ricorso per cassazione sulla decisione assunta dal Tribunale di sorveglianza ritenendo inapplicabile la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale nei confronti di uno straniero extracomunitario irregolare, quindi privo del permesso di soggiorno, in quanto sussisterebbe incompatibilità assoluta fra le modalità esecutive di questa misura alternativa e le norme che disciplinano la presenza di extracomunitari nel territorio nazionale.

In considerazione del contrasto interpretativo esistente in materia di irragionevolezza se si considera soprattutto che il medesimo limite non opera per lo straniero che, avendo subito l'espulsione come misura di sicurezza, è anche risultato socialmente pericoloso. *Ivi*, pp. 32-33.

⁷⁶ Cfr. Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 n. 7458 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, Alloussi, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 2, pp. 180 e ss., con scheda di C. RENOLDI, in *questa Rivista*, 2006, n. 1, pp. 181-182, con nota di TOVANI, *op. cit.*, e alla pagina web www.stranieriinitalia.it. La sentenza è commentata anche da DI ROSA, *op. cit.*, pp. 54 e ss.; da LEO, *op. cit.*, pp. 780 e ss.; da M. PAVONE, *Le Sezioni Unite e l'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari*, in www.studiocataldi.it del 5 maggio 2006 e in www.diritto.it del 18 maggio 2006.

⁷⁷ Secondo l'organo dell'esecuzione, infatti, erano rispettati i presupposti applicativi dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario in quanto il condannato non aveva carichi pendenti, aveva già espiato parte della pena, aveva tenuto in carcere una condotta regolare, vi aveva svolto attività lavorativa, aveva fruito di permessi premio, mostrando in generale la volontà di reinserimento sociale; inoltre, anche le condizioni esterne apparivano favorevoli visto che egli poteva fare affidamento su una famiglia unita, aveva la possibilità di essere ospitato da una parente e di svolgere attività lavorativa.

teria all'interno delle singole Sezioni della Cassazione, la questione è stata così rimessa al vaglio delle Sezioni unite⁷⁸.

Come evidenziato dalle medesime Sezioni unite, il filone della giurisprudenza di legittimità che negava l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare faceva leva sulla incompatibilità ontologica fra la condizione – di clandestinità o irregolarità – dell'extracomunitario e la normativa contenuta nel testo unico sull'immigrazione, rendendosi impossibile, nel caso dell'affidamento in prova, l'integrazione fra il condannato e i servizi sociali senza violare le regole generali in materia di presenza legittima dello straniero all'interno dello Stato.

Il filone opposto, formatosi in materia di semilibertà⁷⁹ e poi

⁷⁸ La questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni unite con l'ordinanza della prima sezione della Corte di cassazione del 26 ottobre – 5 dicembre 2005, riportata in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 215 e ss., con nota di C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, pp. 209 e ss.

⁷⁹ In Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, in *Foro italiano*, 1983, II, cc. 461-462, sono state evidenziate due ragioni essenziali a sostegno della possibilità di applicare il regime di semilibertà agli stranieri che vanno espulsi a titolo di misura di sicurezza. Premesso che la semilibertà consiste nella concessione al condannato della facoltà di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al suo reinserimento sociale e costituisce una modalità di esecuzione della pena, tanto che, qualora tale regime non venga sospeso o revocato, il periodo trascorso vale come pena espiata, l'esecuzione della misura ablativa non subisce alcun pregiudizio, visto che essa dovrà avvenire appunto "a pena espiata". Inoltre, l'espulsione come misura di sicurezza «non contrasta neppure con la finalità del regime di semilibertà, diretto a favorire il graduale reinserimento del soggetto nella società. Specie nel mondo contemporaneo, caratterizzato dalla tendenza alla riduzione delle barriere internazionali ed al superamento dell'isolazionismo [valutazioni che oggi non potrebbero che essere enfatizzate, ndr], la collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale non può essere ridotta all'attività repressiva, ma deve estendersi a quella di prevenzione speciale diretta al recupero sociale del reo. In questa prospettiva, la risocializzazione del condannato, che è alla base del regime di semilibertà, non può assumere una dimensione ristretta all'ambito dei nostri confini nazionali. Pertanto, la menzionata finalità del regime di semilibertà deve ritenersi perseguita e perseguibile anche se il soggetto, per effetto dell'ordine di espulsione dal nostro Stato, dovrà, a pena espiata, essere inserito in un contesto sociale relativo ad altro Stato». Secondo i giudici di legittimità, «Il reinserimento sociale va, perciò, inteso in senso sovranazionale poiché ciò che importa non è tanto l'ambito territoriale della società nella quale verrà operato il tentativo di reinserimento del soggetto, quanto che questo, dimostrandosi idoneo al trattamento rieducativo, appaia suscettibile di recupero sociale nel contesto del consorzio civile, quale elemento dell'intera comunità internazionale».

In Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, in *Rivista penale*, 1985, p. 900, è affermato che non sussiste incompatibilità fra la misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato italiano e la misura alternativa della semilibertà sia perché esse trovano applicazione in tempi diversi, dato che la misura della semilibertà equivale ad espiazione della pena (mentre la misura di sicurezza va eseguita dopo che la stessa pena è stata già espiata), sia perché le misure alternative possono essere applicate verso tutti coloro che si trovino ad espriare pene inflitte da un giudice italiano in un istituto italiano, senza rilevanza della differenza

esteso anche all'ipotesi dell'affidamento in prova al servizio sociale, riteneva invece non astrattamente incompatibile la condizione di espellibilità dello straniero a seguito dell'espiazione della pena, in ragione della sua condizione di clandestino o irregolare, con la

di nazionalità del condannato, non essendovi alcun ostacolo normativo al riguardo. In particolare, è sottolineato come non possa «ravvisarsi contrasto fra l'espulsione dal territorio dello Stato ed il fine mirato dal regime di semilibertà, volto a favorire il reinserimento del soggetto nella società senza distinzione fra società italiana ed estera, dato che la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici ma va rapportata alla collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale, all'abbattimento dei confini fra gli Stati ed al pregresso trattamento personalizzato volto al recupero sociale inteso in termini non solo del nostro Stato ma di consorzio civile internazionale». Inoltre, è evidenziato che «Il riferimento, pertanto, a pregiudiziali ostacoli derivanti dalla qualifica di straniero da parte del soggetto istante non può trovare accoglimento neppure allorquando si menziona un pericolo di fuga, questo essendo prospettabile solo allorquando tragga origine da qualche concreto elemento, non in via di mera ipotesi, per il solo fatto della cittadinanza del condannato né per comportamenti di altri stranieri».

Anche di recente la Cassazione ha confermato l'idea dell'applicabilità della semilibertà agli stranieri. In Corte di cassazione, sez. I, ud. 14 dicembre 2004 (dep. 17 gennaio 2005), n. 782, S.A., riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 56, è stabilito che «In tema di misure alternative alla detenzione, la condizione di straniero privo del permesso di soggiorno non è di per sé ostativa alla concessione della semilibertà, atteso che tale misura consente uno spazio di libertà molto ridotto (e quindi controllabile) e in considerazione del fatto che l'espiazione della pena in regime di semilibertà non comporta alcuna violazione o elusione delle norme in materia di immigrazione clandestina». La soluzione fornita dalla Cassazione qui è di tipo compromissorio, perché afferma la legittima applicazione delle misure alternative in quanto non comportano contraddizione con le norme del testo unico n. 286 del 1998, non indipendentemente da queste disposizioni.

In senso conforme anche Corte di cassazione, sez. I, 17 gennaio 2005, Sheqia, mass. 230.586, riportata da D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 1282, secondo cui «la mancanza del permesso di soggiorno non è di per sé ostativa alla concessione della semilibertà, non solo perché tale misura consente uno spazio di libertà molto ridotto e quindi più controllabile da parte delle forze dell'ordine, ma anche perché l'espiazione della pena in regime di semilibertà non comporta alcuna violazione o elusione delle norme in materia di immigrazione clandestina». Nel caso di specie, la Cassazione aveva rigettato il ricorso del procuratore generale di Firenze contro l'ordinanza di concessione della semilibertà ad uno straniero emessa dal Tribunale di sorveglianza del capoluogo toscano, che aveva fondato la propria decisione sulla considerazione che il condannato poteva ritenersi ben inserito nel tessuto sociale italiano avendo egli una moglie munita di regolare permesso di soggiorno e avendo trovato lavoro in una impresa edile gestita dal cugino.

Ancora, di recente, Corte di cassazione, sez. I, 13-31 ottobre 2005, n. 39781, Iselaci, in C.E.D. Cass., n. 232514, riportata da DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, cit., pp. 150-151, con cui i giudici di legittimità hanno affermato che «L'ammissione alla misura alternativa della semilibertà non è d'ostacolo all'emissione del decreto di espulsione a titolo di sanzione alternativa, dal momento che la semilibertà è misura che comunque comporta la permanenza del condannato in un istituto penitenziario, sebbene limitatamente a determinati orari, e quindi anche rispetto al soggetto che espia la pena in semilibertà l'espulsione può realizzare il fine proprio di riduzione della popolazione carceraria».

Malgrado, però, la giurisprudenza abbia generalmente ammesso che anche gli stranieri clandestini e irregolari possano fruire della semilibertà, è stato anche evidenziato come non necessariamente da ciò discenda la conseguenza che ogni

concedibilità delle misure alternative alla detenzione.

Le Sezioni unite hanno deciso di aderire a questo secondo indirizzo interpretativo per le seguenti ragioni:

- l'assenza all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario di alcuna preclusione formale alla fruizione delle misure alternative da parte degli stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità;

- l'incompatibilità della tesi interpretativa circa la preclusione aprioristica dell'applicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari con i principi costituzionali della pari dignità delle persone, degli artt. 2 e 3,⁸⁰ e della finalità rieducativa della pena, del terzo comma dell'art. 27;

- il carattere "transnazionale" che deve assumere l'obiettivo di risocializzazione dei condannati nell'ottica della collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale, come già sottolineato da certa giurisprudenza di legittimità⁸¹;

- l'ingiustizia di una presunzione assoluta di inconciliabilità fra misure alternative al carcere e condizione di estraneità, visto che i parametri da rispettare per la concessione delle soluzioni extramurarie riguardano in concreto le caratteristiche specifiche dei possibili fruitori di tali misure⁸²;

- la prassi amministrativa consolidata sulla concedibilità delle misure alternative allo straniero condannato privo del permesso di

misura alternativa è riconoscibile a tale categoria di soggetti, in quanto la semilibertà, malgrado sia inserita nella parte della legge sull'ordinamento penitenziario dedicata alle misure alternative (come d'altronde è pure per la liberazione anticipata, che secondo, questa impostazione, non va certamente considerata una misura alternativa), presenta connotati atipici rispetto a queste, sicché «la semilibertà è qualificabile come misura alternativa impropria in quanto l'interessato rimane privato della libertà personale ed inserito in ambito penitenziario, ma con ampi margini di libertà e la possibilità di una graduale ripresa di contatti con il mondo esterno sì da comportare una profonda modifica delle modalità di esecuzione della pena». Così DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, p. 153.

⁸⁰ Secondo TOVANI, *op. cit.*, nota n. 12, p. 188, l'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni unite, secondo cui le norme sulle misure alternative alla detenzione sono strumenti posti a tutela della dignità della persona e non meri veicoli per la risocializzazione del condannato, è criticabile perché ne deriverebbero, da una parte, la conseguenza della loro irrinunciabilità, dall'altra, il vincolo per il legislatore di non potere costruire altrimenti il sistema dell'esecuzione penale.

⁸¹ Cfr. appunto Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, cit., e Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, cit.

⁸² Sembra opportuno ribadire come la scelta della giurisprudenza di negare la concedibilità delle misure alternative al carcere agli allogeni clandestini o irregolari non derivi da una presunzione invincibile di pericolosità di questi soggetti o dalla inidoneità di questi strumenti a svolgere la funzione di reinserimento sociale di tali individui, quanto, piuttosto, dall'insussistenza delle condizioni legali formali perché questi provvedimenti possano essere assunti verso chi non ha titolo per permanere sul territorio in cui le alternative alla detenzione avranno esecuzione, vista la pendenza del provvedimento di espulsione.

soggiorno, secondo la quale è proprio l'ordinanza di ammissione alla misura a costituire titolo legittimante la presenza nel territorio dello Stato di colui che andrebbe espulso, sospendendosi l'esecuzione del provvedimento ablativo e consentendosi allo straniero lo svolgimento di attività lavorativa anche in deroga alle norme sull'accesso al lavoro per tale categoria di soggetti.

Le Sezioni unite, a questo punto del loro ragionamento, hanno ritenuto opportuno dare conto di alcune novità normative che avrebbero potuto essere portate a sostegno della tesi dell'inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli extracomunitari clandestini o irregolari.

In particolare, vanno tenute in debita considerazione, secondo i giudici, l'innovazione apportata all'art. 16 del testo unico sull'immigrazione con la legge Bossi-Fini, con cui è stata introdotta al quinto comma l'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione, nonché la disposizione contenuta nell'art. 3 della legge n. 207 del 2003, relativa al c.d. indultino, secondo cui è preclusa l'applicazione della sospensione condizionata dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva, nel limite massimo di due anni, nei confronti dello straniero che abbia scontato almeno metà della pena e versi in condizione di espellibilità ai sensi del secondo comma dell'art. 13 t.u., visto che nei suoi confronti opera già il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., da ritenere come misura alternativa esclusiva applicabile allo straniero clandestino o irregolare⁸³.

Le Sezioni unite, però, hanno obiettato a questa ricostruzione evidenziando, da un canto, come la Corte costituzionale, con un'ordinanza del 2004, abbia ritenuto la natura amministrativa dell'espulsione del quinto comma dell'art. 16, conformemente a quanto già statuito con riferimento all'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione, non ponendosi più così «un rapporto di esclusione tra espulsione e misura alternativa: o la prima viene eseguita, ed allora l'esecuzione cessa nel suo complesso, oppure l'esecuzione procede, ma ciò può accadere certamente in tutte le varie forme previste dalla legge»⁸⁴; d'altro canto, come sussista una larga fascia di soggetti che non si vedranno applicata la sanzione alternativa dell'espulsione perché ne difettano i requisiti (l'identi-

⁸³ In dottrina ha sostenuto questo argomento per negare l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione ai clandestini e agli irregolari, sancendo la preferenza quindi per la tesi giurisprudenziale sostenuta con la sentenza Calderon, *DEGL'INNOCENTI, Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., pp. 85-86.

⁸⁴ LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, cit., p. 782. Secondo l'Autore, inoltre, «Così ricostruito il sistema, resta l'eventualità che nel caso concreto il procedimento per l'applicazione della misura alternativa, celebrato

ficazione, lo stato di detenzione, la pena superiore a due anni, la commissione di reati ostativi, i casi dell'art. 19 t.u., circostanze pratiche impeditive). In questi casi, in assenza di divieti espressi, ben potrebbe ricorrersi alle misure alternative alla detenzione, qualora ovviamente ne sussistano i presupposti applicativi.

In generale, le Sezioni unite hanno giustificato l'estensione delle misure alternative agli stranieri in ragione dell'esigenza preminente di salvaguardia dei principi costituzionali della pari dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena, con l'unica ovvia condizione che sussistano in concreto i presupposti applicativi delle singole misure, ed hanno enunciato il seguente principio di diritto: *In materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno.*

I giudici di legittimità hanno evidenziato poi come nel merito, la scelta del Tribunale di sorveglianza di Sassari sia risultata coerente con il principio di diritto affermato, tanto che neppure la procura generale nella presentazione del ricorso aveva negato la sussistenza in concreto del giudizio prognostico favorevole all'affidamento in prova al servizio sociale, sia per il percorso rieducativo già intrapreso con successo dal condannato in regime intramurario, sia per le opportunità di lavoro all'esterno che questi aveva.

Credo che complessivamente la sentenza esprima un'affermazione di principio sulla necessità della parità di trattamento nelle situazioni concernenti aspetti fondamentali della persona, senza un'adeguata ponderazione delle eventuali ragioni ostative alla riconoscibilità dell'estensione applicativa delle misure alternative agli stranieri diverse dalla inespressa volontà di discriminazione⁸⁵.

dal Tribunale di sorveglianza, interferisca con quello regolato dall'art. 16 del T.U., e rimesso alla competenza del magistrato di sorveglianza. Le Sezioni unite hanno posto in luce la piena autonomia dei due contesti. Il magistrato di sorveglianza valuterà, secondo la logica propria della misura amministrativa, se ricorrano i presupposti per l'ordine di espulsione nei confronti dello straniero. In caso positivo, la misura entrerà in conflitto non con una modalità di esecuzione della pena alternativa alla detenzione in carcere, ma con la prosecuzione *tout court* del trattamento, che verrà interrotto indipendentemente dalle modalità di svolgimento nel momento dell'espulsione». *Ivi*, p. 783. Sono state evidenziate, però, le opinioni contrarie a questa ricostruzione secondo cui il difetto dello stato detentivo, com'è in alcune misure alternative, inibisce l'esecuzione dell'espulsione.

⁸⁵ Come evidenzia LEO, *op. cit.*, p. 780, non vi sarebbe d'altronde nell'ordinamento «alcuno spazio di legalità costituzionale per norme che favorissero regimi differenziati, in materia penitenziaria, sulla base esclusiva della razza o della nazionalità», stante oltretutto il disposto del secondo comma dell'art. 1 della legge n. 354 del 1975.

Ritengo che questo esito appaia scontato, nel senso che la motivazione del diniego non può certo risiedere in intenti xenofobi. Da questo punto di vista, la decisione risulta abbastanza apodittica. Sembra piuttosto che il problema sia di verificare la compatibilità formale e funzionale tra misure alternative e condizione di illegalità dello straniero: dal punto di vista formale, se lo straniero privo del permesso di soggiorno possa circolare nel territorio dello Stato in regime di beneficio penitenziario⁸⁶; dal punto di vista funzionale, se abbia senso la pretesa rieducativa verso soggetti che vanno comunque allontanati. La questione pare allora spostarsi sulla giustezza dell'espulsione di chi abbia intrapreso e superato con successo il periodo di trattamento; in generale, della giustezza dell'espulsione in un sistema in cui la pena ha finalità rieducativa.

Il problema più generale riguarda invero la legittimità costituzionale dell'espulsione, se si continua ad affermarne la natura di sanzione penale.

L'istituto dell'espulsione dello straniero è espressione del mantenimento della logica nazionalista come strumento di controllo dell'ordine pubblico, in aperta contraddizione con la tendenza alla globalizzazione come fenomeno sociale, oltre che culturale ed economico. È sintomatica della difficoltà di definire i rapporti fra l'ordinamento e gli allogeni non solo nella fase patologica, ma già nella fisiologia di una relazione nella quale i ruoli di ciascuno non sono chiari. La definizione dei diritti e dei doveri degli stranieri costituisce settore altamente problematico, nel quale si avvicinano atteggiamenti contrapposti di apertura e restrizione, spesso influenzati dalle contingenze emergenziali legate alla recrudescenza dei flussi incontrollati di immigrati clandestini.

Se può essere considerata ragionevole la scelta di espellere, il problema concerne la compatibilità di una tale opzione coi valori penali costituzionalmente tutelati, in particolare con la finalità rieducativa della sanzione. Questo principio apparirebbe compromesso⁸⁷ se si riuscisse a dimostrare l'incidenza negativa dell'espulsione

⁸⁶ In effetti il problema gerarchico fra misure alternative e quinto comma dell'art. 16 t.u. riguarda solo i casi di convergenza fra le norme, non invero l'applicabilità *tout court* delle misure alternative agli stranieri.

⁸⁷ Ritiene che l'espulsione violi il disposto dell'art. 27 Cost. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, cit., secondo il quale, per affrontare correttamente la problematica, è necessario comprendere la portata del principio rieducativo evincibile dalla Carta fondamentale. Si può distinguere fra una dimensione universale della rieducazione – come finalità, cioè, di recupero di ogni autore di reato, a prescindere dalla sua nazionalità – e una dimensione nazionale del medesimo principio – che limiterebbe il dovere di intervento dello Stato nei confronti dei soli delinquenti cittadini –. Solo nel primo caso la norma

sui diritti fondamentali della persona; quindi, se si fosse in grado di affermare l'inaccettabilità di una funzione della pena diversa da quella recuperatoria.

In generale, con riferimento al sistema delle misure alternative, è stato rilevato, però, come nel nostro ordinamento sia ravvisabile un paradosso concernente l'individuazione del creditore del finalismo rieducativo della sanzione penale, che costituisce un dovere dello Stato. Tale creditore viene visto normalmente nell'autore del reato, ma – si è detto – si tratta di un'indicazione erronea perché il vero beneficiario dell'intervento di recupero è rappresentato dalla società, nel vantaggio che questa ottiene dal decremento del tasso di criminalità⁸⁸.

11. La sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007

Proprio di recente la questione posta al centro del presente lavoro ha costituito oggetto di esame da parte del giudice delle leggi, il cui intervento aveva preso avvio con un'ordinanza di remissione del Tribunale di sorveglianza di Cagliari del 24 maggio 2005 ed il cui pronunciamento si è avuto con la sentenza n. 78 del 2007⁸⁹. Con questa decisione viene riprodotto dalla Corte costituzionale l'orientamento, già fatto proprio dalle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 14500 del 2006, favorevole all'applicazione dei benefici penitenziari agli stranieri anche se illegalmente presenti nel territorio dello Stato. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47 (sull'affidamento in prova al servizio sociale) e 48 e 50 (sulla semilibertà) della legge n. 354 del 1975 ove interpretati nel senso di precludere in ogni caso l'accesso alle misure alternative da essi previste allo straniero extracomunitario entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno.

In particolare, la Corte ha fondato la pronuncia sulla censura di ogni automatismo e di ogni preclusione oggettiva ed assoluta

costituzionale verrebbe violata tramite il ricorso ai rimedi espulsivi. Tuttavia, come è evidenziato dall'Autore, anche qualora si preferisca aderire all'interpretazione ridotta del concetto di rieducazione, il problema dell'esclusione degli stranieri fra i beneficiari dell'intervento di recupero si porrebbe comunque in considerazione del disposto dell'art. 2 Cost. e, quindi, rendendosi necessario verificare se l'espulsione possa ritenersi lesiva di un diritto inviolabile dell'uomo.

⁸⁸ Così, MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, cit.

⁸⁹ Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in www.cortecostituzionale.it e in www.penale.it.

nel godimento dei benefici penitenziari. Il giudice delle leggi ha così evidenziato come già in passato si fosse espresso nel senso di bandire ogni forma di sacrificio non necessario delle istanze di risocializzazione. Pur sostenendo l'assunto che la funzione rieducativa della pena debba essere temperata dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, con le altre finalità – di prevenzione, generale e speciale, e di difesa sociale – che la Costituzione assegna alla sanzione penale, è comunque fondamentale che in quest'opera di bilanciamento il privilegio per alcuno di questi scopi non si traduca mai nel totale annientamento degli altri, ma, al più, nel loro ridimensionamento nei limiti di quanto è necessario per soddisfare la finalità in quel momento e in quel contesto ritenuta prevalente. Così la Corte ha espunto dal sistema, con vari interventi, quelle norme che impedivano il ricorso ai benefici penitenziari per il solo *nomen iuris* del fatto compiuto ed ha consentito la nuova concessione della liberazione condizionale dopo un primo provvedimento di revoca in conseguenza della commissione di un reato della stessa indole di quello per il quale è intervenuta la condanna o della trasgressione agli obblighi legati alla libertà vigilata.

Secondo l'orientamento costante della Consulta, così, ogni preclusione presuntiva all'accesso ai benefici penitenziari va censurata; i giudizi relativi alla concessione delle misure volte a favorire il processo rieducativo vanno individualizzati.

Sulla base di questa considerazione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme in materia di affidamento in prova al servizio sociale e di semilibertà nella parte in cui sembrano precludere agli stranieri, clandestini o irregolari, l'accesso alle soluzioni trattamentali extramurarie in ragione dell'appartenenza di tali soggetti ad una categoria «individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati». «Detta esclusione assume, cioè, carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura

assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente omissso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione»⁹⁰.

Inoltre, dal punto di vista formale, in relazione al problema della legittimità della presenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio dello Stato, libero di circolare in esecuzione della misura alternativa, la Corte ha accolto l'orientamento, già sostenuto da parte cospicua della dottrina e da certa giurisprudenza anche di Cassazione, della legittimazione di tale presenza derivante dal titolo di concessione della misura alternativa. Secondo la Consulta, infatti, «Quanto, poi, alla incompatibilità fra la disciplina del testo unico in materia di immigrazione e l'applicazione di misure alternative alla detenzione, pure evocata a fondamento del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, occorre considerare che, in realtà, è proprio la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* – ed anzi costringe – lo straniero a permanere nel territorio dello Stato; e ciò, tanto se l'esecuzione abbia luogo nella forma intramuraria, quanto se abbia luogo, invece – a seguito della eventuale concessione di misure alternative – in forma extramuraria. In altre parole, nel momento stesso in cui prevede che l'esecuzione della pena “prevalga”, sospendendone l'attuazione, sulla espulsione cui il condannato extracomunitario sarebbe soggetto, il legislatore adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel terri-

⁹⁰ Questo argomento era già stato sostenuto dalla dottrina. Si era evidenziato, infatti, come l'opzione ermeneutica di preclusione delle misure alternative al carcere nei confronti degli stranieri legittimerebbe l'idea della sussistenza di un regime penitenziario speciale per determinate categorie di detenuti, d'altronde speculare a quel diritto penale speciale che alcuni interpreti ritengono creato dal legislatore con il testo unico sull'immigrazione. Cfr., ad esempio, LEO, *op. cit.*, p. 780. Vd. anche L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*, 1999, pp. 1 e ss.

Più nel dettaglio, è stato evidenziato come questa differenziazione implicherebbe l'affermazione di forme di diritto penale soggettivo, nel senso che la preclusione del trattamento opererebbe per determinati tipi d'autore, indipendentemente – come invece avviene per i regimi penitenziari speciali degli artt. 4-bis e 41-bis – da condizioni di particolare pericolosità soggettiva o di attuazione di specifiche condotte, ma per l'assenza del titolo giustificativo della presenza sul territorio nazionale, la cui mancanza sarebbe irragionevolmente impeditiva dell'intrapresa di un efficace percorso riabilitativo. In tal senso RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 212-213.

torio nazionale durante il tempo di espiazione della pena stessa. Da ciò consegue l'impossibilità di individuare nella esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno in detto territorio una ragione giustificativa della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo, cui la concessione delle misure alternative è funzionale».

Secondo quanto affermato con riferimento a precedenti pronunce, è possibile che il legislatore individui dei casi in cui la finalità di rieducazione della pena venga circoscritta per preferire i fini preventivi o di difesa sociale, ma questa opzione non si può tradurre, come evidenzia la Corte, nella compressione assoluta di ogni istanza recuperatoria. «Il legislatore ben può, ovviamente – tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno – diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale».

Inoltre, il giudizio sul percorso rieducativo va individualizzato. «L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla previsione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa». Il che, in linea di principio, è abbastanza ovvio e, da questo punto di vista, la soluzione adottata dalla Consulta non può ritenersi particolarmente innovativa.

Quindi, riassumendo, secondo il giudice delle leggi, le ragioni dell'illegittimità costituzionale delle norme in materia di ordinamento penitenziario vanno individuate:

1. nel bando di ogni automatismo nella preclusione al godimento dei benefici penitenziari, in ragione della necessità di individualizzare le scelte giudiziarie per favorire il percorso rieducativo del condannato;
2. nel difetto di un nesso di consequenzialità fra la mancanza

del titolo abilitativo della presenza nel territorio dello Stato e uno stato soggettivo di peculiare pericolosità o una condizione oggettiva di assenza di legami col contesto di svolgimento della misura alternativa;

3. nella mancata diversificazione del trattamento degli stranieri malgrado la diversità dei modi – legale e illegale – di accesso nel territorio dello Stato;

4. nell'assenza di incompatibilità fra la disciplina del testo unico sull'immigrazione e le norme della legge sull'ordinamento penitenziario in materia di misure alternative, visto che la presenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio nazionale è legittimata dal titolo di ammissione al beneficio penitenziario;

5. nella priorità da riconoscere al finalismo rieducativo della pena, anche nell'ottica della salvaguardia della dignità della persona, che vieta al legislatore di introdurre istituti che annullino del tutto ogni istanza recuperatoria.

Tuttavia, malgrado l'importanza dell'affermazione di principio nell'equiparazione del trattamento di cittadini e stranieri, la decisione appare carente da un certo profilo, forse il più rilevante. In particolare, il problema, evidenziato da una parte della dottrina e della giurisprudenza in materia, costituito dal richiamo al testo unico non credo sia di sostanza, relativo cioè realmente alla compatibilità ontologica della presenza del clandestino o irregolare sul territorio dello Stato con i principi generali in materia migratoria, bensì di forma, di prevalenza cioè fra norme divergenti nel caso concreto: l'art. 16, quinto comma, t.u. e l'art. 47 o.p., per esempio. Su questo punto la Consulta non si è espressa.

12. Considerazioni conclusive

Oltre alle motivazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale sul riconoscimento agli stranieri clandestini o irregolari dei benefici penitenziari, la dottrina soprattutto, nel corso del tempo, ne aveva evidenziato di ulteriori, completando il quadro che consente di esprimere un giudizio di piena condivisione dell'affermazione di principio espressa dal giudice delle leggi.

Si è così evidenziato, ad esempio, che l'argomento, secondo cui il disposto dell'art. 22 t.u. (sulla responsabilità del datore di lavoro che impiega alle proprie dipendenze stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità) verrebbe integrato qualora una persona assumesse, nell'ambito del progetto d'intervento relativo ad una

misura alternativa, uno straniero privo del permesso di soggiorno, è meramente formale. Non vi è evidentemente alcuna violazione della *ratio legis* se il datore di lavoro occupa alle proprie dipendenze un extracomunitario in regime di semilibertà o di *probation* penitenziario come attività che fa parte del programma di recupero e che è svolta sulla base di un titolo giudiziario di affidamento⁹¹.

Ritenere, poi, che l'espulsione costituisca l'unica misura alternativa applicabile agli stranieri clandestini o irregolari significa affermare che anche per coloro rispetto ai quali non sussistono le condizioni per disporre il provvedimento ablativo le soluzioni trattamentali extracarcerarie non potranno essere svolte. Basta, a titolo esemplificativo, fare riferimento allo straniero che abbia commesso uno dei fatti ostativi della lettera *a*) del secondo comma dell'art. 407 c.p.p. o sia condannato ad una pena superiore ai due anni. Nei loro confronti la giustificazione del diniego tanto dell'espulsione quanto delle misure alternative diverse dovrebbe risiedere nella particolare gravità dei fatti commessi, definita nominalmente o desunta dall'entità sanzionatoria. Si tratterebbe, però, di una preclusione ai benefici penitenziari ulteriore rispetto a quanto statuito nella legge n. 354 del 1975 e ricavabile solo implicitamente. Se consideriamo quante discussioni dottrinarie e quante decisioni anche della Corte costituzionale vi sono state sul regime penitenziario speciale, dovremmo conseguire che altre circoscrizioni ai diritti dei detenuti non possono essere effettuate per via indiretta. Salvo, ovviamente, ritenere che le preclusioni al godimento dei benefici penitenziari concernano solo i soggetti espellibili ai sensi del quinto comma dell'art. 16 t.u. per la prevalenza delle ragioni deflative su ogni altra considerazione ed in modo che può essere ritenuto sostanzialmente irragionevole e discriminatorio.

In ogni caso va sottolineato un aspetto che ritengo sia importante. Di frequente la delittuosità degli stranieri è indotta dalla situazione di privazione economica nella quale tali soggetti si trovano a vivere, nonché dall'inestricabile collegamento con le organizzazioni criminali che hanno gestito il loro trasporto nel territorio nazionale. Eliminate queste condizioni, lo straniero sovente non presenta alcuna pericolosità intrinseca. E di ciò non può non tenersi conto nelle scelte di interpretazione. L'analisi delle norme non può essere del tutto avulsa dal contesto di applicazione, né le-

⁹¹ È di opinione diversa DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., p. 84, per il quale il divieto del datore di lavoro di occupare alle proprie dipendenze stranieri privi del permesso di soggiorno ha portata generale, non derogabile da un provvedimento del tribunale di sorveglianza con cui viene applicata una misura alternativa.

gata a legalismi eccessivi non sufficientemente rapportati ai valori della società di riferimento. Anche se possono sussistere ragioni normative per operare preclusioni o differenziazioni nel trattamento, bisogna essere sempre certi che tale ermeneutica non si traduca in irragionevoli privazioni, se non addirittura in violazione di principi anche fondamentali della vita di relazione. Negare agli stranieri, che – ripetiamo – spesso volte delinquono per necessità e non per una scelta di vita, la possibilità di fruire delle misure alternative alla detenzione sol perché privi del requisito formale del permesso di soggiorno, può significare creare delle aree di non intervento proprio a danno dei soggetti più deboli della gerarchia sociale.

Secondo certa dottrina, ad esempio, il tasso di carcerazione degli stranieri così elevato deriva, oltre che dagli orientamenti legislativi improntati alla logica dell'ordine pubblico e dalle condizioni di deprivazione economica di questi soggetti, dalla «caduta di garanzie processuali, ricorrente nei processi celebrati nei confronti della marginalità sociale, con approccio spesso semplificatorio da parte degli operatori»⁹².

Ad avviso di alcuni studiosi, il diniego delle misure alternative agli stranieri si porrebbe in contrasto con principi costituzionali ulteriori a quello del finalismo rieducativo della pena; in particolare, con la tutela della salute, della maternità e dei minorenni, il cui soddisfacimento ha determinato sovente scelte normative di trasformazione del regime penitenziario ordinario. L'ostacolo oggettivo al ricorso alle misure alternative impedirebbe, infatti, di disporre, ad esempio, l'affidamento in prova o la detenzione domiciliare in casi particolari, dell'art. 47-*quater* o.p., nei confronti dei condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, indipendentemente dal *quantum* di pena, come pure la detenzione domiciliare dell'art. 47-*ter* nei confronti di persona in condizioni di salute che richiedano contatti continui con i presidi sanitari, in evidente dispregio del diritto costituzionale alla salute. Così pure nel caso di stato di gravidanza della donna o di sussistenza di prole ancora infante, situazioni rispetto alle quali è previsto il ricorso alla detenzione domiciliare per l'esigenza, appunto prevalente, di proteggere la maternità e i giovanissimi⁹³.

Può essere evidenziato, però, come il chiaro difetto di coordinamento del quinto comma dell'art. 16 t.u. con le altre disposizioni dell'ordinamento, soprattutto penitenziario, significhi certamente la sussistenza di alcuni profili di illegittimità costituzionale della

⁹² MAGI, *op. cit.*, p. 45.

⁹³ Così RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 213-214.

norma, ma non necessariamente illegittimità *tout court*. Al di là di questi casi, in cui si ritiene corretto dare prevalenza agli interessi individuati diversi dall'indefettibilità della pena, per il resto il sistema potrebbe essere stato strutturato preferendo comunque l'allontanamento coattivo alla logica risocializzante, nei limiti di compatibilità col terzo comma dell'art. 27 Cost., che rimane così il punto di riferimento preminente per la definizione della legittimità in assoluto della misura espulsiva.

Nel tentativo di formulare delle conclusioni sull'argomento trattato nel corso del presente lavoro, bisogna intanto chiarire se la problematica dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione agli stranieri clandestini o irregolari abbia valenza teorica generale, costituisca una questione di principio, oppure se si tratta di stabilire in concreto quando e a quali condizioni alcune o tutte le misure alternative possano avere questi soggetti come destinatari. Da un lato, abbiamo il piano astratto delle scelte di valore, dall'altro, la dimensione sistematica dell'integrazione fra norme. In questo discorso un ruolo centrale assume il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. perché a questa norma si attribuisce da alcuni il significato di previsione esclusiva di ogni altra misura alternativa nei confronti di stranieri clandestini o irregolari.

Il divieto di concessione delle misure alternative in sé e per sé sembra costituire, al di là delle ragioni tecnico-giuridiche che ve ne possono essere alla base, espressione dell'atteggiamento di chiusura politico-istituzionale verso lo straniero, considerato, nella logica securitaria, come un nemico⁹⁴. In considerazione delle posizioni giurisprudenziali da ultimo assunte anche dalla Corte costituzionale, il problema può ritenersi superato nel senso del generale riconoscimento dell'applicabilità delle misure alternative anche agli stranieri, indipendentemente dall'esistenza di un titolo che ne legittima la presenza nel territorio nazionale.

Permane, tuttavia, il problema di stabilire quale fra due norme di legge – l'art. 16, comma 5, t.u. e la disposizione dell'ordinamento penitenziario sulla singola misura alternativa – debba prevalere nel caso di convergenza applicativa, considerato che, dal punto di vista formale, siamo in presenza di due fonti normative di pari grado. Bisogna cioè valutare – anche in ragione della posizione espressa da ultimo dal giudice delle leggi – se il ritenuto carattere obbligatorio del contenuto del quinto comma dell'art. 16 t.u. determini, nei casi ivi contemplati, l'inapplicabilità in assoluto e in astratto

⁹⁴ Sulla discriminazione dello straniero, che avrebbe determinato la creazione di un diritto penale speciale per questa categoria di soggetti, vd. diffusamente A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione giustizia*, 2004, n. 2-3, pp. 359 e ss.

delle norme sulle misure alternative. Se così fosse, in presenza delle condizioni applicative previste nel quinto comma dell'art. 16 t.u. dovrebbe prevalere questa disciplina, come se costituisse il rimedio preferenziale in questi casi, in attuazione del criterio – formale – di risoluzione delle antinomie nel sistema giuridico di tipo cronologico: il testo unico sull'immigrazione è posteriore alla legge sull'ordinamento penitenziario. Ad esiti interpretativi diversi, d'altronde, non si giungerebbe neppure ricorrendo al criterio di specialità, vista la natura particolaristica del decreto legislativo n. 286 del 1998. Le misure alternative troverebbero uno spazio applicativo laddove non sussistessero i presupposti per ricorrere al rimedio ablativo.

A sostegno di questa interpretazione possono essere individuati due argomenti. Innanzitutto, ponendo attenzione all'aspetto pragmatico, va evidenziato come per disporre l'espulsione a titolo di misura alternativa occorra la sussistenza di una serie di requisiti di facile accertamento, che, una volta rilevati, escludono qualsivoglia margine di valutazione del magistrato. Viceversa, la concessione delle misure alternative richiede un'ampia ponderazione soprattutto di elementi relativi alla persona del condannato. Il ricorso alla soluzione di allontanamento dal territorio dello Stato appare così di più facile attuazione.

In secondo luogo, se consideriamo che l'eventuale fruizione della soluzione extramuraria non dovrebbe impedire l'esecuzione dell'espulsione (l'espulsione non dell'art. 16, quinto comma, t.u., ma dell'art. 13 t.u.), è una ragione di economia organizzativa e finanziaria attendersi dapprima la valutazione della sussistenza delle condizioni per procedere all'allontanamento coattivo dal territorio nazionale. Qualora, invece, non sussistessero le condizioni per disporre l'espulsione (una pena da scontare superiore a due anni, per esempio) e vi fossero gli estremi per la concessione di alcune misure alternative, apparirebbe conforme alla lettura costituzionalmente orientata del sistema dei benefici penitenziari, effettuata dalle Sezioni unite, disporre, se del caso, la soluzione deflativa, salva ovviamente la condizione risolutiva della sopravvenienza delle condizioni che impongono il provvedimento espulsivo. In questo caso l'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. potrebbe trovare applicazione solo se le modalità di svolgimento della misura alternativa determinino il mantenimento delle condizioni per procedere all'allontanamento dal territorio. Così è nel caso di semilibertà, ove permane lo stato detentivo⁹⁵, mentre certamente non è in caso di affidamento in prova al servizio sociale, perché il condannato qui è

⁹⁵ In tal senso TOVANI, *op. cit.*, p. 198.

libero; perplessità sorgono in riferimento al caso della detenzione domiciliare, ritenuta da molta dottrina e giurisprudenza una modalità comunque non detentiva di espiatione della pena in forma alternativa, come situazione del tutto differente dalla carcerazione in istituto⁹⁶.

Secondo certa dottrina, quindi, in presenza dei presupposti per ricorrere all'espulsione ex art. 16, quinto comma, t.u. questa dovrebbe avere applicazione preferenziale, tanto che vi provvede il magistrato di sorveglianza *de plano*. In tutto ciò – viene rilevato – appare evidente il difetto di coordinamento fra il testo unico sull'immigrazione e la legge sull'ordinamento penitenziario, se si tiene conto del fatto che uno straniero condannato a pena lunga può essere sottoposto ad attività trattamentale prima e a forme di espiatione alternative poi, pur essendo da clandestino o irregolare destinato comunque all'espulsione. Situazione che d'altronde non potrebbe trovare soluzione nella regolarizzazione della condizione dello straniero per evitare disparità di trattamento a svantaggio dei clandestini o degli irregolari non autori di reati, per i quali non vi sarebbe rimedio all'espulsione⁹⁷. In generale, può essere notata l'assurdità della funzione trattamentale rispetto a chi va comunque espulso. La si attua in base ad un'idea assoluta della funzione penale, non utilitaristica, com'è nella logica preventiva.

Questa complessa esegesi potrebbe esporsi, però, a qualche profilo di illegittimità costituzionale, ulteriore a quello già rilevato dalla Consulta, che concerne invero l'applicabilità, in astratto e in generale, del sistema dei benefici penitenziari anche agli allogeni clandestini o irregolari. Una soluzione ermeneutica compatibile con l'assetto costituzionale – in particolare col principio del finalismo rieducativo della pena – dovrebbe indurre ad escludere la preferenza sempre e comunque dell'applicazione dell'art. 16, quinto comma, t.u., in presenza delle condizioni ivi contemplate, indipendentemente dal giudizio prognostico positivo sul recupero del condannato straniero. L'espressione utilizzata nella disposizione del testo unico, per essere conforme al dettato costituzionale, dovrebbe essere intesa nel senso che, in assenza dei presupposti per ricorrere ad alcuna delle misure alternative alla detenzione, va

⁹⁶ Un problema particolare potrebbe concernere lo straniero in carcere in attesa dei documenti di viaggio. Qui la questione appare, però, marginale, nel senso che la mancata esecuzione dell'espulsione, dovendosi trattare di soggetto identificato, dipende da ragioni soltanto organizzative o finanziarie. Posto che nelle more potrebbe procedersi a soluzioni extracarcerarie, non pare ragionevole investire in misure onerose come l'affidamento in prova al servizio sociale, rendendosi al più opportuna la concessione della detenzione domiciliare.

⁹⁷ In tal senso TOVANI, *op. cit.*, p. 198.

disposta l'espulsione – alle condizioni legali – piuttosto che perpetuare la permanenza in carcere. L'obbligatorietà dovrebbe avere, cioè, un carattere circoscritto a questa eventualità; in ragione così della funzione deflativa dell'espulsione, questa sarebbe imposta come alternativa al carcere solo in assenza delle condizioni per disporre le soluzioni espiative extramurarie.

Nel rapporto fra estraneità e misure alternative bisogna così guardare la questione da due angoli visuali: l'espellibilità come condizione ostativa all'applicazione delle misure alternative; la sottoposizione a misura alternativa come condizione ostativa all'espellibilità. Secondo un'interpretazione orientata al rispetto dei valori costituzionali, l'espellibilità non dovrebbe costituire ragione per impedire l'applicazione delle misure alternative a causa della prevalenza da riconoscere alla finalità rieducativa della sanzione penale. Viceversa, la concessione dei benefici penitenziari, normalmente, fa venir meno uno dei presupposti – lo stato detentivo – per applicare la soluzione ablativa del quinto comma dell'art. 16 t.u., inibendo così il ricorso a quel rimedio durante la fruizione della soluzione extramuraria, ma non di certo ostacolando l'attuazione del provvedimento espulsivo all'esito del periodo di espiazione della pena in forma alternativa.

Malgrado l'orientamento delle Sezioni unite e della Corte costituzionale, permane il bisogno di maggiore coerenza sistematica nella definizione della materia. Se, infatti, l'affermazione di principio del Supremo Collegio e del giudice delle leggi può servire da indirizzo autorevole in merito all'applicazione anche a clandestini e irregolari delle soluzioni espiative extramurarie, non è chiaro, come si è visto, se il magistrato di sorveglianza, nell'affrontare i singoli casi, debba prima verificare la ricorrenza dei requisiti del quinto comma dell'art. 16 t.u. oppure esaminare l'istanza di concessione della misura alternativa⁹⁸. Il principio della gerarchia delle fonti – si dice – dovrebbe far propendere per riconoscere prevalenza alla norma del testo unico sull'immigrazione rispetto alla tesi della giurisprudenza, malgrado, come già evidenziato, l'esigenza di una ricostruzione sistematica coerente con i principi costituzionali in materia di funzione penale dovrebbe indurre ad un esito differente.

Proprio l'ambito al quale ci siamo riferiti dapprima costituisce il vero punto dolente della questione, non adeguatamente affrontato intanto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, che si sono limitate ad affermare l'estraneità «al perimetro delle valutazioni

⁹⁸ Cfr. DI ROSA, *op. cit.*, pp. 56-57.

contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, [di] ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa e alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento, quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'art. 16, comma 5 e segg., d.lgs. n. 286 del 1998»⁹⁹. Si potrebbe ritenere che la Corte dia prevalenza alle misure alternative, con funzione residuale dell'espulsione. Di fatto, però, non definisce alcun vincolo per il magistrato di sorveglianza che dovesse intervenire prima del tribunale. Prevalente risulterebbe il rimedio che interviene per primo, in una situazione di distribuzione delle competenze¹⁰⁰.

Va comunque rilevato come la dimensione concreta della problematica sia più circoscritta di quanto possa apparire, nel senso che coloro che subiscono una condanna entro i due anni saranno generalmente – anche se non obbligatoriamente – colpiti dall'espulsione del primo comma dell'art. 16 t.u. Se consideriamo che le pene entro i due anni difficilmente vengono eseguite – tanto che la stessa espulsione come sanzione sostitutiva è subordinata al difetto dei requisiti per concedere la sospensione condizionale della pena –, comprendiamo come il problema della disparità di trattamento fra lo straniero che si trova nelle condizioni per essere espulso sin dal momento della condanna, per il quale le misure alternative non dovrebbero potere trovare applicazione per il carattere imperativo del disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., e lo straniero che, essendo stato condannato, per esempio, ad una pena di tre anni di reclusione (quindi superiore a quella che consente di disporre

⁹⁹ Sul punto vd. TOVANI, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁰ Un'ulteriore problematica concernerebbe il caso di richiesta di misura alternativa in relazione al periodo di detenzione ulteriore all'espiazione della pena e protrattosi per rendere eseguibile l'espulsione già disposta. È stato rilevato come questo periodo di ultrattività della sanzione detentiva non sia privo di legittimazione, trovando la sua fonte nell'esigenza di procedere all'espulsione, esigenza che renderebbe incompatibile ogni pretesa di misura alternativa, malgrado l'incertezza dei tempi di esecuzione dell'allontanamento coatto. Vd. DI ROSA, *op. cit.*, p. 57. Al proposito può essere rilevato, intanto, che non vi dovrebbe essere spazio per il ricorso alle misure alternative perché queste dovrebbero svolgersi in sostituzione della pena detentiva, che invece è stata interamente espiata; inoltre, lo straniero potrebbe essere spostato nei centri di permanenza temporanea ed assistenza. L'eventuale – ragionevole – illegittimità della protrazione dello stato di detenzione, che potrebbe essere qualificata *sine titulo*, non può trovare la sua panacea nella concessione di misure – quelle alternative, appunto – che hanno una diversa finalità istituzionale.

l'espulsione), potrà beneficiare dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare e così impedire l'esecuzione del provvedimento ablativo del quinto comma dell'art. 16 t.u. per il difetto del requisito necessario dello stato detentivo, raramente si porrà in concreto, visto che rispetto a chi non vede eseguirsi la condanna la questione dell'applicazione delle misure alternative – quindi anche dell'espulsione – ovviamente non sussiste. Inoltre, chi dovesse essere condannato ad una pena maggiore di due anni e venisse a beneficiare delle misure alternative, andrebbe espulso comunque all'esito dell'espiazione della pena ai sensi del secondo comma dell'art. 13 t.u.

Bibliografia

R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1230 e ss.

P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2381 e ss.

F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, pp. 373 e ss.

P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10, pp. 1318 e ss.

A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione giustizia*, 2004, n. 2-3, pp. 359 e ss.

A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss.

S. CIAPPI, *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere*, in *Quaderni di sociologia*, 2006, n. 1, pp. 43 e ss.

L. DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di polizia*, 2004, n. 1-2, pp. 77 e ss.

L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, pp. 142 e ss.

G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, pp. 54 e ss.

M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, pp. 1281 e ss.

O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 96 e ss.

A. FRANCESCHETTI, *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, 2001, n. 4, pp. 263 e ss.

B. GIORDANO, *D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 – Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *Legislazione penale*, 1993, pp. 677 e ss.

A. GUIDO, *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Rivista penale*, 1996, pp. 608 e ss.

E. LANZA, *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 3, pp. 21 e ss.

E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Giuffrè, Milano, 2003.

G. LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Il corriere del merito*, 2006, n. 6, pp. 780 e ss.

G. LOCATELLI, *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 8, pp. 1035-1036.

C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, n. 3, pp. 211 e ss.

R. MAGI, *Stranieri e pericula libertatis: la giurisprudenza, tra rispetto dei principi e ricorrenti semplificazioni*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, n. 1, pp. 44 e ss.

A. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, in www.diritto.it del 25 settembre 2002.

A. MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in www.diritto.it del 12 giugno 2003.

G. MAROTTA, *Detenuti stranieri in Italia: dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2, pp. 39 e ss.

M. NIRO, *L'espulsione come "sanzione alternativa alla detenzione": note critiche*, in www.diritto.it del 27 marzo 2003.

L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, pp. 58 e ss.

M. PAGGI, *Misure alternative alla detenzione. In quale maniera possono usufruirne i cittadini extracomunitari irregolari*, in www.meltingpot.org, del 13 dicembre 2005.

M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2, pp. 207 e ss.

M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*, in www.altalex.com.

M. PAVONE, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in www.altalex.com dell'11 ottobre 2004.

M. PAVONE, *Le Sezioni Unite e l'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari*, in www.studiocataldi.it, del 5 maggio 2006 e in www.diritto.it del 18 maggio 2006.

L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*,

1999, pp. 1 e ss.

C. PERROTTA, *Espulsione amministrativa alla detenzione e ... detenzione alternativa all'espulsione alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 226/2004*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 89 e ss.

C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 87 e ss.

C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 209 e ss.

A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 718 e ss.

E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 23 e ss.

S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, n. 1, pp. 182 e ss.

R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 3, pp. 101 e ss.

Giurisprudenza

Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, n. 864, pp. 1469 e ss., e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999 n. 369, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 17 maggio 2001, n. 146, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, n. 2, pp. 462 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 8-15 luglio 2004, n. 226, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 4, pp. 2375 e ss., e in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 90 e ss., con nota di O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, pp. 96 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in www.cportecostituzionale.it e in www.penale.it.

Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, in *Foro*

italiano, 1983, II, cc. 461-462.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, in *Rivista penale*, 1985, pp. 900-901.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 febbraio 1988 (dep. 2 marzo 1988), Virga, in *Cassazione penale*, 1989, n. 307, pp. 286-287.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 ottobre 1995 (dep. 24 ottobre 1995), n. 4752, Padilla Chaves, in *Rivista penale*, 1996, p. 646.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 29 gennaio 1997 (dep. 25 marzo 1997), n. 631, Vasta, in *Cassazione penale*, 1998, n. 1237, p. 2131.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 6 ottobre 1998 (dep. 14 dicembre 1998), n. 4802, Antonacci, in *Cassazione penale*, 2000, n. 855, p. 1421.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 26 ottobre 1999 (dep. 30 dicembre 1999), n. 5895, Ceruti, in *Rivista penale*, 2000, pp. 516-517.

Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 27 febbraio 2002 (dep. 13 marzo 2002), n. 5, Martola, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 3, p. 101, con nota di R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, pp. 101 e ss., e in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1225 e ss., con nota di R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, pp. 1230 e ss.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, in *Rivista penale*, 2003, pp. 697-698, e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 185 e ss. La massima è riportata anche in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 717-718, con nota di A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, pp. 718 e ss.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 5 giugno 2003 (dep. 9 luglio 2003), n. 29097, Mema, in *Rivista penale*, 2004, p. 458.

Corte di cassazione, sez. I, 12 dicembre 2003 – 9 gennaio 2004, n. 518, Reda, in *C.E.D. Cass.*, n. 226.677, citata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, p. 150

Corte di cassazione, sez. I, ud. 7 maggio 2004 (dep. 15 luglio 2004), H. A., in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 10, p. 1218.

Corte di cassazione, sez. I, 22-30 settembre 2004 n. 38656, Romcevic, in *Guida al diritto*, 6 novembre 2004, n. 43, p. 66.

Corte di cassazione, sez. I, 26 novembre 2004, n. 46085, Hadir, in *C.E.D. Cass.*, n. 230191, riportata da M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, p. 1282.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 14 dicembre 2004 (dep. 17 gen-

naio 2005), n. 782, S.A., riportata da G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 56.

Corte di cassazione, sez. I, 17 gennaio 2005, Sheqia, in *C.E.D. Cass.*, n. 230586, riportata da M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, p. 1282.

Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, pp. 252 e ss., in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2005, n. 3, p. 191, e in www.altalex.com, con nota di M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*. La massima della sentenza è riportata anche in *Guida al diritto*, 16 luglio 2005, n. 28, p. 91.

Corte di cassazione, sez. I, 13-31 ottobre 2005, n. 39781, Iselaci, in *C.E.D. Cass.*, n. 232514, riportata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, pp. 150-151.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 18 ottobre 2005 (dep. 23 novembre 2005), n. 42234, Tafa, in *Corte Suprema di Cassazione – Massimario delle decisioni penali*, marzo 2006, cc. 22-23, mass. 232.741.

Corte di cassazione, sez. I, ordinanza 26 ottobre – 5 dicembre 2005, in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 215 e ss., con nota di C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, pp. 209 e ss.

Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 n. 7458 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, Alloussi, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 2, pp. 180 e ss., con scheda di C. RENOLDI, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, n. 1, pp. 181-182, con nota di S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, pp. 182 e ss. e alla pagina web www.stranieriinitalia.it.

Tribunale di Sassari, ordinanza 26 aprile 2004, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 181 e ss.

Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 15 luglio 2003, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 521.

Tribunale di sorveglianza di Sassari, ordinanza 24 febbraio 2005, in www.alef-fvg.it.

RIPARAZIONE E MEDIAZIONE NELL'AMBITO DELL'ESECUZIONE PENALE PER ADULTI

Riflessioni in margine alle "linee di indirizzo per l'applicazione della giustizia riparativa nell'ambito dell'esecuzione penale per adulti" (14.6.2005)

PATRIZIA CIARDIELLO*

L'avvento di una nuova centralità delle vittime nell'ambito della giustizia penale e del pressoché contestuale affermarsi del paradigma riparativo, comprensivo dell'affermarsi della teoria e della prassi della mediazione penale, possono essere annoverati, secondo diversi autori, tra i cambiamenti più importanti verificatisi nel campo del controllo del crimine a partire dagli anni '70.

Circa i motivi che è plausibile possano a tutt'oggi fondare tanto interesse per la mediazione (in tutte le sue applicazioni), diversi autori concordano sulla persistenza del disordine sociale e della violenza a causa della promessa non mantenuta dalla modernità di far prevalere, instaurati sovrani e diritto, la razionalità illuministica. La soluzione immaginata dalla modernità è stata fare del diritto lo strumento esclusivo per rispondere razionalmente e modernamente alla violenza sociale, dando vita ad una forma di violenza (formale, regolamentata, limitata: *il paradosso dell'origine* di cui scrive Mosconi) resa accettabile dalla promessa di interrompere il circuito della violenza arbitraria. Ma la modernità non ha portato alla negazione della violenza e l'illusione circa la possibilità che il governo della violenza esercitato dalla funzione disciplinare in seno alla giustizia penale in forma pressoché monopolistica assicuri il contenimento della stessa come dell'arbitrio nella punizione delle trasgressioni è stata definitivamente abbandonata (Resta: 1992, Ceretti: 1996, Vianello: 2004).

Venuta, dunque, meno la fiducia nell'adeguatezza dello strumento penale ad assicurare il perseguimento del progetto politico

* Educatrice

e sociale della modernità, il tentativo di pervenire con successo ad una definizione condivisa dei principi che dovrebbero fondare stabilmente la filosofia della pena, a partire dal costrutto di *bene comune* risulta sempre meno legittimabile

La crescente affermazione del pluralismo politico e sociale e il proliferare di centri di potere (culturali, religiosi, politici, economici) titolari di progetti e interessi che affiancano quelli dello Stato hanno indebolito irreversibilmente anche la sovranità dello Stato stesso, che può assumere, entro i confini sanciti dalla carta costituzionale, indirizzi che sono sempre più e sempre più spesso l'esito della competizione fra le parti sociali. Tali indirizzi si configurano come coerenti con una visione del diritto non più "meccanismo per regolare rapporti fra liberi ed eguali", espressione imparziale della volontà collettiva, ma "contrattazione fra ineguali", il cui esito prevalente appare il tratteggio della linea di demarcazione sulla quale il conflitto si è provvisoriamente fermato (cfr. Vianello: 2004).

L'affermarsi, dunque, del paradigma riparativo all'interno dei sistemi di giustizia criminale si inserisce nello scenario di una società "che cerca un nuovo modo di governarsi e di produrre coesione sociale, attraverso nuovi riferimenti per l'azione" (Faget: 2006). Qualcosa che possa costituire una risposta plausibile all'eclissi del fondamento di ogni ragione unitaria, negata dalla società post moderna perché scambiava una forma storica particolare, ossia la razionalità elaborata dalla cultura occidentale, per un principio universale e la imponeva alle altre civiltà, e cioè alle altre forme storicamente assunte dalla ragione, quale strumento di dominio (cfr. Magris: 1991, p.8-9). Qualcosa che, complice il crollo delle ideologie, lo spavento generato dalla crisi delle certezze e dallo *scontro di civiltà* in atto di cui gli attentati dell'11 settembre 2001 costituirebbero la prova irreversibile, assume, in alcuni casi, il volto della lotta a quanto viene definito "relativismo" come unica fonte di salvezza per l'occidente (cfr. Di Nuoscio: 2006).

Generata da una crisi dei meccanismi di regolazione sociale e, al suo interno, di legittimazione dell'istituzione giudiziaria, la giustizia riparativa si presenta, dunque, sin dai suoi esordi come capace di superare i limiti della pena retributiva e di quella riabilitativa, di accogliere una vasta gamma di posizioni, quelle di chi ritiene che possa diventare uno dei modi per attenuare il gravame della domanda sociale di giustizia sugli apparati deputati, per mitigare il sentimento di insicurezza che domina i cittadini, per tutelare le vittime e ridare loro voce e visibilità, per promuovere una maggiore responsabilizzazione degli autori di reato. Il tutto attraversato dal *filo rosso* della critica alla persistente centralità della sanzione pena-

le nella risposta alla criminalità e dal ripristino del legame sociale attraverso azioni riparatorie, dirette o indirette, nei confronti della vittima o della collettività.

Anche in Italia, con considerevole ritardo rispetto ad altri paesi, a partire dal progressivo e sempre più importante impiego in tal senso degli spazi agibili all'interno del processo penale minorile, la giustizia riparativa e la mediazione stanno diventando parte delle produzioni discorsive e delle pratiche che si collocano all'incrocio fra la tendenza del diritto a trasformarsi nella direzione della debolezza, mitezza, "fraternità", le cd. politiche di "nuova prevenzione", la difesa civica, il tentativo di ridare lustro alla ormai più che appannata prevenzione speciale con finalità positive.

Per quanto concerne l'esecuzione penale dei condannati adulti, il fondamento della necessità di conferire nuova enfasi alla giustizia riparativa viene generalmente rinvenuto¹ nelle modifiche introdotte:

a) dall'art. 11 della L. 663/86 concernente le prescrizioni da impartire agli affidati in prova al servizio sociale ("Nel verbale (delle prescrizioni, *n.d.r.*) deve (e non più *può*) anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato");

b) dall'art. 27 del Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario riformato nel 2000 (DPR 230) che al primo comma stabilisce che l'osservazione della personalità dei condannati deve implicare anche "...una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa".

La constatazione della "complessità e delicatezza della materia e la rilevazione della forte diversificazione delle prassi poste in essere in alcune realtà territoriali "per iniziativa soprattutto della Magistratura di sorveglianza" ha sollecitato i vertici del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ad un approfondimento teorico, affidato ad una Commissione istituita ad hoc, conclusosi nel 2005 con l'emanazione di "Linee di indirizzo sull'applicazione nell'ambito dell'esecuzione penale di condannati adulti" in grado di assicurare "... l'adozione di modelli (*implicitamente plurali, n.d.r.*) negli interventi di giustizia riparativa che risultino conformi alle Raccomandazioni delle N.U. e del Consiglio d'Europa..."

A fronte del riconoscimento, da parte della Commissione, di

¹ Giuffrida M.P., *Verso la giustizia riparativa*, in *Mediæres* n. 3/2004, Bari, Edizioni Dedalo

problemi di definizione del concetto di giustizia riparativa (pagg. 11-12), le Linee di indirizzo risultano l'esito di uno sforzo che, sia pur di alto profilo, ha coinvolto, col supporto di esperti esterni, la sola Amministrazione penitenziaria. Tale circostanza ha fatto sì che l'edificazione di letture condivise e "il dirimere alcuni nodi problematici" siano stati, di necessità, in assenza di un processo di co-costruzione, rinviati ad una fase successiva e alla responsabilità degli operatori più vicini alla erogazione e gestione degli interventi, con le criticità che da tempo vengono da più parti segnalate.

Sarebbe stata, in tal senso, assai utile, l'integrazione delle Linee di indirizzo con la presentazione, sia pure sommaria, degli orientamenti ermeneutici utilizzati da quella parte della Magistratura di sorveglianza che ha espresso finora orientamenti maggiormente contigui ai principi ispiratori dei documenti internazionali, con particolare riferimento al libero e volontario consenso delle parti e, con funzione di garanzia per l'autore di reato, ai criteri di ragionevolezza e proporzione che devono ispirare la condotta riparativa².

Molto chiara si presenta la parte in cui la Commissione entra nel merito delle definizioni di mediazione, restituzioni (oggetto materiale), risarcimento (ristoro della perdita patrimoniale), precisando il loro essere ascritte a differenti ambiti (giustizia riparativa la prima; sfera di diritto civile le seconde e il terzo).

Inequivoco anche il contenuto dell'affermazione che il risarcimento del danno "non è in nessun modo una pena" e non può pertanto, configurarsi come una risposta dello Stato al fatto criminoso.

Successivamente, la circolare entra, con i paragrafi 3.5 e 3.6, nel merito di quanto deve supportare l'azione riparativa:

l'assunzione di responsabilità rispetto al reato e alle conseguenze del medesimo, con particolare riferimento alla vittima, quale esito del processo riflessivo che gli operatori penitenziari devono sollecitare, a partire dall'evento-reato oggetto del giudicato, descritto nella sentenza di condanna.

In assenza di tale assunzione di responsabilità, "appare molto probabile il rischio di strumentalizzazione finalizzata esclusivamente all'ottenimento di benefici" (pag. 15).

Al riguardo, mi pare utile, in prospettiva, trascrivere, di seguito, in forma rapsodica, **riflessioni e domande**, concernenti anche il cd. "trattamento rieducativo" in generale:

a) il rischio di strumentalizzazione è intrinseco al sistema premiale, fondato sullo scambio penitenziario: l'ammissione ai be-

² cfr. Consiglio d'Europa R(99)

nefici è soggetta alle valutazioni discrezionali dell'apparato amministrativo e della Magistratura di sorveglianza e va, dunque, conquistata dal condannato dimostrando la propria "meritevolezza" ed affidabilità personale e sociale; la "strumentalità", in tal senso, fa parte dei repertori discorsivi regolarmente utilizzati all'interno del sistema, *in primis* dall'Amministrazione penitenziaria, sia pure con implicazioni differenti ascrivibili alle modalità di espiazione della condanna (interna/esterna). In tal senso, chiunque intervenga a qualsiasi titolo in progetti di natura trattamentale (e non) deve assumere come dato non contingente l'orientamento del condannato a procurarsi "vantaggi" in vista della conquista di uno status più favorevole come esito del processo di acculturazione;

b) in carcere, la dichiarata opzione di sollecitare l'affermazione del paradigma riparativo deve indurre ad occuparsi, preliminarmente, di come coniugare l'accoglimento di tali principi da parte di detenuti ed operatori (a partire dalla responsabilizzazione fino alla possibilità di modalità alternative di gestione dei conflitti) con l'esercizio spesso sovradimensionato del potere disciplinare, con l'incoraggiamento, diretto e indiretto, di processi di passivizzazione e, più complessivamente, con il lacunoso rispetto delle leggi e regolamenti³ (vedasi O. Vidoni Guidoni, nel saggio che descrive l'esperienza condotta nel 2000-2001 nel carcere "Le Vallette" di Torino);

c) per quanto concerne le persone ammesse all'esecuzione penale esterna, è indispensabile riflettere sulle implicazioni connesse alle differenti fattispecie di condannati: quelli arrivati alla misure alternative dopo un periodo di detenzione (in tal caso, la riflessione sull'eventuale progetto riparatorio avviata in carcere può procedere durante l'esecuzione esterna) e quelli provenienti dalla libertà (si chiede agli operatori di avviare la riflessione **durante** l'esecuzione penale esterna, senza aver potuto valutare l'ipotesi riparatoria nel corso dell'indagine sociale);

Ancora, l'avvio di più meditate sperimentazioni in materia di applicazione all'esecuzione penale dei condannati adulti del paradigma riparativo impone, a mio parere, alcune preliminari riflessioni su:

- la necessità di rileggere i documenti e le raccomandazioni internazionali alla luce della possibilità in essi rappresentata che

³ O. Vidoni Guidoni, *Riparare il danno o punire? Le ambivalenze della giustizia riparativa in ambito penitenziario*, in A. Balloni, G. Mosconi, F. Prina (a cura di), *Cultura giuridica e attori della giustizia penale*, Franco Angeli, Milano, 2004

riparazione e mediazione si configurino come un'alternativa alla condanna penale e al carcere e, dunque, come un tentativo di gestire il conflitto tra le parti al di fuori del dominio penale; tale necessità diventa tanto più cogente nella fase attuale, di ripresa del dibattito intorno alla riforma sostanziale dei codici, con la connessa previsione di misure non penali nella gestione dell'illegalità (si auspica che le recenti proposte di modifica del Codice di Procedura Penale, con l'ipotesi di mutuare dal processo minorile, per i reati di non grave allarme sociale puniti con reclusione fino a tre anni, la sospensione del processo da subordinare alla presentazione di un programma di recupero e "di conciliazione con la persona offesa" si configurino come un primo passo verso opzioni più coraggiose);

- la necessità di costruire consenso intorno all'idea che parlare di mediazione e riparazione, se non si protegge la mediazione dal processo e il processo dalla mediazione, non sia, intrinsecamente, progressista e "alternativo", specie in presenza della constatazione che non esiste, a livello mondiale, un compiuto accordo su quanto costituisce un "autentico" approccio alla giustizia riparativa (cfr. *Handbook on Restorative justice programmes*, elaborato dall'ONU – Office on Drugs and Crime, pag. 15 e appendice III dello stesso documento, recante una rassegna delle controversie in materia di caratteristiche essenziali di un programma di GR);

- la necessità di discutere sull'opzione – che sembra incontrare crescente favore – di connettere il coinvolgimento degli autori di reato in programmi di giustizia riparativa al fine di ridurre il rischio di recidiva, se non altro in considerazione della riconosciuta difficoltà, in assenza di lunghi e costosi follow-up, di conoscere se, come e quando tali programmi esercitino un'influenza in tal senso (cfr. *Handbook...* pagg. 84-85);

rispetto all'attuale panorama italiano nell'esecuzione penale degli adulti e alle riflessioni operate dalla Commissione:

- "la diffusa confusione terminologica" che accomuna nozioni giuridiche (quali restituzione e risarcimento del danno) e costrutti suscettibili di differenti interpretazioni (quali riparazione e mediazione) che non sono, ad oggi, codificati in modo inequivoco, a partire dallo stesso art. 27 co. 1 R.E.: la possibile sovrapposizione/identificazione fra riparazione e risarcimento trova fondamento proprio nella formulazione normativa ("la riflessione ... concerne le possibili azioni di riparazione... incluso il risarcimento...");

- come perseguire l'attuazione dell'art. 27 R. E. in assenza di ammissione di colpevolezza (non ritenuta, da alcuni orientamenti giurisprudenziali, indispensabile per escludere l'esistenza delle

condizioni per un graduale reinserimento del condannato⁴);

- come eludere il rischio di un impiego delle buone ragioni della giustizia riparativa al servizio delle cattive ragioni del correzionalismo: in tal senso, occorre, a mio parere, limitare rigorosamente l'azione dell'Amministrazione penitenziaria alla sollecitazione/facilitazione di apertura del condannato ad ipotesi di riparazione-mediazione, escludendo prassi che prevedono che il condannato dia forma ed espressione pubblica (nel senso di istituzionale, attraverso l'implicazione dell'équipe) a tale apertura: specie nel caso di maturata intenzione di avvicinamento alla vittima, sottrarre tale ricerca alla dimensione privata mi sembra passibile di trasformarsi in una diversa forma di violenza, sia per la vittima che per il condannato, sia pure giustificata dall'opportunità di dare enfasi a forme alternative di giustizia;

- come fronteggiare la questione non eludibile della criticità di una consensualità maturata all'ombra del diritto; si consideri, in proposito, che anche la versione più recente delle Regole Penitenziarie Europee contempla che il condannato possa avere accesso a progetti riparatori "se lo desidera";

- come eludere il rischio che il mancato consenso a "riparare" si traduca per il condannato in una sanzione aggiuntiva non tipizzata e, dunque, non ricorribile e nel rafforzamento del processo di stigmatizzazione;

- come adoperarsi per l'affermazione progressiva della giustizia riparativa in presenza del progressivo affermarsi, nella cultura di una cospicua parte della magistratura, della critica ad una risposta statale al crimine giudicata troppo mite e al parallelo auspicio del recupero del carattere afflittivo della pena, da effettuarsi anche attraverso la riparazione delle conseguenze del reato⁵.

Ancora, è indispensabile avviare le citate sperimentazioni senza esimersi dal riflettere circa alcuni rischi:

a) il rischio che mediazione e riparazione si aprano *"verso forme miti e sempre più private di risoluzione del conflitto, ma ... nei confronti di quei soli attori che per status possono farsi carico di trovare – privatamente – una soluzione"* (Pavarini, 2001);

b) il rischio di *"incremento del dominio della regolamentazione di tipo giuridico"* dei rapporti sociali; il rischio di *"istituzionalizzazione"* della mediazione, visibile nel progressivo allontanamento dal modello *"autonomo-comunitario-deprofessionalizzato"* più vicino alle origini del *restorative paradigm* in favore di un modello

⁴ Cass. Pen., sez.I, 25 maggio 2000, n. 2481

⁵ C. Sarzotti, *La cultura giuridica dei procuratori generali nelle relazioni inaugurali degli anni giudiziari*, in A. Balloni, G. Mosconi, F. Prina (a cura di), op. cit., pagg. 246-247

“legale-professionale”, esito dell’inclinazione del sistema formale di giustizia ad includere quanto all’esterno di esso si sia venuto determinando;

c) il rischio, in definitiva, che il paradigma compensatorio si pieghi “*ancillarmente alle sole ragioni del paradigma correzionale ovvero a quelle di un’ulteriore negoziabilità della pena*”⁶;

d) il rischio di una sminuizione della capacità dell’esperienza originaria della mediazione di palesarsi capace, occasionalmente, di “*favorire una diversa costruzione sociale del panico attraverso l’utilizzo di un vocabolario non punitivo nella soluzione dei conflitti*”, all’origine, secondo molti studiosi, della reale possibilità di influire sui tassi di carcerizzazione⁷;

e) il rischio che, attraverso la giustizia riparativa, si affermino surrettiziamente, in contrasto con la laicità posta a fondamento dell’ordinamento giuridico italiano, tentazioni da Stato etico, caratterizzato dalla coincidenza fra diritto e morale (che non vuol dire propugnare indifferenza a principi e valori, ma rinunciare all’uso autoritario del diritto e individuarne limiti)⁸. A quest’ultimo proposito, ritengo indispensabile avviare una seria quanto non episodica riflessione sui rischi di deriva correzionalista cui la giustizia riparativa è esposta in ragione del suo progressivo riconnettersi, non solo in Italia, a quella “giurisprudenza terapeutica” che propugna la necessità di dare contenuto “terapeutico” alle pene e che in tale *frame* inserisce senza imbarazzo anche la giustizia riparativa⁹. La saldatura fra incapacità della giustizia di “fare giustizia”, necessità di porre rimedio al “nothing works” del sistema dell’esecuzione penale, umanizzazione e proceduralizzazione del diritto e del “trattamento” viene in tal modo compiuta,

⁶ PAVARINI M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, Nuova serie, Anno V, gennaio-dicembre 2001, n. 1-3, pp. 124, 126, 128, 132.

⁷ P. Ciardiello, *Introduzione*, in *Quale pena. Problemi e riflessioni sull’esercizio della punizione legale (1992-2004)*, Milano, UNICOPLI, 2004, pag. 5

⁸ M. Cacciari, *Note sul mito della pena*, in *La rappresentazione della pena. Carcere invisibile e corpi segregati*, Communitas, Milano, Vita Non Profit Magazine, n. 7, febbraio 2006, pag. 209: “L’idea della pena come mezzo per perseguire fini di socializzazione dell’individuo deviante”, della pena come servizio, che celebra nel mondo i suoi trionfi ... comporta...una concezione organicista dello Stato in quanto *manipolatore terapeuta*, che si prende cura del criminale; la presunzione, da parte di chi dà la pena, di possedere sistemi di valore cui è *bene* educare, presunzione logicamente insostenibile nell’ambito di una cultura politico-giuridica che si origina dalla distruzione di quell’orizzonte di trascendenza conferente forma e misura alla retribuzione.”

⁹ www.nji.ca/Public/documents/REV82_F_Judgingfor21stCentury_000_004.pdf: nel sito è possibile rinvenire un corposo documento dell’Istituto Nazionale dei Magistrati canadesi in cui quanto sopra è ampiamente teorizzato.

retoricamente e autoreferenzialmente, attraverso l'affermazione di un sistema che vede nella "terapeutizzazione" del diritto il rimedio per eccellenza, utile, addirittura, al contrasto di "visioni veteropositiviste del trattamento".¹⁰ Tale tendenza, inaugurata con il trattamento dei condannati con diagnosi di tossicodipendenza, si è progressivamente estesa fino all'attuale, frequente inserimento nelle ordinanze di prescrizioni di "accompagnamenti terapeutici" e "accertamenti psicologici", volti ad "assicurare" circa il rischio di quello che, con esplicita mutuazione dal modello clinico, viene definita "ricaduta".^{11,12}

In tale direzione, in consonanza, peraltro, con quanto previsto dall'art. 115 co. 6 del Regolamento di Esecuzione¹³ e considerata l'asserita necessità di fare della giustizia riparativa l'occasione per tornare a riflettere sul **trattamento** dei condannati, credo occorra avviare seri programmi di ricerca comparativa sui **paradigmi teorici e sulle coerenti prassi operative** compatibili con:

- a) la laicità dell'ordinamento giuridico italiano;
- b) la prevalenza della funzione rieducativa della pena più volte ribadita dalla Corte Costituzionale rispetto agli elementi di difesa sociale e di prevenzione che fanno correre "il rischio di strumentalizzare l'individuo a fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo all'esemplarità della sanzione"¹⁴;
- c) il carattere individualizzante che, ai sensi del vigente ordinamento penitenziario, deve assumere ogni intervento trattamentale, al riparo da approcci che includano il singolo condannato in "tipologie" massificanti e prevedano trattamenti imperniati su una visione "ingenua" quanto meccanicistica delle presunte "cause" dei comportamenti trasgressivi;
- d) la necessità di valutare in modo trasmissibile i cambiamenti

¹⁰ Ciappi S., *Therapeutic Jurisprudence. Riflessioni su di una concezione postliberale del diritto e della pena*, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, volume XII, 2001

¹¹ Ciappi S., *cf. op. cit.*

¹² In *Un carcere senza bussola sociale*, Nuova città,... Emilio Santoro descrive lo spostamento dell'origine causale della criminalità "alla condizione più o meno patologica" dell'autore di reato avvenuto con l'affermarsi del paradigma sociale e il successivo venir meno del senso delle tecnologie disciplinari, cui è seguito lo smarrimento di un modello di reinserimento sociale in grado di guidare gli operatori penitenziari, smarrimento cui attribuisce la crisi del carcere risocializzante.

¹³ "L'idoneità dei programmi di trattamento a perseguire le finalità della rieducazione è verificata con appropriati metodi di ricerca valutativa".

¹⁴ Gallo E., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, XXXIX, p.3204, citato da Sarzotti C., *Percorsi didattici sul carcere*, <http://www.comune.torino.it>

intervenuti, a seguito del trattamento, nell'attribuzione dei significati attribuiti all'esperienza di cui il reato è parte;

e) una visione dell'uomo sociale "come luogo e sorgente di azione" (Amerio) e "come principale informatore in merito alla realtà che non subisce, ma costruisce" (Patrizi);¹⁵

f) la necessità che, nel trattamento come negli interventi di mediazione, siano sempre esplicitati e formalizzati i modelli teorici ed epistemologici di riferimento utilizzati (intesi come riferimenti operativi basati su concezioni teoriche che si sostanziano in coerenti prassi operative);

g) la necessità di mettere alla prova i differenti modelli ad oggi impiegati nel campo delle pratiche in materia di giustizia riparativa e mediazione: quelli, di impronta educativo-terapeutica,¹⁶ che privilegiano, nell'intervento, "la parte nascosta del conflitto, i sentimenti non espressi"¹⁷ e quelli che, focalizzandosi sui contenuti manifesti delle narrazioni, danno conto dei processi di reciproca tipizzazione messi in atto dalle parti in controversia o conflitto, dunque, sulle "teorie" cui le parti ascrivono quella che definiscono come realtà (ovvero la dimensione "costruttiva" della conoscenza); tale comparazione si configura come particolarmente importante nella prospettiva della ricerca intorno alle risposte in grado di farsi carico degli interrogativi che fanno riferimento a più universi di senso, a più repertori normativi e di promuovere dialogicamente processi di costruzione di coerenze non sostanziali, ma pragmatiche;¹⁸

h) la necessità che la formazione in materia di trattamento, giustizia riparativa e mediazione sia preceduta e seguita, senza soluzione di continuità, da attività organizzative coerenti, che sollecitino la messa in opera di quanto veicolato attraverso la formazione, pena l'insignificanza sostanziale di quest'ultima sul piano dei cambiamenti culturali di lungo periodo. Questo chiama in causa la responsabilità, in primo luogo, di quanti, a diverso titolo, rivestono, all'interno dell'Amministrazione penitenziaria, ruoli di vertice.

Nell'alveo delle riflessioni sin qui esposte, sono dell'opinione che ridefinire per gli operatori penitenziari una metodologia tecnico-professionale in grado di tener conto delle compatibilità sopra cennate richieda una rivisitazione degli **obiettivi del processo di intervento**, non infrequentemente influenzato, come anticipato,

¹⁵ Linee di indirizzo..., pag. 15

¹⁶ cfr. F. Vianello, *Diritto e mediazione. Per riconoscere la complessità*, pagg. 133-137

¹⁷ A. Ceretti, F. Di Cio, *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, anno VI, n. 3, pag. 117

¹⁸ cfr. F. Vianello, op. cit., pagg. 157-158

da modelli eziologici di ispirazione positivista da tempo messi radicalmente in discussione¹⁹ che concepiscono l'autore di reato come determinato a delinquere da presunte ed identificabili cause, interne ed esterne.

Secondo tali modelli la realtà è precedente e indipendente dall'osservatore; l'identità è un'essenza preesistente alle nostre possibili definizioni la cui natura verrà disvelata dalle nostre analisi piuttosto che processualmente e dialogicamente costruita attraverso l'interazione con tutti i significati socialmente prodotti; le opzioni devianti sono attribuibili al possesso di "tratti" di personalità patologici o a "distorsioni cognitive", come tali da "curare" ovvero "correggere"; la recidiva ha un valore euristico inconfutabile rispetto alle "inclinazioni" criminali dell'attore e alla sua risposta al trattamento.

L'apertura alle trasformazioni epistemologiche in atto a partire dalla seconda metà degli anni Settanta nell'ambito delle discipline umanistiche suggerisce da tempo l'opportunità di fare spazio ad una accezione del trattamento come intervento costruito con l'individuo in interazione e ad un'accezione di personalità/identità come processo interpersonale legato ai contesti. In tal senso, la formazione del personale non può non tener conto del riferimento emergente a paradigmi di ricerca di tipo ermeneutico-interpretativo che hanno portato in primo piano nella ricerca storica, sociologica, antropologica, e psicologica la questione del *significato* e, dunque, lo studio del linguaggio, del discorso, della *narrazione* e di come le narrazioni diano forma alle realtà, attraverso "resoconti" che costituiscono «una versione della realtà la cui accettabilità è governata dalla convenzione e "dalla necessità narrativa", anziché dalla verifica empirica e dalla correttezza logica» (Groppo, Ornaghi, Grazzano, Carrubba: 1999, 30). Per tale via, perde senso la ricerca delle cause dei comportamenti umani e diventa determinante considerare la rilevanza dei significati che le situazioni assumono per la persona nonché gli effetti pragmatici che tali significati producono (Turchi, Baciga 2002, 84)²⁰.

In tal senso, desta qualche perplessità la previsione, all'interno della "Proposta di percorso formativo per operatori dell'area penale" licenziata dalla Commissione, di "sviluppare la capacità

¹⁹ A. Salvini, *Argomenti di psicologia clinica*, Domeneghini Editore, Padova, 1998; P. Ciardiello, G. P. Turchi, Appendice I in "Reato e identità. Atti e contributi per l'operatività professionale", Domeneghini Editore, in http://www.giustizia.it/ministero/struttura/dipartimenti/dirgen/attivita_issp.htm

²⁰ P. Ciardiello, Relazione introduttiva al Convegno "Reato e identità. Implicazioni epistemologiche ed operative nel trattamento dei condannati", Milano, 25 marzo 2004

di identificare gli aspetti giuridici, sociali e psicologici (della riflessione sulle condotte antigiuridiche) con riferimento alle diverse *tipologie di reato* (corsivo mio). Tale espressione potrebbe, temo, sollecitare il recupero di approcci tributari del positivismo criminologico, come tali inclini ad identificare/sovrapporre l'autore con il reato, attraverso definizioni classificatorie generiche quanto tipizzanti, opposte alla tensione individualizzante che permea l'ordinamento penitenziario.

Ancora, sono del parere che la sollecitazione dell'avvio di processi riflessivi concernenti il reato e le conseguenze del medesimo e di limitare il rischio suddetto non debba necessariamente implicare investigazioni circa la veridicità del racconto del detenuto circa le vicende connesse alla commissione del reato stesso.

Tale verifica sarebbe difficilmente conciliabile con la consapevolezza emergente che anche l'attività degli attori del processo penale, degli operatori del diritto e delle forze dell'ordine "è spesso orientata da interessi pratici, pregiudizi e tipizzazioni"²¹, ma anche con l'affermazione che la giustizia riparativa deve favorire non la ricostruzione della verità fattuale, ma di quella soggettiva e soggettivamente narrata²².

È senz'altro possibile (anzi, necessario) attrarre l'attenzione del condannato sui passaggi del suo resoconto che evidenziano incoerenze "narrative" allo scopo di fargli intravedere nuove, diverse possibilità di dare senso alle proprie ed altrui esperienze, ma non solo con riferimento al reato.

È in tal senso, a mio parere, che si può intendere quanto precisato in tema di osservazione della personalità dal primo comma dell'art. 27 R. E., da realizzarsi "con riferimento al **modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento**".

Può, in tal senso, essere utile supportare il condannato nella costruzione retrospettiva e anticipatoria per aiutarlo ad uscire dai sistemi di credenze circa se stesso, gli altri e il mondo suscettibili, come è noto, di caricarsi di effetti pragmatici. Del resto, già W. I. Thomas aveva riassunto la particolarità delle scienze sociali, con il suo teorema per il quale «Se gli uomini definiscono certe situazioni come reali, esse sono reali nelle loro conseguenze».²³

²¹ G. Mosconi, D. Padovan, *Processo penale e costruzione sociale del "delinquente"*, in A. Balloni, G. Mosconi, F. Prina (a cura di), op. cit., pag. 164

²² C. Mazzucato, Intervento all'incontro Commissione nazionale di studio su Mediazione Penale e Giustizia Riparativa - Referenti regionali Dipartimento Amm.ne Penitenziaria, Roma, 15.12.2005

²³ Merton R.K. (1968), *Social Theory and Social Structure*, New York: The Free Press, p. 765-766.

In conclusione, sono del parere che l'assenza, allo stato, di condivisione con la Magistratura di sorveglianza, ma anche con il più vasto mondo di quanti si occupano, a vario titolo, di giustizia riparativa e mediazione, di "scelte di chiarezza" non si fondi esclusivamente sulla lacunosità di un dialogo, pur indispensabile, finora non attivato quanto dal confrontarsi di repertori discorsivo-normativi interni o esterni a una concezione sostanziale della giustizia, fondata sulla presupposizione di aspettative normative condivise, in cui al diritto è conferito il ruolo di realizzare direttamente un determinato progetto della dimensione comunitaria.

In tal senso, appare plausibile formulare l'ipotesi che gli sforzi maggiori non potranno che convergere, per un lungo periodo di tempo, sulla costruzione delle condizioni per pervenire ad un consenso, anche giuridicamente mediato, che rappresenti l'esito di una riflessione sul ruolo che il diritto e la pena devono avere nella società.

In assenza di tale riflessione, può costituire facile profezia anticipare che anche la mediazione è destinata, parafrasando Faget²⁴, a perdere progressivamente la sua capacità di porre domande al sistema, chiudendo ulteriormente ogni gioco che punti al ridimensionamento dell'uso dello strumento penale.

²⁴ *"Una mediazione che non ponesse domande al sistema non aprirebbe alcun gioco"*, in F. Vianello, op. cit., pag. 149

LA PERCEZIONE DEL SISTEMA PENALE ITALIANO DA PARTE DEI DETENUTI STRANIERI

ROBERTO M. GENNARO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Perché accogliere la prospettiva degli attori sociali. - 3. Il supporto empirico. - 4. Gli agenti di pubblica sicurezza. - 5. Il rapporto con gli avvocati difensori. - 6. I magistrati. - 7. I rapporti con la polizia penitenziaria.

1. Introduzione

La diffusione del sentimento di insicurezza collettiva che contraddistingue l'attuale momento di trasformazione delle società occidentali ha portato a una crescente domanda di soluzioni repressive rivolte contro categorie e soggetti ritenuti pericolosi, tra cui quella degli immigrati extracomunitari. In una recente indagine del Censis¹, oltre un quinto della popolazione italiana ha affermato di considerare gli stranieri una minaccia per la propria incolumità, mentre circa tre quarti ritengono che esista una diretta correlazione fra immigrazione e crescita della criminalità.

Si tratta di opinioni che non appaiono del tutto aderenti alla realtà dei fatti, poiché alle paure manifestate non è detto corrisponda un'effettiva crescita della criminalità, o che tra gli stranieri si registri una maggiore attitudine al comportamento deviante. La verifica di quest'ultimo aspetto, attraverso una rilevazione "oggettiva" della devianza degli immigrati, non sembra di facile realizzazione, come dimostrano le cifre non sempre concordanti fornite da diverse fonti ufficiali (per esempio, Ministero dell'Interno e Ministero della Giustizia).

I dati disponibili, comunque, più che mostrare una maggiore disposizione al crimine, rivelano che per uno straniero denunciato la possibilità di essere privato della libertà è tre volte superiore

*Dottore di ricerca in Sociologia e metodi della ricerca sociale, collaboratore di ricerca in Diritto Penale e Criminologia, Università di Catania.

¹ *Le paure degli italiani. Criminalità e offerta di sicurezza*, 2001.

rispetto a quella di un cittadino italiano. Ogni 100 cittadini non comunitari segnalati all'autorità giudiziaria, infatti, circa 42 vengono arrestati, mentre lo stesso rapporto è di 15/100 per gli italiani. Inoltre, considerando la popolazione carceraria, il 29% dei detenuti italiani sono imputati in attesa di giudizio mentre questa percentuale supera il 73% tra gli stranieri. Queste statistiche evidenziano il carattere essenzialmente cautelare della detenzione degli stranieri (in altri termini, gli stranieri hanno una probabilità più alta, rispetto agli italiani, di essere immediatamente reclusi), insieme alla sostanziale inaccessibilità per gli immigrati delle misure alternative alla detenzione, come gli arresti domiciliari, la liberazione condizionale, etc.

Gli ultimi rilievi inducono ad accostarsi alla lettura e all'impiego delle statistiche in materia di criminalità con particolare attenzione, e non solo con le cautele dettate in generale dalla comprensione del contesto e delle modalità di rilevazione e registrazione dei dati. L'andamento delle statistiche relative alle denunce, agli arresti e alla popolazione carceraria fornisce infatti la misura della "produzione" delle forze di polizia (e più in generale dell'amministrazione della giustizia), risultato di tre fattori principali che si condizionano a vicenda. Secondo l'analisi di Palidda, questi fattori possono essere così rappresentati:

«a- l'equilibrio o lo squilibrio tra le azioni repressivo-penali e quelle sociali nel trattamento dell'esclusione sociale e della devianza;

b- l'attitudine denunciatoria della popolazione, ossia le richieste di repressione più o meno pressanti rivolte alle polizie e all'amministrazione della giustizia contro reati e soggetti considerati dannosi;

c- l'andamento effettivo della delittuosità identificata, connesso alla sostituzione ed etnicizzazione degli attori devianti o presunti tali e all'andamento dei "mercati" delle attività delittuose»².

A complicare ulteriormente la valutazione del contributo offerto dagli stranieri al compimento di attività delittuose, si pongono, da una parte, il problema della percezione diversificata della devianza, dall'altra un effettivo incremento della c.d. micro-criminalità o criminalità diffusa. In un clima generale talvolta al limite della deriva xenofoba, è riscontrabile una crescita nella disposizione a denunciare lo straniero, responsabile per lo più di

² S. Palidda, *Devianza e vittimizzazione*, in *Quarto rapporto sulle migrazioni*, a cura della Fondazione Cariplo-Ismu, Milano, 1998, cap. 2.5, pp. 146-147.

reati minori e del proliferare delle c.d. *incivilities* di tipo sociale (uso di alcol e droga in pubblico, ubriachezza molesta, risse in strada, etc.). Questi comportamenti, pur costituendo una minaccia meno grave rispetto a quella originata, ad esempio, dalla criminalità organizzata, colpiscono ampi strati della popolazione, risultando inoltre molto “visibili”. Ciò alimenta la percezione della pericolosità dell’immigrato e al tempo stesso la rafforza, innescando un processo di causazione circolare.

Tale fenomeno tende ad assumere connotazioni più marcate in quelle aree storicamente considerate più sicure, le città del Nord Italia ad esempio, dove i segni delle trasformazioni sociali in atto – ivi compreso un depauperamento sostanziale che non riesce a trovare soluzione nei vecchi dispositivi compensatori del welfare – vengono percepiti non solo come cause di degrado urbano, ma anche come minacce per le forme di convivenza civile e aspetti di erosione delle posizioni acquisite. Come suggerisce Bauman, in questi casi l’incertezza endemica connessa con la presenza degli stranieri, finisce per trovare sfogo in uno sforzo continuo volto a controllare la costruzione dello spazio sociale³.

Il tentativo di difendere tale spazio sociale conduce, secondo De Giorgi, a una «inclusione subordinata» che non porta né a un’esclusione o a un rifiuto radicale, né a un’inclusione e a un allargamento della cittadinanza. Si tratta di un processo funzionale solo alle esigenze del mercato del lavoro dei Paesi di destinazione, che avviene attraverso «una limitazione degli ingressi sulla base delle effettive esigenze del sistema produttivo, affiancato da una politica legislativa di “dosaggio” dei diritti di cittadinanza»⁴.

Piuttosto diversa è la situazione nel Mezzogiorno, area in cui gli stranieri, pur fronteggiando una realtà occupazionale molto disagiata, mostrerebbero una propensione al comportamento criminale relativamente contenuta. Nel Sud e nelle Isole la percentuale di stranieri sui denunciati è difatti più circoscritta, in modo particolare per i reati più gravi come l’omicidio o il tentato omicidio, mentre nel Centro Nord la quota di immigrati denunciati sul totale appare elevata pure per tali delitti. Anche per quanto riguarda i reati connessi con la droga, al Sud il peso degli stranieri sul totale appare notevolmente più contenuto rispetto al Nord (8% nel Sud e Isole contro il 40% per il Centro-Nord).

Alla spiegazione di tale situazione possono concorrere diversi

³ Z. Bauman, *Le sfide dell’etica*, Oxford, 1993, tr. it., Feltrinelli, Milano, 1996, p. 163.

⁴ A. De Giorgi, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2000, p. 55.

fattori, non necessariamente alternativi. Innanzi tutto, nel meridione sembra persistere una maggiore tolleranza (sia della popolazione che delle autorità) verso alcuni comportamenti devianti di minore gravità, tra i quali rientrano quelli solitamente ascritti agli stranieri. A ciò può aggiungersi che la criminalità organizzata locale, estremamente radicata nel territorio, non concede spazio a quella d'altra natura. Una forte e capillare presenza di gruppi criminali autoctoni rende più difficile l'inserimento nel tessuto delinquenziale di gruppi di immigrati, ai quali resterebbe solo la possibilità di un reclutamento individuale in ruoli di secondo piano⁵. Si assiste così a un fenomeno di sostituzione del tutto simile a quello che ha interessato l'economia regolare, in cui gli italiani hanno ceduto agli stranieri le posizioni meno qualificate e remunerative della "piramide legittima". Allo stesso modo gli italiani hanno consegnato agli immigrati la base della "piramide penale", ossia il livello più basso della delinquenza urbana⁶.

L'allarme sociale appare, dunque, correlato alla commissione di reati "di strada" da parte di soggetti portatori di altre abitudini e altri costumi, che in tal modo sembrano palesare il rifiuto delle regole ritenute alla base della convivenza civile. Tali comportamenti devianti coinvolgono il vivere quotidiano e rendono molto elevato il rischio di vittimizzazione diretta, attivando un processo di causazione circolare difficile da arrestare. Giddens ritiene che «il fatto di trarre sicurezza dall'attendibilità o dalla rettitudine degli altri è una sorta di "reincisione" emotiva che accompagna l'esperienza degli ambienti sociali e materiali che ci sono familiari». (...) «La prevedibilità delle piccole *routine* quotidiane è profondamente legata a un senso di sicurezza psicologica. Quando queste routine vengono sconvolte per una qualsiasi ragione, subentrano stati d'ansia capaci di scuotere e alterare anche gli aspetti più saldamente radicati della personalità»⁷. Il legame che si instaura tra l'individuo e le proprie abitudini quotidiane presenta una natura ambivalente. Ogni routine, infatti, può dirsi psicologicamente rilassante, nella misura in cui allontana l'ansia dell'imprevisto a favore di una sequenza di gesti previsti e prevedibili. Rimane, però, qualcosa su cui non è possibile rilassarsi, dal momento che la continuità necessaria al suo consolidamento passa attraverso una costante opera di "vigilanza" e di conferma. L'impatto emotivamente

⁵ Cfr. G. Marotta, *Immigrati: devianza e controllo sociale*, Cedam, Padova, 1995.

⁶ Cfr. S. Palidda, *La devianza e la criminalità*, in *Primo rapporto sulle migrazioni*, Franco Angeli, Milano, 1995.

⁷ A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, 1990, trad. it., Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 100-101.

sconvolgente causato dall'aggressione di questa continuità è stato correttamente descritto dall'etnometodologia, in modo particolare da quegli esperimenti che il professor Harold Garfinkel fece condurre ai suoi studenti sul carattere indicale delle relazioni quotidiane. «Il risultato è una sospensione della fiducia accordata al prossimo come agente attendibile e competente e il subentrare di ansie esistenziali che prendono la forma di sentimenti di offesa, confusione e tradimento, uniti a sospetto e ostilità»⁸.

Descritta in questi termini, la nostra realtà appare molto distante da quella tradizionalmente considerata dalla scuola criminologica italiana (ma non solo) nel secolo scorso. Per la coscienza comune il crimine era identificato da alcune fattispecie ritenute particolarmente gravi, come l'omicidio o il furto. Per tale ragione, costruire il tipo del delinquente significava costruire il tipo dell'omicida o del ladro, con il corollario che all'astensione da queste condotte veniva riconosciuto il più alto dei doveri morali sociali.

All'individuazione di un tipo criminale sembra essersi sostituito un più generale bisogno di sicurezza, la necessità di protezione da atti che ledono la libera gestione della propria quotidianità. Da un'insicurezza definita dalle paure personali si è passati al primato delle preoccupazioni sociali, in grado di riorientare e definire le paure individuali. In una celebre opera di Durkheim, si legge che l'atto criminale diventa tale in quanto offende sentimenti collettivi profondamente radicati, per cui «non bisogna dire che un atto urta la coscienza comune perché è criminale, ma che è criminale perché urta la coscienza comune. Non lo biasimiamo perché è un reato, ma è un reato perché lo biasimiamo»⁹. Il reato, quindi, può esser spiegato come una costruzione sociale strettamente avvinta alla coscienza collettiva che esso offende. Un'azione può dirsi socialmente riprovevole perché viene respinta dalla società e da quelle istituzioni, come lo Stato, che, facendosene portatrici, mediano il sentire collettivo. L'insicurezza, la paura del crimine (di certi crimini) diventano percezioni capaci di irrompere anche nel processo di definizione della politica penale. Ed è forse proprio da questa prospettiva che si può apprezzare in pieno l'importanza del problema della devianza straniera, insieme con la necessità di dotarla di significati che sappiano diradare le ambiguità che ancora la circondano.

⁸ A. Giddens, *op. cit.*, p. 101.

⁹ E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, 1893, trad. it., Comunità, Milano, 1962, p. 103.

2. Perché accogliere la prospettiva degli attori sociali

In questo quadro di riferimento, non pare superfluo chiedersi se e quanto il nostro sistema penale, tanto nella sua complessità che nelle sue singole componenti, sia in grado di interagire correttamente con lo straniero che ne venga in contatto. Qualunque sia l'iter personale che lo conduce all'atto deviante, dal perfezionamento di una fattispecie penale si apre innanzi allo straniero un percorso i cui contenuti concreti saranno mediati da agenti di pubblica sicurezza, organi giudicanti e, in caso di condanna, operatori penitenziari. L'assenza di distorsioni prodotte dalla nazionalità dell'imputato o del detenuto dimostra che le nostre garanzie processuali non sono "a geometria variabile", orientabili a seconda di imputazioni e imputati.

Secondo un'opinione largamente condivisa il diritto è uno strumento capace di esprimere e strutturare le esperienze che costituiscono il tessuto connettivo, la base della vita sociale. Tale capacità risiede nell'attitudine a delimitare i significati di importanti categorie concettuali (come la proprietà, il possesso, il contratto, la responsabilità, etc.) che regolano o definiscono le relazioni sociali. Di contrario avviso sono coloro che, rifacendosi a uno degli assunti di base della sociologia del diritto, ritengono che sia la società a creare il diritto, mentre gli effetti del diritto sulla società devono essere oggetto di studi empirici. Tale dicotomia può dirsi ormai superata, dal momento che nella maggior parte delle riflessioni più recenti viene rifiutata ogni visione in cui diritto e società siano sfere in qualche modo separate, o addirittura in competizione. Secondo Nelken¹⁰ non può ragionevolmente mettersi in dubbio la capacità del diritto di interpretare la realtà, stabilendosi cosa debba essere considerato verità – cioè comprensione corretta o conoscenza affidabile – per determinati scopi giuridici. A meritare una più accurata riflessione sono i limiti insiti nel metodo che conduce a tali verità, ossia nel ragionamento giuridico.

Una delle limitazioni più significative del comune ragionamento giuridico è la pressoché totale mancanza di considerazione del rapporto tra "cause" e "conseguenze" sul piano delle forze sociali condizionanti. Secondo Tarello, ciò accade perché «di solito un giurista professionale, se si pone qualche problema in ordine alla cosa chiamata ragionamento giuridico, non assume come riferimenti i ragionamenti logici applicati a proposizioni che contengano termi-

¹⁰ D. Nelken, *The truth about law's truth*, in *European Yearbook in the Sociology of Law* 1993, pp. 87-160.

ni giuridici, né i ragionamenti propri di una logica dei modi deontici o delle qualificazioni normative; assume invece come riferimento dei procedimenti discorsivi specificamente riconducibili al proprio campo di esperienza (il campo giuridico): procedimenti discorsivi che è legittimo chiamare – in modo sia pure generico – ragionamenti perché mirano a condurre da una premessa (giuridica) ad una conclusione (giuridica), consentendo tecniche standardizzate per fondare o giustificare decisioni (giuridiche) e per suscitare un assenso (pratico)¹¹. Inoltre, nel tentativo di assicurare maggior rigore scientifico, si fa frequente ricorso a elementi concettuali derivati da altre discipline scientifiche. I concetti presi in prestito finiscono però per essere trasformati, a volte del tutto stravolti, in modo da poterli rendere adatti a un uso giuridico¹². Come ha notato efficacemente Tarello, «le discipline che hanno una tradizione più antica, come la giurisprudenza, la storiografia, la teologia, si sono differenziate l'una dall'altra (e ciascuna rispetto alla filosofia) solo gradualmente; tra i metodi (e perciò gli argomenti) delle une e delle altre vi sono molti reciproci prestiti; il loro costituirsi come discipline autonome, l'evoluzione dei loro metodi, e la direzione e frequenza dei reciproci prestiti di metodi e di argomenti, sono stati determinati o resi possibili, in tutte le epoche, da condizionamenti lessicali e, soprattutto, politico-ideologici»¹³.

Alla luce di tali considerazioni è ragionevole chiedersi se, anche solo da un punto di vista astratto, sia ravvisabile negli strumenti giuridici l'idoneità a garantire un unico e coerente modo di comprendere la realtà. Se così fosse, il diritto diverrebbe un astratto componente della comprensione, avulso da qualsiasi tipo di collocazione sociale. È questa l'opinione di Luhmann, che ritiene il diritto un sistema di comunicazione non legato ad alcun contesto specifico¹⁴. Diversamente da Luhmann, Hart ha ravvisato «il fondamento di un sistema giuridico in quella situazione sociale in cui una regola secondaria di ricognizione è accolta e usata per identificare le regole primarie di obbligazione»¹⁵. Il problema se una regola di ricognizione esista, quale ne sia il contenuto e quali criteri di validità stabilisca, è considerato dallo stesso autore «una empirica,

¹¹ G. Tarello, *Diritti, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 425.

¹² R. Cotterell, *Why must legal ideas be interpreted sociologically?*, in *Journal of Law and Society*, volume 25, n. 2, June 1998.

¹³ G. Tarello, *op. cit.*, p. 437.

¹⁴ N. Luhmann, *The coding of the legal system*, in *State, Law and Economy as Autopoietic System*, 1992.

¹⁵ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Oxford, 1961, trad. it., Einaudi, Torino, 1965, p. 97.

sebbene complessa, questione di fatto»¹⁶. Tale regola fondamentale di ricognizione, dunque, si identifica con la pratica di coloro che decidono, ed è da questa pratica inferita.

Gli studi del movimento americano *Law and society* hanno evidenziato la necessità di esaminare il diritto all'interno di una struttura che contempli anche le qualità e le caratteristiche degli operatori che agiscono all'interno del sistema giuridico. Tale necessità nasce dalla considerazione (supportata da diverse ricerche) che il sistema stesso non è in alcun modo definibile un campo d'azione uniforme. Barriere significative, infatti, ostacolano un accesso egualitario. In un famoso articolo¹⁷ Galanter ha messo in risalto gli effetti distorsivi del capitale economico e sociale in ogni fase del processo legale. In numerosi altri studi¹⁸ è stato rilevato quanto possa essere problematica l'influenza del diritto sulla società, con particolare riferimento alla "cattura" del diritto, sia da parte di operatori che formalmente sono semplici mediatori (ma che di fatto esercitano la discrezionalità nel proprio interesse), sia da parte di coloro che si conformano al diritto e hanno la capacità di evitare, resistere o reindirizzare il diritto stesso.

Lo studio del diritto che concentra la propria attenzione sopra il dato normativo, dunque, non è in grado di dar conto dei procedimenti complessi attraverso cui la norma trova concreta applicazione. La devianza non è una qualità intrinseca a un determinato atto, ma emerge piuttosto dall'applicazione di norme e delle relative sanzioni nei confronti di un certo comportamento. La conseguente relatività della nozione di devianza spinge a porsi i problemi del conflitto sociale e della complessità anche in relazione ai giudizi di illiceità provenienti dai soggetti del controllo sociale, insieme alla necessità di tenere nella dovuta considerazione anche gli orientamenti culturali della società in generale. Non è infatti possibile ignorare il valore altamente sintomatico che le opinioni e i comportamenti dei soggetti incaricati della funzione repressiva esercitano sulla definibilità del delitto e dei suoi autori. Il controllo sociale, come sostiene Lemert, deve essere considerato negli studi criminologici «una variabile indipendente piuttosto che una modalità costante, o meramente corrispettiva, di reazione sociale nei confronti della devianza»¹⁹. In altri termini, il numero di coloro che

¹⁶ *Ivi*, p. 245.

¹⁷ M. Galanter, *Why the "Haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change*, in n.9 *Law and society*, 1974.

¹⁸ Si veda fra tutti S. Macaulay, *Law and Behavioral Science Program at Yale: a sociologist's account of some experiments*, 1955.

¹⁹ E.M. Lemert, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, 2ª ed., 1972, trad. it., Giuffrè, Milano, 1981, p. 66.

violano determinati precetti giuridici dipende anche dai contenuti che vengono attribuiti alle stesse regole e dall'attività di coloro che sono chiamati a farle rispettare. La risposta sociale possiede dunque valore definitorio rispetto al crimine e al delinquente.

Se come scrisse Durkheim, «la giustizia è una percezione di equilibrio nelle relazioni sociali, è un aspetto del senso di coesione e di integrazione sociale»²⁰, nessuna analisi può eliminare il disaccordo su quanto l'ordinamento giuridico richiede in alcune situazioni particolari. L'analisi delle condizioni empiriche che forniscono i postulati di base per tali affermazioni può, tuttavia, consentire di inscrivere tali affermazioni in uno scenario più ampio.

In conclusione, includendo nell'analisi la prospettiva di coloro che sono soggetti al diritto, gli effetti prodotti dalle loro esperienze e dalla cultura che guida i loro comportamenti, sarà possibile prestare attenzione ai processi sociali di base. Attenzione che si rivela necessaria per identificare i modi in cui il diritto, nel suo agire quotidiano, costruisce le relazioni sociali e, di contro, i modi in cui i processi sociali e le diverse forme di potere costruiscono il diritto.

3. Il supporto empirico

Alla base di questo lavoro si pone una ricerca empirica condotta, nell'arco di sei mesi, in dodici penitenziari italiani distribuiti su tutto il territorio nazionale. Lo studio si è proposto di verificare la condizione complessiva dei detenuti stranieri nei nostri penitenziari, avendo come primo riferimento il rispetto dei diritti previsti dalla normativa internazionale. Ciò che si intende chiarire sono i termini concreti della situazione in cui si vengono a trovare individui alle prese con problemi coinvolgenti l'intera sfera della propria dimensione individuale. Problemi che spesso appaiono quasi ineludibili, perché connaturati a una esperienza detentiva in un Paese straniero.

Limitare un'indagine sul trattamento dei detenuti stranieri alla sola verifica del rispetto della normativa internazionale sarebbe però colpevolmente riduttivo. Questo studio può infatti mettere a fuoco anche gli orientamenti culturali alla luce dei quali lo straniero si forma l'immagine del "sistema Italia" in generale e delle sue strutture giuridiche in particolare.

Gli istituti detentivi visitati presentano caratteristiche strutturali e funzionali abbastanza omogenee, innanzitutto nel numero

²⁰ E. Durkheim, *op. cit.*, p. 77.

totale dei detenuti ospitati, non inferiore alle 700 unità e con punte massime di molto superiori alle mille. Sono, inoltre, tutte case circondariali destinate ad accogliere, per necessità pratiche conseguenti alla condizione di generale sovraffollamento, ogni tipologia di soggetti, dagli imputati in attesa di giudizio ai condannati c.d. definitivi.

Le interviste sono state condotte sempre senza alcuna intermediazione di educatori, psicologi o assistenti sociali. Solo raramente hanno assistito al colloquio agenti di polizia penitenziaria.

La scelta dei soggetti da intervistare è stata in genere effettuata dal personale di polizia penitenziaria, sulla base delle diverse e contingenti esigenze logistiche. Nessuno dei seicentotré detenuti incontrati (provenienti da oltre settanta diverse Nazioni) è stato in alcun modo costretto a partecipare alla ricerca, che ha riscontrato un livello di partecipazione molto soddisfacente, con un numero irrisorio di casi di rifiuto peraltro circoscritti al primo giorno d'ingresso in alcuni istituti.

Il campione è interamente composto da uomini, di età compresa tra i 18 ed i 68 anni, poiché i problemi connessi alla detenzione di una donna possiedono una specificità di cui è impossibile tener conto in una ricerca "mista".

Ogni istituto ha provveduto a organizzare gli incontri con i detenuti stranieri secondo le modalità ritenute più adatte a garantire le imprescindibili condizioni di sicurezza. Per tale ragione non è stato possibile ottenere il medesimo numero di interviste nel corso di ogni visita, poiché differenti sono stati il tempo di permanenza accordato in istituto, la libertà di movimento concessa, la scelta del luogo dove effettuare le interviste (a volte nella zona detentiva altre volte in una sala esterna alla stessa), etc. Non sono comunque mancati i casi in cui direzione, educatori e personale di polizia penitenziaria hanno fatto davvero tutto il possibile per garantire un buon esito della visita, senza pregiudicare la quotidiana e fondamentale attività degli operatori.

Importanza decisiva per il buon esito del lavoro ha avuto il rapporto di collaborazione instauratosi con il Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria, in particolare con la Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento cui è toccato l'onere di rilasciare le autorizzazioni all'ingresso negli istituti. Ingresso che è sempre avvenuto *ex art.* 117 comma 2 del d.P.R. 230/2000, con comunicazione, alla Direzione della casa circondariale, delle date previste con un sufficiente margine di preavviso, non inferiore ai quattro giorni ed in genere non superiore ai sette.

4. Gli agenti di pubblica sicurezza

I primi rappresentanti delle istituzioni con cui gli stranieri entrano in contatto sono, in genere, gli agenti di pubblica sicurezza che procedono all'arresto o al fermo.

La funzione di polizia rientra tra le attività destinate al controllo sociale, generalmente inteso come l'insieme dei meccanismi che una collettività elabora al fine di prevenire ed eliminare la devianza individuale o collettiva. La sua importanza risiede nel rappresentare uno strumento di composizione delle relazioni e dei conflitti tra individui e gruppi, e tra ognuno di questi e la società nel suo insieme. L'azione di polizia può essere pacifica se e quando riesce a svilupparsi all'interno di un contesto sociale in cui vi sia condivisione delle regole di comportamento da parte di tutti i membri. Implica necessariamente il ricorso a mezzi coercitivi quando alcuni attori sociali non vogliono, non possono o non sono in grado di condividere tali regole. In questo caso ogni trasgressione viene considerata una minaccia o un attacco contro gli interessi dell'intera collettività o di alcuni suoi membri. Il carattere politico di ogni violazione, su cui insistono molti Autori, risiede nel suo presentarsi come un atto contrario alle regole di comportamento su cui si fonda l'organizzazione politica della società. Da ciò discende logicamente la natura non "neutra" del concetto di sicurezza, dal momento che è la definizione di queste regole, insieme all'attività volta a farle rispettare, ad ampliare o restringere il numero di individui che le trasgrediscono.

In ogni Stato moderno è essenziale che la polizia abbia i poteri di arrestare, detenere temporaneamente ed interrogare i sospetti criminali e, in casi particolari, anche altre categorie di persone. Tuttavia, la disponibilità di questi poteri comporta il rischio di intimidazioni e maltrattamenti, che raggiunge il suo apice nel periodo immediatamente successivo alla privazione della libertà (e fino alla traduzione in un istituto di sorveglianza). Che si tratti di pericoli concreti, da cui le nostre forze dell'ordine non sembrano immuni, è dimostrato dall'ultima ispezione condotta dal Comitato per la Prevenzione della Tortura (CPT), organo istituito presso il Consiglio d'Europa e parte integrante del sistema voluto dalla Comunità Europea a difesa dei diritti umani. Il Comitato ha rilevato nei nostri agenti di pubblica sicurezza una pericolosa disposizione all'abuso di mezzi coercitivi violenti, sostenendo nel rapporto conclusivo questo convincimento attraverso alcuni casi ritenuti in tal senso emblematici. «Un detenuto italiano incontrato nei locali della questura di Roma ha dichiarato di essere stato colpito alla

schiena, mentre era interrogato dai funzionari della polizia di stato di Roma. A seguito di esame da parte di un medico, membro della delegazione, egli presentava le seguenti lesioni: ecchimosi sottoscapolare destra, graffi alla zona lombare con dolore alla palpazione (apofisi spinose e masse muscolari paravertebrali). Le lesioni in questione erano compatibili con quanto dichiarato dall'interessato. [...] Il caso più preoccupante riscontrato dalla delegazione ha riguardato un caso di cui essa ha trovato traccia esaminando il "Registro 99" della Casa circondariale di Bari. Arrestato (verso le 23,30) per detenzione di sostanze stupefacenti, l'individuo in questione è stato condotto in carcere verso l'una del mattino con una doppia frattura della mandibola che ha reso necessario un ricovero ospedaliero di quattro giorni ed un intervento chirurgico. È interessante notare che i verbali di arresto non evidenziano in nessun punto che l'interessato avrebbe opposto resistenza al suo arresto o l'esistenza di lesioni preesistenti»²¹.

Più in generale, «non è insolito per il CPT trovare oggetti sospetti nelle sedi della polizia, come bastoni di legno, manici di scopa, mazze da baseball, aste di metallo, armi da fuoco finte o coltelli. La presenza di questi oggetti ha in più di un'occasione dato credito alle denunce che le delegazioni del CPT hanno ricevuto secondo le quali le persone tenute negli stabilimenti in questione sarebbero state minacciate e/o colpite con oggetti di questo tipo». «Una spiegazione comune fornita dagli ufficiali di polizia riguardo questi oggetti è quella secondo la quale sarebbero stati confiscati ai sospetti e saranno usati come prova. Il fatto che tali oggetti siano immancabilmente senza etichetta, e frequentemente sono trovati sparsi nella struttura (a volte riposti dietro tende o armadi) può solo provocare scetticismo nei confronti di tale spiegazione»²².

Dalla relazione del CPT non emergono elementi che lascino supporre una maggiore disposizione all'uso della violenza nei confronti degli immigrati piuttosto che degli italiani. Ciò nonostante più della metà dei detenuti intervistati hanno riferito di essere stati oggetto, al momento del fermo o dell'arresto, di intimidazioni, insulti e/o percosse in assenza di alcun tentativo di resistenza. Il confronto delle rispettive esperienze ha determinato nei medesimi soggetti la convinzione che sussista un maggiore, e più disinvolto, ricorso all'uso di mezzi intimidatori nei confronti degli stranieri rispetto a quanto accade nei confronti degli italiani. Alcuni gruppi etnici (i magrebini in generale e gli albanesi) ritengono, ulterior-

²¹ Consiglio d'Europa, Comitato per la prevenzione della tortura, *Il collasso delle carceri italiane sotto la lente degli ispettori europei*, ed. Sapere 2000, Roma, 2003, pag. 31.

²² *Ivi*, pagg. 27-28.

mente, di essere vittime di abusi con ancora maggior frequenza delle altre nazionalità. Probabilmente non del tutto estranea a quest'ultima congettura è l'osservazione che la collettività marocchina risulta essere quella più spesso a contatto con le forze dell'ordine, prima sia per numero di denunciati, che per quello di arrestati e detenuti, così come al secondo posto figurano gli albanesi per numero di denunciati e detenuti, preceduti dagli ex iugoslavi per numero di arrestati.

La diffusione di questa opinione in tutti gli istituti visitati assume il valore di un grave e preciso indizio, ma il raggiungimento della prova dell'abuso di poteri coercitivi rimane particolarmente complesso sia a livello individuale che sistemico. Lo diventa ancor di più per minoranze (come gli stranieri, ma si pensi anche, ad esempio, alla posizione dei neri negli Stati Uniti) che soffrono di un radicato deficit di credibilità. La naturale selettività dell'apparato repressivo (in cui rientra l'azione della polizia), di fronte alle condizioni di allarme sociale suscitato dalla criminalità straniera, potrebbe essere accolta quale plausibile spiegazione della maggiore "attenzione" rivolta verso l'immigrato. In fondo già la scuola di Chicago, negli studi condotti sull'immigrazione e la delinquenza urbana fra gli anni Venti e Trenta del secolo scorso, aveva rilevato la tendenza della polizia a perseguire con maggior rigore gli stranieri (in quel caso in modo particolare gli italiani). Più di recente, De Giorgi ha sostenuto che intere classi di soggetti (tra cui gli immigrati) sono tenute sotto controllo dagli apparati repressivi indipendentemente dai comportamenti individuali. In questa situazione, «la retorica dell'uguaglianza ha consentito quanto meno di contenere determinati abusi del potere punitivo. Invece, da un certo momento in poi, si dice esplicitamente che gli esseri umani devono essere trattati diversamente a seconda della classe (di rischio) a cui appartengono. Ed è chiaro che la classe di rischio si sovrappone alla classe sociale»²³.

Una delle funzioni che in uno Stato moderno la polizia è chiamata a svolgere (il suo stesso significato insieme teorico e sociale, come scrisse Foucault), è di consentire alla società di designare un individuo come indesiderabile o straniero rispetto alla comunità in cui si trova a vivere. In tal modo la comunità trova fondamento e insieme si definisce la ragione stessa dell'esistenza dello Stato, ossia il monopolio degli strumenti della repressione e della prevenzione dei crimini.

Gli ultimi decenni hanno segnato il mondo occidentale con

²³ A. De Giorgi, *Zero tolleranza*, cit., p. 41.

avvenimenti di tale gravità, da aver reso diffusa la convinzione di dover addivenire ad un compromesso con lo spirito liberale e garantista che segnava il rispetto assoluto di diritti considerati intangibili, come la libertà personale. In un clima di emergenza generalizzata, la presunta necessità di provvedimenti immediatamente risolutivi ha indotto a riconoscere alla polizia un ruolo dai contenuti notevolmente ampliati. Le forze dell'ordine, ma più in generale tutta l'amministrazione della giustizia, si sono così trovate sempre più implicate in un processo, ai limiti del conflittuale, tra la realtà sociale locale e l'ordine nazionale (o internazionale). Proiettata su scala globale la loro funzione non può più contemplare il solo controllo del territorio, ma è chiamata ad estendersi fino a garantire protezione al modello di vita acquisito. Ciò accade, ad esempio, attraverso la militarizzazione delle *banlieues* metropolitane (non solo quelle francesi), i pattugliamenti e le azioni di prevenzione e controllo dell'immigrazione clandestina lungo i confini nazionali, le operazioni internazionali anti-terrorismo, etc. La polizia "moderna" riempie, pertanto, un vastissimo campo giuridico, politico ed epistemologico.

Questo passaggio epocale era forse già insito nei processi di deindustrializzazione che negli anni '80 hanno coinvolto i grandi centri produttivi (realtà come Detroit, Liverpool, e in Italia Milano e Torino). In contesti urbani in cui si è assistito all'erosione continua dei margini di sicurezza sociale, garantiti un tempo dal vecchio modello di convivenza e dai meccanismi compensatori del welfare, il ruolo della polizia è cambiato di pari passo. Opinione condivisa da autori come Luhmann²⁴ o Beck²⁵ è che a venir meno sia stato il "centro ontologico" di riferimento, il criterio stesso di equilibrio del conflitto sociale, ossia la capacità di gestire i rischi e di garantire il principio liberale per eccellenza, la pace e la sicurezza sociale, da parte dello Stato. In questa cornice, la ridefinizione delle priorità di ordine pubblico non può più dipendere esclusivamente dalle dinamiche sociali a livello locale, ma anche dalla necessità di arginare la diffusione di un indefinito sentimento di insicurezza. Sempre più spesso ciò accade per mezzo di interventi improntati alla c.d. "tolleranza zero", con chiaro riferimento alla politica inaugurata dall'allora sindaco di New York Rudolph Giuliani (il quale prese spunto da un articolo, *Broken Windows*, scritto nel 1982 dai criminologi G.I. Kelling e J.Q. Wilson). Nella società del rischio è la paura della

²⁴ N. Luhmann, *Potere e complessità sociale*, 1975, trad. it., il Saggiatore, Milano, 1979; *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, 1984, trad. it., il Mulino, Bologna, 1990.

²⁵ U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, 1986, trad. it., Carocci, Roma, 2000.

delinquenza a diventare la ragione stessa, il “fatto sociale totale” come direbbe Mauss, delle nuove politiche dell’ordine pubblico.

La riaffermazione dell’ordine per mezzo di operazioni “spettacolari” (e sempre ben visibili) nei confronti di stranieri, sembra risposta in qualche modo funzionale a una siffatta realtà. Quanto tali interventi sappiano veicolare una effettiva riduzione del sentimento di paura, rimane difficile a dirsi. Se infatti esiste una relazione certa (empiricamente misurata e misurabile) tra l’aumento dei reati e la paura del crimine, tale relazione pare non esistere nel caso inverso, come dimostrato da diverse ricerche condotte in contesti (e con campioni) molto diversi.

5. Il rapporto con gli avvocati difensori

Nella teoria weberiana del diritto, la professione forense riveste un ruolo centrale. L’autonomia della professione giuridica rappresenta, infatti, la premessa indispensabile per la formulazione dell’ipotesi che il diritto, come arbitro neutrale di un conflitto, faciliti l’ascesa del capitalismo. Già all’inizio del secolo scorso, dunque, la funzione degli avvocati difensori aveva meritato l’attenzione di uno dei più importanti intellettuali dell’era moderna. Da allora l’interesse per l’argomento non può dirsi del tutto sopito, salvo constatare che solo una minima considerazione è stata riservata al rapporto che gli avvocati instaurano con una tipologia particolare di clienti, ossia gli stranieri. Gli unici elementi di qualche interesse in proposito possono farsi discendere indirettamente dalle analisi condotte sul legame che gli avvocati, attraverso gli interessi dei loro clienti, intessono con la struttura normativa di riferimento. Diverse ricerche, condotte nel mondo anglosassone, hanno infatti dimostrato che i difensori delle imprese differiscono sistematicamente da quelli dei clienti singoli, sia con riferimento alle origini sociali, che al prestigio delle scuole di diritto che hanno frequentato, ai loro valori politici e sociali, etc. Ciò tende ad accadere perché gli avvocati sono inclini ad organizzarsi intorno ai bisogni dei clienti piuttosto che rispetto alla base concettuale di specifiche abilità. In altri termini, è il cliente dell’avvocato a definire gli obiettivi particolari del servizio da raggiungere, e all’aumentare del potere del cliente, la conoscenza meno specialistica dell’avvocato pesa nel rapporto che si instaura tra i due attori. Come notano Silbey e Sarat²⁶, posto che gli

²⁶ S. Silbey, A. Sarat, *Reconstituting the sociology of law*, in J.F. Gubrium, D. Silverman, *The politics of field research: Sociology beyond enlightenment*, Sage Publ., London, 1989, trad. it. di F. Vigo.

avvocati si specializzano in base agli interessi del particolare gruppo di clienti che assistono, e dato che il cliente ricco o la grande impresa sono maggiormente coinvolti nella definizione degli obiettivi dei servizi professionali, più prestigioso si dimostra il diritto meno "professionale" può essere. Secondo l'opinione dei due Autori, pertanto, i giuristi come gruppo professionale sono destinati a non avere effetto autonomo e coerente sull'ordine sociale.

La piena estensibilità alla nostra realtà di queste deduzioni, come detto relative al mondo anglosassone, è argomento foriero di diverse perplessità. Rimane però acquisizione di sicura importanza la rilevazione di un rapporto avvocato-cliente palesemente segnato dal potere disponibile in capo ad ognuno dei due attori. Le ricadute che tali osservazioni possono esercitare sulla tematica in esame sono abbastanza scontate, e valgono a sottolineare con ancora maggior forza la posizione di evidente inferiorità in cui si trova lo straniero. Ma al di là di questa sia pur importante affermazione, il rapporto tra avvocato e straniero mostra diversi e ulteriori punti d'interesse.

Innanzitutto, il valore di questa interazione emerge con chiarezza allorché si consideri la possibile durata temporale della stessa. Com'è noto, il nostro Paese è stato più volte destinatario di richiami della Corte Europea a causa dell'eccessiva lunghezza dei processi sia civili che penali. Per tali ragioni il rapporto con il proprio difensore, potenzialmente destinato ad attraversare tre gradi di giudizio, può rappresentare per diversi anni una presenza costante nella vita dello straniero. In alcuni casi la pronuncia della condanna definitiva, e il conseguente esaurimento di ogni possibilità di ulteriore impugnazione, rappresenta la nolente accettazione della propria condizione di recluso e il termine dei rapporti con il proprio legale, da questo momento ritenuta presenza superflua. In genere questi soggetti mostrano un significativo e percepibile cambiamento nel loro atteggiamento verso l'istituzione penitenziaria, accompagnato da un accresciuto interesse verso le attività formative e/o ricreative proposte dall'istituto. In altri, invece, la presenza di un difensore viene considerato lo strumento più adatto ai fini di un più rapido conseguimento di ulteriori obiettivi, come dei permessi o l'assegnazione ad una comunità di lavoro o recupero, etc.

Qualunque sia il momento in cui decidano di porre fine ai rapporti con il proprio legale, bisogna aver presente che per uno straniero l'avvocato non rappresenta soltanto lo *iuris peritus*. Molto più spesso diventa il mezzo privilegiato di intermediazione con una realtà, non solo giuridica, pressoché sconosciuta. Per tale ragione un rapporto problematico può aprire un vuoto difficilmente

colmabile attraverso l'opera di educatori, mediatori culturali, etc. Il rischio insito in questa lettura è che si finisca per addossare al difensore un peso che, normalmente, nell'esercizio della sua professione non è chiamato (e il più delle volte non è preparato) a sostenere. La delicatezza del tema risiede tuttavia proprio in questo passaggio, che si traduce in qualcosa di più di un usuale e corretto approccio deontologico. I nostri operatori forensi sono chiamati, in questi casi, ad interpretare il loro ruolo dimostrando maggiore consapevolezza sia dei nuovi contenuti loro richiesti, che delle possibili ripercussioni che il loro lavoro è in grado di determinare. Basta la semplice percezione di aver attraversato un processo non equo per generare importanti conseguenze sui modi, sui concreti atteggiamenti con cui si andrà ad affrontare la successiva fase detentiva o l'eventuale ritorno in libertà. E su questa, peraltro non infrequente, percezione possono esercitare una marcata influenza anche l'impegno, le risposte, le immagini del sistema penale che il difensore offre al proprio assistito.

Come si è detto, i rapporti intercorrenti tra stranieri e loro legali non hanno finora meritato particolari occasioni di studio, ragion per cui difetta la possibilità di un inquadramento teorico più completo della trattazione. Si farà, pertanto, frequente ricorso ai risultati della nostra rilevazione empirica quale punto di partenza per affrontare i temi più interessanti.

Il primo dato che emerge è che dinnanzi alla scelta tra avvocato di fiducia o d'ufficio chi ne ha la possibilità (innanzitutto economica) non esita a optare per la nomina di un legale di fiducia. Circa il 70% dei detenuti incontrati, infatti, si è avvalso dell'assistenza di un avvocato di propria nomina, mentre i restanti – eccezion fatta per pochi soggetti che non hanno mai avuto alcun legale, o perché ancora in attesa di effettuare la nomina, o perché in procedura d'estradizione – hanno scelto un difensore d'ufficio. Quest'ultimo dato può definirsi per certi versi sorprendente, dal momento che nell'insieme di coloro che usufruiscono, lungo tutto l'iter processuale, dell'assistenza di professionisti iscritti nelle liste d'ufficio, la presenza di stranieri è a dir poco dominante. Una possibile spiegazione può essere ravvisata nella diffusa convinzione che il nostro sistema presenti un funzionamento "variabile", in cui le abilità del professionista che cura la linea difensiva possono correggere la difficile posizione di partenza in cui lo straniero, in quanto tale, tende a trovarsi. Ad attingere dalle liste d'ufficio (e spesso a sostituire ripetutamente i nominati) rimarrebbero, pertanto, solo coloro che non hanno la possibilità di impegnare le cifre necessarie per accedere ad una difesa più qualificata.

A sostegno di questa interpretazione si pongono anche alcune analisi incrociate condotte sul campione, le quali hanno dimostrato che chi all'interno del penitenziario ha la disponibilità di denaro necessaria per usufruire di alcuni "privilegi" (come la possibilità di provvedere a integrare, in misura variabile, il vitto garantito dall'amministrazione penitenziaria) normalmente risulta assistito da un difensore di propria fiducia. Viceversa le nomine d'ufficio si mostrano in palese connessione con la presenza di problemi "esistenziali", non di rado appendice della ristrettezza economica. L'unica categoria in cui risultano prevalenti i difensori d'ufficio, infatti, è quella che riunisce tossicodipendenti, alcolisti e malati di HIV. Questi soggetti sono costretti a portare il fardello di condizioni di salute problematiche all'interno di istituti detentivi impreparati e inadeguati a fornire le cure e il sostegno necessari. Se a ciò si aggiunge anche la totale mancanza di risorse economiche e del sostegno familiare si spiegano sia il generalizzato ricorso alla difesa d'ufficio, sia i più elevati indici di reingresso in istituti detentivi dopo la scarcerazione.

Non va inoltre trascurato che la maggiore remuneratività di alcune attività criminose – come i reati associativi, il favoreggiamento e lo sfruttamento della prostituzione e dell'immigrazione clandestina o il traffico di droga – consente agli autori di tali reati di usufruire più frequentemente di altri dell'assistenza di un legale di fiducia.

Un'adeguata disponibilità economica, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, rappresenta la condizione indispensabile per potersi avvalere di un legale di fiducia. Rimane da valutare l'incidenza che su tale decisione esercitano anche altri fattori, come ad esempio il complessivo grado d'integrazione del soggetto nel nostro Paese. Questo concetto risulta ricostruibile attraverso il riferimento a elementi come il tempo trascorso nel nostro Paese (in particolare prima di essere stato accusato di un certo reato), il possesso o meno di un regolare permesso di soggiorno, il livello di conoscenza della lingua e la presenza della propria famiglia.

In relazione al primo aspetto, il rapporto tra *tempus commissi delicti* e scelta del difensore, il campione non evidenzia risultanze estremamente significative. È, difatti, percepibile solo una flebile relazione, nel senso che quanto maggiore è la distanza dal giorno dell'ingresso nel nostro Paese, tanto maggiore risulta la percentuale di coloro che scelgono un avvocato di fiducia.

Sulla scelta di un legale di fiducia una peso più significativo viene invece esercitato dalla condizione giuridica del soggetto, che racchiude e veicola importanti informazioni sul detenuto come la

presenza o meno di un contratto di lavoro regolare, la disponibilità di una fissa dimora, etc. Premesso che nell'operare la distinzione fra regolari e irregolari ci si è attenuti alle dichiarazioni degli intervistati (non essendo disponibile altro sistema di rilevazione più attendibile), il gruppo che più spesso affida la propria difesa ad un avvocato di fiducia è quello degli immigrati con permesso di soggiorno, mentre quello che compie tale scelta meno di frequente è quello dei clandestini. Sembrerebbe pertanto trovare conferma l'idea che quanto più si acquisisce familiarità con il "sistema Italia", tanto più frequente è una nomina di fiducia. La posizione degli stranieri comunitari si mostra in tal senso dissonante, dato che una maggior presenza percentuale di avvocati d'ufficio è ravvisabile soltanto fra i clandestini. Si tratta tuttavia di una contraddizione solo apparente, dal momento che nella maggior parte dei casi i comunitari incontrati sono soggetti fermati in transito, e che non hanno alcuna intenzione di trattenersi nel nostro Paese (i francesi in maniera più decisa degli altri).

La posizione dei comunitari evidenzia ulteriori profili d'interesse allorché si prendano in esame le loro accorate proteste verso il precario funzionamento del nostro sistema giudiziario, capace di scavare un solco profondo tra le aspettative nutrite e la concreta realtà vissuta. In tale solco rientra anche il discutibile atteggiamento (insieme ai più tangibili risultati del loro operato) degli avvocati assegnati d'ufficio, dai quali, evidentemente, si aspettavano ben altro sostegno.

Molte volte gli stessi detenuti europei hanno espresso una completa indifferenza dinnanzi all'opportunità di imparare la nostra lingua (talvolta con commenti ai limiti del surreale, come nel caso di un francese, detenuto a Roma per droga, che è arrivato ad affermare che "visto che qui nessuno parla la mia lingua, perché dovrei imparare io la vostra?"), privi di alcun interesse alla permanenza nel nostro Paese. Questo atteggiamento vale a confermare, *a contrario*, l'idea che la conoscenza della lingua del Paese ospitante, insieme agli sforzi necessari per impararla che ne sono alla base, possono essere ritenuti prodromi della volontà di integrazione. I dati disponibili confermano questa intuizione, dal momento che quanto maggiore è la confidenza che si ha con la nostra lingua, tanto più netta e decisa è la scelta a favore dell'avvocato di fiducia. Appena il 14% di coloro che non hanno difficoltà nel parlare la nostra lingua si avvale di un difensore d'ufficio, mentre si registra una distribuzione quasi paritaria in coloro che non hanno nessuna conoscenza di italiano.

L'ultima verifica da svolgere riguarda il contributo che la pre-

senza della famiglia, intesa non solo in senso "fisico", è in grado di apportare alla scelta del proprio legale. Tra coloro che mantengono rapporti con la propria famiglia, tre su quattro usufruiscono dell'assistenza di un avvocato di fiducia. Inoltre, da altro angolo prospettico, l'85% di chi si avvale di un legale di fiducia continua ad avere rapporti con la propria famiglia.

Non sfuggirà di certo che il concetto di integrazione così complessivamente delineato, oltre ai chiaroscuri già sottolineati, presenti dei tratti parzialmente sovrapponibili con la disponibilità economica. Ciò nonostante sembra ragionevole affermare che quest'ultimo fattore, per quanto possa dirsi *condicio sine qua non*, non debba ritenersi l'unico ad esercitare una qualche influenza sulla scelta del proprio legale. Nessuna relazione, invece, sembra ravvisabile con l'area geografica di provenienza, la classe di età di appartenenza o il titolo di studio posseduto.

Una parte cospicua (oltre il 50%) dei rappresentati da un legale di fiducia si mostra disposta a condividere con soddisfazione il lavoro prestato dal proprio difensore, mentre molto meno lusinghieri sono i riscontri ottenuti dai difensori d'ufficio (appena il 20%). A tali valori va aggiunto il 10% circa di coloro che non hanno ancora maturato una precisa opinione in proposito.

Riferendoci al totale, senza distinguere cioè tra difesa d'ufficio o di fiducia, poco meno della metà degli intervistati, dunque, non si è dichiarato compiaciuto del lavoro svolto dal proprio legale. Per quanto immediatamente fruibile, tale dato nasconde due ordini di problemi chiaramente dissimili, poiché distinti sono i percorsi che spingono a dichiararsi insoddisfatto del lavoro prestato da un avvocato di fiducia piuttosto che da uno d'ufficio.

Per ciò che concerne l'avvocato d'ufficio, il giudizio non propriamente positivo che viene espresso, appare fortemente condizionato da un approccio all'esperienza, personale e processuale, dell'assistito descritto come sommario e superficiale, del tutto "demotivato". Tra gli elementi più spesso addotti a sostegno di tale opinione si pone, innanzitutto, l'irrisorio numero di incontri concessi dall'avvocato nel periodo precedente le udienze, tendente verso lo zero. Un congruo numero di soggetti (poco meno del 50% degli interessati), infatti, dichiara di aver conosciuto il proprio difensore solo in occasione della prima udienza (per evidenti ragioni da tale computo sono stati esclusi i casi di procedimento per direttissima). Inoltre, è stato frequentemente riferito un'inspiegabile silenzio del legale di fronte al magistrato giudicante, a volte protrattosi lungo l'intera udienza. Risulta piuttosto prevedibile che a questo *modus*

agendi venga attribuito un peso decisivo, se non proprio sulla definizione della sentenza di condanna, quanto meno sulla quantificazione della pena infine comminata.

Diversamente dall'avvocato d'ufficio, invece, il legale di fiducia sembra venire giudicato attraverso altri parametri. Tra questi spicca l'entità della pena inflitta con la sentenza. In verità, questo riferimento resta in cima agli strumenti di giudizio anche per l'avvocato d'ufficio, ma c'è una differenza di non poco conto. Nei confronti di quest'ultimo, infatti, sovente si è disposti a ravvisare una sorta di "attenuante generica" nell'assenza di alcun esborso di denaro (con commenti riconducibili ad un "senza soldi neanche io lavorerei"). Concessione che non si è disposti a fare all'avvocato di fiducia. Anzi. Il suo lavoro viene ad essere valutato quasi esclusivamente sulla base del rapporto tra denaro corrisposto e condanna ricevuta. È stato, infatti, davvero molto frequente il commento "ho pagato tanto, lui ha lavorato ma la condanna è troppo alta". Inutile sottolineare che per questa via il senso dell'attività prestata dal legale viene ad assumere connotazioni che non gli sono proprie, né potranno mai esserlo, trasformando una obbligazione di mezzi in una obbligazione di risultato.

Nel campione di riferimento, tra coloro che si trovano per la prima volta a contatto con il nostro sistema giudiziario, oltre il 75% ha deciso di affidarsi ad un avvocato di fiducia. Questo valore mostra un chiaro trend decrescente se posto in relazione all'aumento del numero di precedenti penali. In altri termini, più si acquisiscono esperienze processuali meno ci si rivolge ad un legale di fiducia, per quanto tra gli intervistati non si scenda mai al di sotto della soglia del 60%.

Questo dato risulta di particolare interesse, poiché lascia emergere il disincanto che molti dei detenuti incontrati nutrono in merito all'effettiva utilità di una qualificata assistenza legale dinnanzi al ripetersi delle esperienze processuali in Italia. Un ulteriore approfondimento mostra, però, che più che sulla professionalità dei difensori, i rilievi maggiormente critici vanno ad appuntarsi sopra la discutibile equità complessiva del nostro sistema giudiziario. In breve, per uno straniero con alle spalle una condanna in Italia, di fronte ad un nuovo capo d'imputazione, anche i più abili professionisti avrebbero ben poche possibilità di scongiurare il ritorno presso un istituto detentivo. Diventa, di conseguenza, quasi inutile per il soggetto investire forti somme di denaro nella propria difesa dopo esser stato già condannato. Inoltre, al crescere dell'esperienza specifica, si rafforza l'opinione – largamente condivisa – per cui

esisterebbero differenze sostanziali tra straniero ed italiano, differenze peraltro non destinate a venir meno nella successiva fase detentiva.

Gli elementi addotti a sostegno di questa "disuguaglianza di fatto" sono diversi. In primo luogo la presunta disparità di commisurazione della pena a parità di reato.

Solitamente presentata in una veste giuridicamente claudicante, tale opinione ha trovato concreta riduzione in molti casi riferiti, con dovizia di particolari, dagli stessi intervistati e ritenuti in tal senso paradigmatici. Sono stati esposti, infatti, numerosi episodi in cui una situazione apparentemente identica sia stata oggetto di valutazione differente in circostanze apparentemente identiche. Unica costante il risolversi sempre in una decisione più sfavorevole, e dunque severa, per lo straniero.

Secondo questa diffusa convinzione, se la fattispecie penale e i suoi elementi costitutivi sono i medesimi, se non intervengono elementi ulteriori a differenziare la situazione (come delle circostanze aggravanti e/o attenuanti), se tutto ciò non accade, allora l'unica spiegazione che rimane per condanne disomogenee può essere solo la condizione di straniero. Per citare quello che rimane l'esempio più frequente, la quantità di sostanze stupefacenti rinvenuta al momento dell'arresto non eserciterebbe mai un peso identico sulla definizione della pena. Ad uguale quantità non corrisponderebbe mai uguale condanna, con differenze piuttosto consistenti, nell'ordine anche di diversi anni.

L'argomento merita indubbiamente attenzione, nella misura in cui si tratta di opinione condivisa da circa tre intervistati su quattro, lungo tutta la penisola.

Molti dei detenuti incontrati non ritengono, indipendentemente dall'esito della propria vicenda personale, di poter descrivere il nostro sistema penale come "giusto", o non credono di aver ricevuto il medesimo trattamento sanzionatorio cui sarebbe andato incontro, per il medesimo reato, un cittadino italiano. Questo ragionamento può essere legato a quanto detto in precedenza, allorché si era fatto riferimento al sospetto nutrito da alcuni gruppi etnici (in special modo i magrebini) di essere penalizzati dalla giustizia italiana più di quanto accada anche a soggetti di altre nazionalità.

La prima fondata obiezione che a questa "teoria" potrebbe muoversi è che i detenuti possono avere una conoscenza solo parziale degli elementi che valgono ad orientare la decisione del giudice. Per quanto il numero di coloro che intraprende una lettura diretta del codice sia sorprendentemente più alto di quanto ci si aspetterebbe, resta il fatto che non si tratta di soggetti in possesso di

una sufficiente competenza in materia giuridica.

Ciò premesso, è anche vero che questa capacità di esprimere severi giudizi riesce a farsi “giuridicamente circostanziata” quando viene riferita, e lamentata, la omessa valutazione di circostanze attenuanti ritenute esistenti, la mancata concessione delle “generiche” (che, si è soliti dire in ambito forense, non si negherebbero a nessuno), o una eccessiva severità della pena irrogata a un incensurato. Ancora, sempre secondo questa *vox populi*, agli stranieri sarebbero preclusi istituti e misure di cui, invece, gli italiani riuscirebbero largamente ad usufruire, come arresti domiciliari, liberazione condizionale, misure di sicurezza detentive e non.

Rimane nei fatti estremamente difficoltoso il reperimento di strumenti idonei alla misurazione della complessiva fondatezza di queste rimozioni. Ciò nonostante è possibile verificare alcuni aspetti di tale teoria, ad esempio la già ricordata sostanziale inaccessibilità di alcune misure premiali, come i permessi, dei quali solo raramente i detenuti stranieri riescono ad usufruire. L'imprevista appendice di questa realtà, in effetti numericamente esigua, è che sembra esserci una distribuzione sul territorio del tutto irregolare e caotica. Difficile ritenere frutto della casualità, ad esempio, la forbice numerica che separa gli istituti di Brescia e Verona – in cui è stato registrato un solo caso di un detenuto ammesso a beneficiare di permessi – da quello di Bologna – dove invece gli ammessi sono stati circa una decina. Si tenga altresì presente che il totale degli intervistati è simile, con una leggera prevalenza per l'insieme Brescia-Verona (65 contro 55). Di fronte a simili realtà è più ragionevole ritenere che, constando il diritto di norme che accettano di buon grado diverse interpretazioni, in alcuni contesti geografici, dinnanzi a certi precetti si possa preferire propendere per un certo tipo di interpretazione, in altri si possano prediligere altre strade. Su tale argomento si avrà occasione di tornare più avanti.

Un'ultima riflessione sul rapporto tra avvocati e stranieri. In alcune realtà del Nord Italia, la presenza di immigrati residenti ha raggiunto valori percentuali a due cifre. In virtù della ordinaria dinamica di tali fenomeni, è ragionevole stimare che, nei medesimi contesti, le presenze complessive possano essere almeno il doppio di quelle ufficiali. Per quanto alcune ricerche abbiano dimostrato che al crescere del numero degli stranieri la loro partecipazione ad attività criminose tende a diminuire, è innegabile che in alcune città il coinvolgimento degli immigrati negli episodi di microcriminalità sia quasi assoluto (basti pensare al quasi monopolio nella gestione dello spaccio di droga). Questa situazione si traduce in un serbatoio quasi inesauribile di potenziali clienti, agli occhi di qualcuno,

particolarmente appetibili. Oltre a poter contare su grandi numeri, infatti, in tali soggetti si ravvisa una – presunta – scarsissima capacità di controllo del lavoro svolto, la frequente mancanza di una rete familiare che possa esercitare pressioni di qualsiasi genere, a fronte di una generale ripetitività delle condotte illecite realizzate che vale a ridurre i tempi di lavoro necessari per curare la difesa. Insomma, la vicenda tende ad assumere i contorni di un vero e proprio affare dai contenuti economici di sicuro interesse. Questo accostamento alla devianza straniera, come si è già avuto occasione di rilevare, risulta estremamente pericoloso, in soggetti chiamati a svolgere una funzione non riducibile alla semplice gestione tecnica della vicenda processuale.

All'interno dei penitenziari l'opinione dei detenuti è in proposito ovviamente molto diversa. Non appare, quindi, per nulla inatteso un responso che registra a Brescia (città con oltre il 20% di residenti stranieri) la percentuale più alta di insoddisfatti del lavoro svolto dal proprio legale. Si tenga altresì in considerazione che più dell'80% degli individui incontrati si avvaleva di un difensore di propria fiducia.

6. I magistrati

La posizione del giudice appare agli occhi degli stranieri come quella cui attribuire le maggiori responsabilità del trattamento iniquo di cui si ritengono destinatari. Il problema non può certo dirsi del tutto nuovo. La complessità insita nel dover giudicare un individuo che non si riconosce, per origini geografiche e culturali, nei valori condivisi da una data comunità, era ben nota già ai tempi dell'impero romano. Dinnanzi alla necessità di giudicare un *non cives*, i magistrati erano chiamati a esercitare il proprio compito in base allo *ius gentium*, l'insieme degli istituti di diritto privato ritenuti comuni a tutti i popoli. La straordinaria modernità dell'esperienza romana è riconoscibile anche in quella sorta di federalismo penale che comportava la tolleranza di determinate azioni in ossequio ai *mores* locali.

La dottrina scolastica, in epoca successiva, ha ricondotto tale "diritto interculturale" a una ragione naturale comune a tutti gli uomini, la *ratio naturalis*, capace di legittimare in sé istituzioni e principi giuridici condivisi da tutti i popoli. Da tale costruzione il diritto penale restava escluso, poiché il concetto di crimine andava riferito non allo status di cittadino, ma a un individuo in quanto tale, a una "persona". I secoli successivi hanno visto il

termine “persona” assumere nella cultura moderna una centralità filosofico-politica ben evidenziata, solo per fare un esempio, dalla costruzione politica di Hobbes²⁷. Il XX secolo ha però infranto l’aspirazione a universalizzare l’idea di “persona”, liberandola da ogni vincolo di appartenenza. Del concetto di “persona” si è così progressivamente sviluppata una connotazione antitetica rispetto a quella di “straniero”. Quando non può esserci riconoscimento di personalità senza una preventiva inclusione in un ordine sociale, allora tanto più si è o si appare “stranieri”, tanto meno si verrà trattati come “persone”.

Un simile rischio è riconoscibile anche nell’affievolimento delle garanzie processuali che sembra ravvisabile nelle esperienze vissute da molti degli intervistati. Sarebbe, però, erroneo ritenere responsabili i giudici delle carenze strutturali presenti nel rapporto che si instaura con lo straniero. Dinnanzi a individui che mostrano gravi carenze linguistiche e sono privi dell’assistenza di un interprete per buona parte del processo, assistiti da legali con una conoscenza sommaria della vicenda specifica, la sentenza del giudice appare atto conclusivo formalmente ineccepibile di un procedimento sostanzialmente claudicante. Giova ripetere ancora una volta che la magistratura finisce per subire una simile realtà, non essendo di sua pertinenza la predisposizione delle misure necessarie a rendere effettive, anche per gli stranieri, le garanzie processuali previste per un italiano.

È chiaro che quanto più il soggetto appare “integrato” nella nostra realtà tanto più la sua posizione sarà accostabile a quella di un qualunque altro cittadino. Condizione necessaria, affinché si possa avere “integrazione” all’interno di una società, è la sussistenza della disponibilità dei soggetti che la compongono a coordinare le proprie azioni con quelle degli altri, accettandole. La disposizione all’integrazione (intesa come conformità all’ideologia, ai sentimenti, alle azioni di altri) risulta, inoltre, tanto più forte quanto più coloro che rappresentano il gruppo di riferimento appaiono certi delle loro azioni. Pareto, a tal proposito, parlava di “sentimenti che spingono gli individui all’uniformità”. Se e quando ciò accade, il primo segnale è un basso livello di conflitto sociale. Il secondo è che il gruppo che si inserisce tende ad assumere, nel corso del processo, le caratteristiche sociali e culturali più qualificanti della collettività più ampia. Le condizioni che segnano questo processo di integrazione dipendono dal grado di attrazione esercitato dal

²⁷ Cfr. ad esempio *Leviatano*, 1651, trad. it. Bompiani, Milano, 2001, cap. XVI, pp. 265 e segg.

gruppo "inglobante", insieme all'utilità che viene riconosciuta all'inserimento²⁸. Probabilmente la nostra società non attraversa un momento di particolare coerenza interna, il che non contribuisce a fortificare tali sentimenti.

Rapportare i contenuti di questo ragionamento alla questione penale significa ipotizzare che, in assenza di queste spinte, lo straniero (alcuni gruppi etnici più di altri) possa richiedere il rispetto di valori estranei alle istituzioni giuridiche che si accingono a giudicarlo. Naturalmente nessuno Stato moderno è disposto a concedere spazio a soluzioni che ricordino lo *ius gentium*, in cui certe posizioni individuali penalmente rilevanti possano essere riferite a istituti propri di altri sistemi giuridici. Non per questo la situazione appare meno complessa. La relatività strutturale del diritto consente che certe condotte possano essere ritenute penalmente rilevanti a certe latitudini, del tutto lecite ad altre. Può così accadere che comportamenti usuali (ritenuti pienamente legittimi dal loro autore), posti in essere in un diverso contesto geografico perfezionino una certa fattispecie penale.

Per le ragioni appena esposte, un certo numero di detenuti incontrati viveva (e presumibilmente vive ancora) la propria detenzione in uno stato di sostanziale catatonia, dettata dalla incapacità di dotare di senso la propria esperienza. Simile condizione ha come prima conseguenza la sostanziale ingestibilità del soggetto, che rifiuta ogni intervento istituzionale (mediatori culturali, educatori, assistenti religiosi, etc.) perché non ritiene sussista titolo legittimo per la sua permanenza nell'istituto detentivo. Unico conforto, il sostegno dei connazionali. Un esempio tra i molti incontrati può essere utile per garantire maggiore concretezza al discorso.

Un marocchino di circa 45 anni, in Italia da più di dieci anni con la moglie e tre figli, in possesso di un regolare permesso di soggiorno grazie a un impiego da operaio specializzato, una sera si scontra verbalmente, in modo acceso, con il figlio di circa 17 anni, del quale disapprova alcune amicizie. Nel corso della lite decide di imporre la propria volontà abusando del proprio *ius corrigendi*, al punto che i carabinieri (allertati dai vicini) al loro arrivo trovano sia la moglie che il figlio sanguinanti.

Condannato infine per tentato omicidio, al momento del nostro incontro non riusciva ancora a spiegarsi il perché di quella che, a suo dire, è stata una indebita intromissione nella sua sfera privata. L'uso anche della forza per imporre la volontà del *pater familias* pare essere del tutto naturale nel suo Paese (ed in fondo qualcosa

²⁸ Cfr. Blau, *Exchange and power in social life*, New York, 1964, cap. II.

di simile accadeva una cinquantina d'anni fa in diverse zone del nostro entroterra, e non solo meridionale), per cui egli non riesce a capire perché i giudici italiani si siano ostinati nel non volerne tener conto.

L'episodio presenta indubbiamente i profili del caso limite, per certi versi quasi "estremo". Ma la frequenza di episodi a questo del tutto simili (giuridicamente rubricati come tentato omicidio o lesioni personali gravi e gravissime) lascia supporre che esista effettivamente, in certi Paesi, una maggiore tolleranza dinnanzi ad eventi che da noi non possono in nessun modo essere ricompresi, da decenni, nei margini di una condotta rimessa alla disponibilità del privato.

Il più concreto corollario di queste vicende, che induce legittimamente alla preoccupazione, è la quotidiana difficoltà di gestione di individui in uno stato emotivo così complesso e delicato, all'interno di istituti penitenziari che ne ospitano diverse altre centinaia. Per quanto sia sempre difficoltosa l'interazione con soggetti provenienti da un contesto socio-culturale completamente diverso dal nostro, l'esplosività della situazione in questi casi è dettata dal trovarsi a che fare con soggetti che sentono come profondamente ingiusta non la misura della condanna o la gestione di taluni aspetti della vita detentiva, ma la loro stessa presenza all'interno del penitenziario. Si sentono condannati perché stranieri, in modo quasi arbitrario, per di più ritenendo di aver rispettato il nostro Paese senza avere ottenuto in cambio il minimo riguardo verso il loro bagaglio socio-culturale.

Uno dei tratti più comuni nelle oltre seicento interviste realizzate è stata l'individuazione di una o più iniquità nel funzionamento del nostro sistema giuridico allorché questo entra in contatto con un soggetto straniero. Inoltre, parte dei detenuti di alcune nazionalità ritiene di essere oggetto di un trattamento discriminatorio non solo se rapportato a quello cui andrebbe incontro un cittadino italiano, ma anche rispetto a quello riservato a stranieri provenienti da Paesi diversi dal loro. Potrebbe non essere del tutto corretto etichettare la vicenda come una "tendenza al lamento", come è capitato più volte di sentire replicare da diversi operatori penitenziari.

Di certo si fatica a credere che possa esistere un preordinato e diffuso spirito vessatorio che spinga gli organi giudicanti ad accanirsi contro gli stranieri in generale, o contro alcune etnie in particolare. Risulta poco credibile anche alla luce di un tentativo di verifica condotto sul nostro campione.

I detenuti nordafricani, i più disposti a questo tipo di lamente-

le, risultano coinvolti, in oltre la metà dei complessivi casi registrati, in violazioni della legge sugli stupefacenti, anche se si tratta di un coinvolgimento in posizioni marginali (in genere quella di spacciatore). Questi stessi soggetti forniscono comunque un rilevante contributo anche ad altre fattispecie criminose, tra cui spiccano vari delitti accomunati dall'essere commessi usando violenza su persone. Una parte non trascurabile di questo gruppo, dunque, si trova coinvolto in fatti piuttosto gravi (giudizio espresso con riferimento ai limiti edittali di pena previsti per le singole fattispecie), senza che a ciò corrisponda un valore percentuale significativo di condanne superiori ai cinque anni. Viceversa proprio i nordafricani ottengono con maggior frequenza condanne miti (ossia fino ad un anno), con un certo margine su tutti gli altri gruppi. Difficile, pertanto, poter dare credito a quanto riferito.

Quanto detto, però, non vale a rimuovere del tutto la sensazione di una certa opacità nel funzionamento del sistema. Gli istituti del diritto, compreso quello penale, rappresentano un insieme di soluzioni destinate all'organizzazione del vivere comune, e come tali sanno tollerare trattamenti interpretativi che li rendono più funzionali al momento che la società di riferimento è chiamata ad attraversare. Il numero ridotto di stranieri ammessi a beneficiare di misure premiali può leggersi come corollario di quanto appena detto. Di certo in molti casi il magistrato procedente si imbatte nella totale assenza delle condizioni minime previste dal codice per la concessione di tali provvedimenti. La irregolare diffusione sul territorio pare tuttavia connessa con qualcosa di ulteriore. Una più o meno diffusa sensibilità sociale sul tema (estremamente variabile in contesti diversi della nostra penisola) potrebbe esercitare un certo peso in una decisione che per il giudice (in alcune realtà cittadine) può, a tutti gli effetti, considerarsi una rischiosa assunzione di responsabilità dinnanzi alla collettività.

Le pesanti critiche rivolte alla nostra magistratura appaiono, in una certa misura, ridimensionate dalla diffusione tra gli intervistati di una generale, e apparentemente inspiegabile, indulgenza verso i nostri organi giudicanti. Le ragioni di tale benevolenza devono essere ricercate nelle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale in un numero non trascurabile dei Paesi d'origine dei detenuti incontrati. Provenendo da realtà appartenenti al terzo o quarto mondo, la corruzione degli apparati statali è realtà diffusa, che non risparmia nemmeno la magistratura. Per ammissione degli stessi intervistati, il concetto di garanzia processuale rimane in una dimensione puramente teorica, sostituito dalla più pragmatica

disponibilità economica. Solo il riferimento alle realtà dei Paesi di provenienza (e il conseguente confronto con quella del nostro Paese) è in grado di spiegare perché, pur di fronte alle iniquità cui si è fatto cenno, solo una minoranza dei detenuti incontrati ha dichiarato che avrebbe preferito (laddove fosse stato possibile) essere giudicato da un tribunale del proprio Paese.

Oltre il 60% degli intervistati, infatti, ritiene comunque più conveniente ed equo un procedimento giudiziario in Italia, avvalorando tale opinione con risposte quali "il vostro è un Paese veramente democratico", "nel mio Paese puoi anche uccidere ma se hai soldi sei innocente", etc. Aspetto per niente secondario, il gruppo maggiormente persuaso in tal senso è quello proveniente dall'Africa (mediterranea e non) che, insieme a quello mediorientale, presenta valori al di sopra del 70%, mentre i detenuti di origine comunitaria si segnalano con il valore percentuale più basso, intorno al 50%.

7. I rapporti con la polizia penitenziaria

Quando si prende in esame il problema della gestione dei detenuti stranieri in Italia, si è certi di affrontare uno tra i problemi più rilevanti, ed insieme allarmanti, dell'attuale politica penale. Nei nostri istituti penitenziari, dopo la legge 241/06 di concessione dell'indulto, il numero complessivo di soggetti reclusi è stato ridotto da oltre 61000 unità a poco più di 39000, ma è rimasta sostanzialmente invariata la presenza percentuale degli stranieri, che rappresentano ancora un terzo del totale (13000 individui). Inoltre, le statistiche relative ai nuovi ingressi dalla libertà segnalano un rapporto italiani-stranieri ormai giunto alle soglie della parità (52/48), il che lascia intendere che nei prossimi anni la presenza straniera, con le relative problematiche, sia inesorabilmente destinata ad aumentare.

Un aspetto trascurato di frequente, e che rende la questione ancor più preoccupante, è che i fenomeni che presentano un tale orientamento spesso mostrano anche un andamento non-lineare. Non è detto, cioè, che triplicandosi la popolazione si debba anche triplicare la gravità dei problemi, dal momento che nulla esclude che tale gravità possa aumentare in maniera ancora più consistente.

In questa cornice, affrontare la questione dei rapporti tra detenuti ed agenti di polizia penitenziaria, equivale ad addentrarsi in un terreno accuratamente minato da entrambe le parti. Qui più che altrove, infatti, non è raro imbattersi in apologie degli uni o degli altri, posizioni che oltre a mostrare tutti i propri limiti con-

cettuali hanno anche il pregio di risultare del tutto inutili. Secondo Goffman, «nelle istituzioni totali c'è una distinzione fondamentale fra un grande gruppo di persone controllate e un piccolo staff che controlla. Ogni gruppo tende a farsi un'immagine dell'altro secondo stereotipi limitati ed ostili: lo staff spesso giudica gli internati malevoli, diffidenti e non degni di fiducia; mentre gli internati ritengono spesso che il personale si conceda dall'alto, che sia di mano lesta e spregevole. Lo staff tende a sentirsi superiore e pensare di avere sempre ragione. Queste limitazioni di rapporto è probabile contribuiscano a mantenere gli stereotipi di tipo antagonistico. Due mondi sociali e culturali diversi che procedono fianco a fianco, urtandosi l'un l'altro con qualche punto di contatto ufficiale, ma con ben poche possibilità di penetrazione reciproca»²⁹. In altre parole, ogni gruppo si costruisce una propria visione del mondo che sviluppa con una chiara funzione di auto-sostegno (auto-difesa), e che giustifica la propria posizione consentendo, al tempo stesso, di giudicare con rigore e severità coloro che al gruppo non appartengono. Date queste premesse, appaiono chiare le insidie che si celano nell'affrontare tale argomento, insieme alla necessità di mantenersi a debita distanza da qualsiasi aprioristica posizione pro o contro qualcuno.

Un valido punto di partenza per affrontare l'argomento può essere individuato nei riscontri forniti dall'indagine empirica, nel corso della quale le risposte fornite sull'argomento "rapporti con il personale" sono state divise in tre categorie, ossia "normali", "con qualche problema", "con molti (o seri) problemi". È di tutta evidenza che buona parte del senso di questo discorso dipende dal significato attribuito a ognuna di queste etichette, dato che ne risulta condizionata anche la successiva operazione di inquadramento delle risposte. Osservazione che vale, prima di tutto, per il concetto di normalità del rapporto.

Probabilmente non è possibile rimuovere del tutto gli aloni di ambiguità che un tale concetto è destinato a portare con sé, visto che "normale" per alcuni significa un rapporto rispettoso, per altri di moderata assistenza, etc. Inizialmente si era prevista nel questionario una scala di risposte possibili articolata in sei modalità (da pessimi a ottimi), ma l'opportunità di ridurre il numero dei riferimenti si è presto evidenziata perché quasi nessuno degli intervistati andava oltre il livello mediano (rapporti normali), tutt'al più aggiungendo commenti come "c'è qualche agente bravo che ci aiuta", "non sono tutti uguali" e simili. Si è creduto pertanto di

²⁹ E. Goffman, *Asylums*, 1961, trad. it., Einaudi, Torino, 2003, p. 37.

poter estrapolare da queste risposte un contenuto di "normalità" che si riferisca ad una situazione non segnata da episodi di particolare gravità. Tuttavia, questa valutazione viene condizionata dalle aspettative che ogni gruppo nutre in proposito, e cioè più alte per gli occidentali, molto meno ottimistiche per gli altri, che spesso considerano "normali" anche rapporti in cui viene avvertita una certa difficoltà relazionale (ma non tale da portare ad aperte accuse di razzismo). Rapporti suggellati da risposte come "se non parli non succede nulla", "se rispetti vieni rispettato", "loro sono le guardie ed hanno il coltello dalla parte del manico", "meglio star zitti altrimenti ti danno subito un rapportino", etc.

Se questa è la situazione di chi "non ha problemi", resta da vedere cosa lamentano il centinaio di detenuti che non hanno definito normale la loro relazione con gli agenti. In questi casi si incontrano episodi di discriminazione o di razzismo vero e proprio, con una distinzione sia qualitativa che quantitativa tra le due categorie residue. Nella seconda, infatti, oltre ai casi in cui lo stesso individuo sia stato vittima di diversi episodi, sono compresi anche quelli di maggiore gravità, come essere stato picchiato dalla sorveglianza.

Non è facile dire quanto i numeri riescano a descrivere la realtà in modo pienamente attendibile. Per un meccanismo abbastanza noto a chi è avvezzo alla somministrazione di questionari, qualcuno sembra aver temuto, nelle prime battute del colloquio, di esporsi pericolosamente dichiarando qualcosa di diverso e distante dal normale. Il che spiegherebbe perché di fronte all'ultima domanda loro posta ("altre osservazioni", quindi di tipo aperto) siano state date spesso risposte contenenti valutazioni critiche verso il personale, tra cui una assai diffusa – ed espressa in forma pressoché identica in diverse e distanti località della penisola – "giocano con il nostro morale".

Non è corretto, da un punto di vista epistemologico, ritenere che l'interazione tra queste due categorie di soggetti possa essere compiutamente definita prendendo in esame le opinioni di una sola delle due. Reperire, però, un riferimento numericamente traducibile che permetta di valutare l'atteggiamento dei detenuti verso le istituzioni penitenziarie non è operazione facile. L'ipotesi più percorribile è quella di considerare il numero di sanzioni disciplinari comminate a ogni soggetto.

Questa operazione consegna 112 detenuti (18.6%) responsabili almeno una volta dell'inosservanza di una norma del regolamento interno, ma il dato sembra ancora troppo approssimativo, visto che non è possibile sapere quante di queste violazioni siano da attribuire a difficoltà con il personale. La medesima sanzione, infatti,

viene inflitta a comportamenti molto diversi tra loro, tra cui i più frequenti sono atti di autolesionismo (molto diffusi tra i nordafricani), litigi con altri detenuti ed intemperanze fisiche o verbali verso il personale. Raffinando il dato precedente, si osserva che i dichiarati problemi con il personale di sorveglianza hanno inciso meno di quanto non abbiano fatto quelli con altri detenuti.

In seconda battuta, archiviati questi risultati non proprio soddisfacenti, ci si può appoggiare sulle valutazioni formulate dagli agenti. Se è vero che negli istituti visitati, infatti, sono state avanzate critiche circa la correttezza dell'operato degli agenti di polizia penitenziaria, identica diffusione trovano le opinioni di questi ultimi in merito alla estrema difficoltà (se non impossibilità) di gestione di alcuni detenuti in modo particolare.

Secondo tale prospettiva, i problemi più gravi verrebbero dai soggetti originari dell'area nordafricana, ritenuti capaci, oltre che di sostenere con una "martellante ed insostenibile insistenza" ogni loro richiesta, soprattutto di porre in essere atti di autolesionismo in ogni occasione in cui si sentano vittime di una ingiustizia, piccola o grande che sia. È capitato, in effetti, di incontrare detenuti che mostravano varie cicatrici su braccia, addome o torace, dal loro punto di vista segno inequivocabile di soprusi subiti o dell'indifferenza mostrata dinnanzi a importanti richieste. Nella medesima falsariga si inseriscono quei detenuti accompagnati da foto che li ritraevano con le labbra cucite, o dopo aver ingerito pezzi di vetro, il tutto sempre per protesta verso gli agenti, responsabili di comportamenti ritenuti vessatori o di completo disinteresse.

Stabilire un chiaro rapporto causa-effetto tra le due posizioni non è facile. Evidentemente in un istituto penitenziario esistono e devono esistere molte regole, alcune delle quali dal contenuto anche discutibile. Ma è altresì certo che di fronte a questi dettami alcuni gruppi geografici reagiscono (secondo i propri schemi culturali) in un modo che a noi appare spesso abnorme. Si può essere d'accordo nel ritenere irragionevole che una infermeria debba accogliere, dietro prenotazione (!), i bisognosi solo alcuni giorni la settimana, ma quasi asportarsi il palmo della mano con tre incisioni (con il coperchio della scatola dei pelati) per protesta è reazione sicuramente aberrante.

A segnare in negativo il rapporto con gli agenti di custodia vi è anche la cadenzata organizzazione della giornata. È certamente frustrante prendere coscienza del fatto (piuttosto frequente in una istituzione penitenziaria) che anche le più piccole ed apparentemente insignificanti attività quotidiane possono essere soggette alle regole e ai giudizi imposti dal personale. Talvolta con il concreto rischio

della arbitrarietà della decisione. L'immagine che il detenuto tende a costruirsi in tali circostanze è che la propria quotidianità sia segnata dal rischio incombente di una sanzione, in modo particolare nel periodo iniziale delle detenzione, quando non sono state ancora metabolizzate (volenti o nolenti) le regole dell'istituto. A volte comportamenti passibili di sanzione vengono posti in essere in modo quasi inconsapevole, posto che anche dei bisogni elementari - come fumare una sigaretta, fare una doccia o conversare con il vicino di cella - devono passare attraverso un'autorizzazione. In questi casi, come nota Goffman, quel che si constata è la perdita della capacità di organizzare i propri bisogni primari in modo indipendente da regole ed autorizzazioni esterne.

Non si può certo ignorare che, qualunque sia la giustificazione addotta a sostegno di questa o quella norma di disciplina interna, si tratta pur sempre di disposizioni che si rendono necessarie per controllare e regolare l'attività giornaliera di un gran numero di persone, in uno spazio ristretto e con un numero limitato di risorse. Ma l'equilibrio sul quale si muove un simile stato di cose è sempre delicato, ancora di più per un detenuto straniero.

È ovvio che in una simile situazione il detenuto riversi le proprie insoddisfazioni sulla persona con cui quotidianamente interagisce, e cioè l'agente di polizia penitenziaria. Questo spiega anche perché le critiche mosse verso gli altri operatori (educatori, assistenti sociali e volontari, etc.) siano nettamente più "morbide", come si trattasse di figure di secondo piano.

Non è da escludersi che una parte di questi problemi potrebbero essere mitigati rendendo esplicite e conoscibili non solo le condotte passibili di punizioni (con le relative sanzioni), ma anche le modalità con cui vengono prese certe decisioni, come ad esempio la scelta dei lavoratori, o dei fortunati che potranno frequentare un corso scolastico o partecipare ad un qualsiasi altro corso. Qualcosa di diverso dal "li chiamiamo noi", che sembra una certificazione di assoluta arbitrarietà.

Nella fase conclusiva dell'intervista, è stato chiesto ad ogni detenuto se avrebbe preferito scontare in patria la pena comminata e se avesse dei progetti sul proprio futuro, in particolare a partire dalla data di "fine pena".

In merito alla scelta del luogo di detenzione, più di tre detenuti su quattro (77.6%) non gradirebbero una sistemazione penitenziaria in un Paese diverso dal nostro, meno che mai in quello di provenienza. Poco meno del 20%, viceversa, preferirebbe una detenzione in altro luogo. I commenti a margine di questa scelta

richiamano concetti già incontrati, come "in Italia il carcere è più umano, da noi saremmo trattati come animali", "se entri in carcere non sai se ne uscirai", "nel mio paese non esiste nulla, non si lavora, non veniamo pagati e il cibo è peggiore che qua", etc. Ancora una volta i più alti livelli di consenso si registrano tra i nordafricani, per quanto quasi tutti i gruppi si mantengano su percentuali di favorevoli superiore all'80%. Solita eccezione costituiscono il gruppo dei comunitari (40%).

L'indagine condotta attraverso i nostri penitenziari ha dimostrato che la normativa internazionale, edificata a difesa dei diritti del detenuto straniero, risulta spesso disattesa, sia pure con prevedibili disomogeneità territoriali. Ciò nonostante, una larghissima fetta di detenuti non esita ad assolvere il nostro sistema, come se mostrasse di dare un peso relativo alle affermazioni critiche offerte. Dinnanzi a questa incongruenza sorge il sospetto che l'intero sistema di tutela debba considerarsi una trasposizione su scala presuntivamente internazionale di un insieme di valori che di internazionale non hanno nulla o quasi. Il legislatore (espressione che nel nostro caso suscita, ancor più del solito, perplessità) potrebbe aver utilizzato come parametri di riferimento i problemi cui un'occidentale, recluso in terra straniera, presumibilmente andrebbe incontro, o verso cui si mostra tendenzialmente più sensibile. Ciò spiegherebbe perché di fronte alle domande appena incontrate siano proprio i detenuti più vicini a questo sentire (i comunitari) a mostrarsi più insoddisfatti, a fronte di altri gruppi che mostrano di considerare più importanti aspetti diversi della vita detentiva. In definitiva, il sistema sarebbe connotabile come chiaramente etnocentrico, e come tale spesso inefficace perché distante, quando non totalmente estraneo, alla cultura di alcuni suoi destinatari. Non si può nascondere il timore che alcuni elementi del problema debbano essere ritenuti irriducibili, poiché ogni sistema penitenziario si fa portatore dei valori espressi dal tessuto sociale in cui si trova inserito.

Questa impostazione, peraltro non del tutto inattesa, trova una robusta conferma proprio nei dati relativi alla scelta del Paese dove scontare la pena comminata. Come appena indicato, oltre il 77% dei soggetti incontrati preferirebbe l'Italia a qualsiasi altra opzione, solo il 3% non ha una idea precisa in proposito, mentre i restanti sceglierebbero il Paese d'origine, nella maggior parte dei casi solo perché in tal modo pensano di poter aver un sostegno maggiore dalla propria famiglia.

Rimane da considerare la domanda relativa alle prospettive all'atto delle dimissioni dall'istituto. Anche in questo caso si registra

una larga maggioranza assoluta di soggetti desiderosi di fermarsi nel nostro Paese, con le medesime difformità riscontrate in precedenza allorché si verifica l'incrocio di questa variabile con l'area geografica di provenienza.

Ancora una volta, però, nella produzione di questi risultati può intervenire un fattore già più volte incontrato. Non sembra infatti estraneo il grado di integrazione nella realtà italiana dei nostri detenuti. Sono in tanti ad aver scelto di restare nel nostro Paese (sempre che ciò venga loro concesso) nonostante siano costretti a vivere una esperienza "forte" come la detenzione, che spesso significa riduzione delle opportunità complessive anche per un italiano. Ma, in fondo, in tanti sono nel nostro Paese da un congruo numero di anni, e ad attenderli nei Paesi d'origine non vi è una situazione socio-politico-economica particolarmente incoraggiante, eccezion fatta per i comunitari, dei quali infatti solo quattro pensano di fermarsi oltre fine pena.

Brevi note sul trattamento penitenziario e l'esecuzione penale esterna nei confronti dei tossicodipendenti ed alcolodipendenti con particolare riferimento alle novità introdotte dal decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272 (c.d. "decreto Olimpiadi") convertito dalla legge 21 febbraio 2006 n. 49

EUGENIO RUBOLINO*

Premessa

L'esecuzione della pena nei confronti di soggetti tossicodipendenti e alcolodipendenti assume caratteri del tutto peculiari.

Infatti, nell'approccio con tali soggetti, l'apporto trattamentale raggiunge la sua massima estensione prevalendo sull'aspetto meramente custodiale.

Ne deriva che l'esigenza di solidarietà sociale assume un ruolo prioritario sull'esigenza di sicurezza.

Le ragioni di tale diverso approccio sono da ricondurre alle particolari condizioni psico-fisiche dei soggetti destinatari di condanna esecutiva nei confronti dei quali alla generica funzione rieducativa della pena si aggiunge una valenza riabilitativa della stessa.

L'obiettivo è infatti quello del recupero in luoghi idonei evitando la promiscuità, quale potenziale veicolo di diffusione di malattie e di circolazione di sostanze stupefacenti.

In particolare l'art. 95 del DPR 309/90 prevede che la pena per soggetti condannati per reati commessi a causa del proprio stato di tossicodipendenza deve essere scontata in istituti idonei allo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi.

In questo quadro si inserisce la creazione di specifici istituti c.d. "a custodia attenuata per il trattamento delle tossicodipendenze" all'interno dei quali il periodo detentivo ha una valenza preminentemente riabilitativa e si basa su una libera scelta dell'interessato

*Magistrato

nell'aderire ad un progetto di reinserimento anche sociale e lavorativo, con la spiccata prevalenza, come sopra accennato, della funzione rieducativa su quella custodiale e retributiva.

Quanto appena descritto vale per l'esecuzione di pene in regime detentivo, sia pure in istituti dotati di particolari caratteristiche, ma nel trattamento di soggetti tossicodipendenti o alcoldipendenti il nostro ordinamento conosce altre forme alternative di esecuzione previste nel citato DPR 309/90 ed in particolare negli artt. 90 e 94.

L'esame che seguirà sarà rivolto proprio alle notevoli novità introdotte con la legge n. 49 del febbraio 2006 in materia di sospensione della pena e di affidamento in prova per condannati tossicodipendenti.

Con il citato intervento legislativo ancora una volta viene chiamata la magistratura di sorveglianza in funzione monocratica ad espletare un ruolo centrale nella fase esecutiva della pena.

Caratteri della riforma in materia di stupefacenti e di trattamento dei tossicodipendenti

Con il d.l. 30 dicembre 2005 n. 272 (c.d. "decreto Olimpiadi"), convertito in legge 21 febbraio 2006 n. 49, il legislatore è intervenuto con consistenti modifiche, da un lato, sulla disciplina della repressione penale dei fenomeni legati al traffico di stupefacenti, dall'altro, in materia di trattamento della tossicodipendenza.

Ne emerge una disciplina di natura composita:

caratterizzata da una maggiore severità nel trattamento sanzionatorio della detenzione e spaccio di stupefacenti secondo il principio della tolleranza zero;

caratterizzata da norme favorevoli ed incentivanti per i condannati tossicodipendenti che abbiano concluso, intrapreso o abbiano seria intenzione di iniziare un programma di recupero terapeutico.

Il carattere favorevole della nuova disciplina, riguardante l'esecuzione della pena, emerge subito con la previsione di nuovi e più ampi limiti di pena, per l'ammissione al beneficio di cui all'art. 90 e 94 del DPR 309/90.

Infatti, rispetto agli originari anni quattro, che restano tali per i condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p., il limite di pena è elevato a sei anni per i condannati c.d. comuni.

Altra novità di sicura portata favorevole è nel riconoscimento, al tribunale di sorveglianza, del potere di sospendere anche l'esecuzione della pena pecuniaria o dichiarare estinta la stessa.

**Le nuove condizioni per la sospensione della pena e per l'affidamento in prova in casi particolari.
Competenza e procedura**

L'Art. 90 del DPR 309/90 prevede un'ipotesi di sospensione dell'esecuzione della pena in senso proprio.

Le più importanti novità riguardano la competenza ad adottare il provvedimento e determinati requisiti che ne restringono l'ambito soggettivo di applicazione.

Per quanto attiene alla competenza, la previsione di una applicazione provvisoria del beneficio di cui all'art. 90 e della misura di cui all'art. 94 costituisce, come sopra accennato, la conferma di quella tendenza del legislatore ad estendere sempre più i casi di applicazione anticipata dei benefici penitenziari sulla falsariga dell'art. 47 comma 4 o.p..

Tale competenza è ora attribuita all'organo monocratico (il magistrato di sorveglianza) in caso di istanza di soggetto in stato di detenzione mentre resta al PM, il potere di sospensione dell'ordine di carcerazione, solo nel caso di condannati in stato di libertà.

In particolare l'art. 4 *octies* del d.l. 272/05 ha sostituito, con riferimento alla sospensione, l'intervento del PM sull'istanza del condannato già detenuto, con l'intervento del magistrato di sorveglianza, modellato sulla falsariga della procedura di cui all'art. 47 comma 4 o.p.

Il nuovo art. 91 comma 4 del DPR 309/90 stabilisce infatti che, se l'ordine di carcerazione è già stato eseguito, la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza competente sull'istituto di pena il quale, verificati i requisiti di ammissibilità, se sono offerte concrete indicazioni sulla sussistenza dei presupposti ed in caso di pregiudizio nella protrazione della detenzione, in mancanza di elementi in ordine al pericolo di fuga, può disporre l'applicazione provvisoria della sospensione.

Analoga norma è stata introdotta per l'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova per tossicodipendenti.

La nuova versione dell'art. 94 comma 2 del DPR 309/90, infatti, prevede la presentazione della domanda al magistrato di sorveglianza il quale può disporre la provvisoria applicazione della misura.

Per quanto attiene ai requisiti per l'ammissione alla sospensione della pena è stata introdotta una importante novità capace di distinguere ormai nettamente l'istituto della sospensione (art. 90) dall'affidamento terapeutico (art. 94).

Tale novità, volta a restringere l'ambito soggettivo di appli-

cazione del beneficio, è nel destinare lo stesso solo ai condannati che abbiano già concluso positivamente il programma e non più, come prima, anche in favore di coloro che abbiano ancora in corso programmi terapeutici di recupero. A questa restrizione fa da contraltare, in senso favorevole, l'estensione del beneficio a condanne fino a sei anni, anche residui, per reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendenza.

Resta di quattro anni il limite di pena massimo, anche residuo, per condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p..

L'istanza, a pena di inammissibilità, deve essere corredata da certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi prevista dall'art. 116 DPR 309/90 attestante:

- la procedura di accertamento dell'uso abituale di stupefacenti;
- il tipo di programma terapeutico e socio-riabilitativo scelto;
- l'indicazione della struttura in cui si è seguito il programma, le modalità ed i risultati conseguiti a seguito del programma.

Il beneficio non può essere concesso in caso di precedente applicazione del medesimo ovvero in caso di commissione di un delitto non colposo, punibile con la reclusione, nel lasso di tempo compreso tra l'inizio del programma terapeutico e la decisione del tribunale di sorveglianza.

In caso di applicazione provvisoria, sino alla decisione definitiva del tribunale di sorveglianza, la competenza nel dichiarare la revoca di cui all'art. 93 comma 2 DPR 309/90 spetta al magistrato di sorveglianza.

La durata della sospensione è stabilita sempre in cinque anni, decorsi i quali, se il soggetto ammesso al beneficio non ha commesso un delitto non colposo punibile con la reclusione, la pena e ogni altro effetto penale si estinguono ed ai fini di tale estinzione è prevista, ora, la necessaria pronuncia del tribunale di sorveglianza.

Fonte di critiche, da parte della dottrina, è la mancata previsione in caso di revoca, nella nuova normativa come nella precedente, di un potere del tribunale di sorveglianza di graduare l'entità della revoca in rapporto alla gravità della condotta antiggiuridica. La revoca, infatti, è sempre pronunciata *ex tunc*.

La nuova disciplina inoltre nel prevedere che il termine di cinque anni decorre dalla data della domanda di cui all'art. 94 comma 4 conferisce al tribunale di sorveglianza un potere di rimodulazione della durata della sospensione nello stabilire che il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni, delle prescrizioni e del comportamento può determinare una diversa e più favorevole data di decorrenza del termine.

Altrettanto importanti si presentano le modifiche apportate all'art. 94 del DPR 309/90 dall'art. 4 *undecies* del d.l. 272/05.

L'intento è quello di incentivare la scelta dei condannati tossicodipendenti verso la sottoposizione ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo.

Anche in questo caso c'è una ripartizione di competenze tra PM e magistrato di sorveglianza riservando al primo i casi in cui la pena non abbia ancora avuto esecuzione (il PM provvederà alla sospensione dell'ordine di carcerazione) ed al secondo la competenza nei casi di esecuzione in corso.

Il presupposto è chiaramente diverso rispetto all'ipotesi sopra trattata e prevista dall'art. 90.

Infatti, il beneficio in questione, può essere concesso nei confronti del condannato che abbia in corso o intenda sottoporsi ad un programma terapeutico.

Nell'istituto in esame emerge il ruolo ancora più incisivo, rispetto ad altri istituti (si pensi al citato art. 90 DPR 309/90 ed all'art. 47 comma 4 o.p.), rivestito dal magistrato di sorveglianza.

La nuova versione dell'art. 94, comma 2, prevede che la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza il quale, se l'istanza è ammissibile, se sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti ed al grave pregiudizio derivante dalla protrazione della detenzione, qualora non vi siano elementi in ordine al pericolo di fuga, può disporre l'applicazione provvisoria della misura alternativa.

Quindi il magistrato di sorveglianza, non solo sospende l'esecuzione come nel caso di cui all'art. 47 comma 4 o.p., bensì applica immediatamente, con l'imposizione di tutte le prescrizioni necessarie, la misura alternativa in via provvisoria.

La ratio è chiaramente nella necessità, in questi casi, di non perdere tempo e far sì che il programma terapeutico inizi immediatamente o prosegua proprio perché, a differenza di quanto accade nell'affidamento in prova al servizio sociale, è qui presente la necessità prioritaria di tentare il recupero del tossicodipendente.

Tra l'altro, con la immediata imposizione delle prescrizioni, viene anche fornito uno strumento volto a garantire la sicurezza della collettività.

Tutto quanto predisposto in via provvisoria sarà poi riesaminato nell'ambito del procedimento davanti al tribunale di sorveglianza chiamato a pronunciarsi in via definitiva.

Fino alla pronuncia del tribunale di sorveglianza resta radicata la competenza del magistrato di sorveglianza in ordine all'adozione di ulteriori provvedimenti ivi compresi i decreti di cui agli artt.

51 *bis* o.p. (in caso di sopravvenienza di ulteriori titoli) e 51 *ter* o.p. (con eventuale sospensione del beneficio in caso di violazioni delle prescrizioni).

A pena di inammissibilità, è previsto che alla domanda deve essere allegata una certificazione rilasciata da struttura sanitaria pubblica o privata accreditata per l'attività di diagnosi ai sensi dell'art. 116 DPR 309/90 attestante:

- lo stato di tossicodipendenza o alcolodipendenza;
- la procedura con la quale è stato accertato l'uso di sostanze stupefacenti o alcoliche;
- l'andamento del programma concordato, se già in corso e la sua idoneità ai fini del recupero.

Emerge subito, lampante, la differenza, prima inesistente, con l'istituto di cui all'art. 90 DPR 309/90 laddove lo stato di tossicodipendenza attuale al momento dell'istanza è condizione essenziale per la concessione dell'affidamento in casi particolari ed al contempo causa di inammissibilità dell'istanza di sospensione della pena (che presuppone invece la conclusione positiva di un programma di recupero).

Per quanto attiene ai presupposti per l'affidamento in casi particolari, in analogia con l'istituto della sospensione (art. 90), c'è stato un ampliamento, sotto il profilo oggettivo delle condizioni per l'ammissione alla misura.

L'affidamento in casi particolari può essere infatti concesso per pena non superiore a sei anni, anche se residua, per reati commessi a causa del proprio stato; per pena non superiore a quattro anni, anche se residua, se relativa a delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p..

Il provvedimento provvisorio emesso dal magistrato di sorveglianza non è impugnabile, così come non lo sono tutti i provvedimenti emessi dall'organo monocratico in via provvisoria ed interinale, stante sempre la necessaria pronuncia definitiva da parte del tribunale di sorveglianza.

In questo caso è concessa al tribunale di sorveglianza ancora più ampia discrezionalità nel consentire, addirittura, di rideterminare, in concreto, la durata stessa della pena.

L'esecuzione della pena si considera, infatti, iniziata dalla data del verbale di affidamento. Tuttavia, qualora il programma terapeutico al momento della decisione risulti già in corso positivamente, il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare una diversa, più favorevole, data di decorrenza dell'esecuzione.

Un'ultima novità meritevole di essere menzionata è stata in-

trodotta nell'art. 94 comma 6 *bis* del DPR 309/90 nello stabilire che, qualora nel corso dell'affidamento in casi particolari l'interessato abbia positivamente terminato la parte terapeutica del programma, il magistrato di sorveglianza, previa rideterminazione delle prescrizioni, può disporre la trasformazione, ai fini del reinserimento sociale, in affidamento in prova al servizio sociale anche qualora la pena residua superi quella prevista dall'art. 47 o.p.

Conclusioni

In conclusione, può affermarsi che, dal quadro emergente dalle novità introdotte in tema di esecuzione penale per tossicodipendenti emerge, da un lato, una disciplina sicuramente più favorevole, con il considerevole ampliamento dell'entità della pena espiabile in regime alternativo al carcere, dall'altro, una disciplina più rigorosa per le istanze di sospensione della pena avanzate dallo stato detentivo (ora di competenza del magistrato di sorveglianza).

Infatti, con la precedente normativa, il vaglio del PM era limitato ad un controllo formale degli atti, cui seguiva la quasi automatica sospensione della pena in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza.

Con la nuova disciplina, come sopra evidenziato, è rimessa al magistrato di sorveglianza un'ampia discrezionalità (sulla sussistenza dei presupposti sostanziali per la concessione del beneficio; sull'esistenza del grave pregiudizio nella protrazione della detenzione; sulla sussistenza del pericolo di fuga) con conseguente sicura riduzione dei casi di sospensione provvisoria della pena.

CIRCOLARE 16 MARZO 2006
DIREZIONE GENERALE DELL'ESECUZIONE PENALE
ESTERNA

Decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito con modificazioni in legge 21 gennaio 2006, n. 49 (disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza portato dal decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309).

§1 La normativa indicata in oggetto ha suscitato vibrato interesse nei mezzi di comunicazione. La Direzione Generale ritiene perciò utile offrire alcuni primi ragguagli sulle norme effettivamente introdotte e vigenti nel nostro ordinamento. Il testo coordinato al quale si fa riferimento è apparso nella Gazzetta Ufficiale 27 gennaio 2006, serie generale n. 48, ed è opportuno ricordare che gran parte delle disposizioni in tema di trattamento del tossicodipendente o alcol dipendente in esecuzione penale sono state introdotte in sede di conversione di un decreto legge ed hanno preso vigenza solo dopo la *vacatio legis* successiva alla pubblicazione sulla gazzetta ufficiale (concretamente, il 13 marzo 2006).

§2 In via generale si osserva che importanti compiti e doveri sono stati assegnati ai responsabili delle strutture private di riabilitazione e cura dei tossicodipendenti (art.116 T.U.), in breve, "comunità", facoltizzandole anche all'esercizio di alcune attribuzioni degli uffici sanitari pubblici: fra queste, anche l'elaborazione dei programmi terapeutici (art. 20 T.U., co. 1 , nuovo testo).

Ne consegue un dovere di maggiore attenzione anche nell'ambito delle relazioni – in genere positive – che si intrattengono fra codesti Uffici e le ricordate strutture, circa le quali, appare utile richiamare l'obbligo di segnalare all'autorità competente tutte le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma alternativo d'esecuzione di pene detentive (art. 120 T.U. comma 7°, nuovo testo).

§3 Nello stesso senso è opportuno ricordare che continua a gravare su questo Dipartimento, ai sensi del riformulato comma 6 dell'art. 96 del T.U. (articolo 4 *duodecies* comma 1), l'onere per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica, della persona sottoposta agli arresti domiciliari, allorché tale misura sia eseguita presso una struttura privata autorizzata ai sensi dell'art 116, convenzionata con questo Ministero. Saranno acquisiti dalla Direzione Generale i necessari chiarimenti per l'applicazione del nuovo testo dell'art. 116, non risultando allo stato esistenti tali convenzioni.

§4 Si riferiscono di seguito più in dettaglio modificazioni introdotte al testo unico ed alle norme di riferimento per l'esecuzione penale esterna.

4.1 Con l'articolo 4, comma 1, è stato abrogato l'art. 94 bis T.U. (introdotto dall'art. 8, legge 5 dicembre 2005, n. 251): le disposizioni restrittive conseguenti alla recidiva reiterata non si applicano ai casi relativi ai tossicodipendenti.

4.2 L'articolo 4, comma 2, attiene alla sospensione dell'ordine di carcerazione.

In via generale, l'ordine di carcerazione è sospeso se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a tre anni (a quattro anni nei casi in cui agli artt. 90 e 94 del T.U.). La sospensione dell'esecuzione non può essere disposta nei casi elencati alle lettere a), b) e c) del comma 9 dello stesso articolo. In particolare (lett. c) la sospensione non può essere disposta nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata in sentenza la cd. recidiva reiterata (art. 99 comma 4). La legge in esame ha introdotto una sostanziale modifica prevedendo che tale disposizione non si applichi nei confronti di condannati, tossicodipendenti o alcooldipendenti, che abbiano in corso, al momento del deposito della sentenza definitiva, un programma terapeutico di recupero.

4.3 L'articolo 4 *bis* riformula l'art. 73 T.U. inserendo, dopo il comma 5, una rilevante disposizione che investe direttamente codesti Uffici.

Nei casi previsti dal comma 5 (produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope di **lieve entità**), il giudice, limitatamente ai soggetti tossicodipendenti, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 c.p.p., qualora non debba concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare la pena del lavoro di pubblica utilità previsto dall'art. 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, , anziché le pene detentive e pecuniarie. Con la sentenza, il giudice incarica l'Ufficio di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro

di pubblica utilità ed ha il compito di riferire periodicamente allo stesso giudice che ha emesso la sentenza.

Tale pena sostitutiva di nuovo genere è soggettivamente riservata ai condannati tossico o alcooldipendenti; inoltre è necessaria la richiesta del condannato ed il parere favorevole del pubblico ministero.

Il legislatore, per una migliore integrazione dei vari comparti di esecuzione penale ed anche in relazione alla maggior gravità dei reati puniti dall'art. 73 (da 6 a 20 anni di reclusione) ha così incaricato codesti Uffici di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità.

A tale riguardo, la Direzione Generale diffonderà a breve termine, una nota esplicativa sulla presente situazione del lavoro di pubblica utilità originariamente disposto solo dal giudice di pace.

4.4 L'articolo 4 *ter* modifica l'art. 75 T.U. relativo a quella detenzione di sostanze stupefacenti che non costituisce reato. In tali casi, sono applicate sanzioni amministrative (comma 1) e viene emesso invito a seguire programma terapeutico e socio riabilitativo (comma 2) presso struttura pubblica o struttura privata autorizzata.

4.5 L'articolo 4 *quater* introduce, nel testo unico, l'art. 75 bis e prevede misure di prevenzione irrogabili dal questore per la durata massima di due anni. Legittimata passiva è la persona che comunque detenga, produca o traffichi (ma fuori delle ipotesi di cui all'art. 73, comma 1 bis) sostanze stupefacenti e che abbia riportato condanna, al momento della rilevazione della condotta, per reati contro la persona, il patrimonio e per quelli previsti dal testo unico. Costituisce causa di cessazione della misura il positivo superamento del programma terapeutico e socioriabilitativo.

4.6 L'art. 4 *sexies* ristruttura la già esistente sostituzione dalla custodia cautelare con la misura cautelare degli arresti domiciliari, in relazione alla richiesta di iniziare o proseguire il programma di riabilitazione da parte dell'imputato che sia dipendente da alcol o stupefacenti. Restano esclusi gli imputati per reati previsti dall'art. 4 bis o.p. (eccezioni al divieto per il reato di rapina) e in ogni caso quando esistano esigenze di eccezionale rilevanza. Si tratta di fase processuale estranea all'esecuzione penale.

4.7 L'art. 4 *septies*, modifica l'art. 90 del testo unico aumentando i limiti massimi della condanna per ottenere la sospensione della sentenza, che sono elevati fino a **6 anni**. Permangono i requisiti:

a) della commissione del reato in relazione è allo stato di tossicodipendenza

b) del positivo superamento del programma terapeutico e socioriabilitativo (ex art. 123 T.U.).

Va rilevato che la sospensione può essere accordata anche per pene inflitte per i reati ricompresi fra quelli previsti dall'art. 4 bis o.p., purché in questi casi il titolo esecutivo non ecceda i 4 anni.

4.8 Le disposizioni degli articoli da 4 *octies* a 4 *decies* (incidenti sugli artt. 91, 92, 93) intervengono sulla procedura per la sospensione dell'esecuzione e sulle conseguenze delle condotte da tenersi nel tempo di sospensione (cinque anni).

4.9 L'articolo 4 *undecies* interviene sull'art. 94 T.U. ed ha perciò ampia incidenza nella materia di esecuzione penale affidata a codesti Uffici.

Sono da rilevarsi le seguenti significative modifiche:

a) il limite della pena detentiva che può essere espiata come affidamento in prova in casi particolari è elevato a **6 anni** ;

b) il limite è mantenuto a 4 anni per le pene conseguenti alla commissione di reati previsti dall'art. 4 bis o.p.;

c) la prosecuzione dell'affidamento in prova è permessa anche nel caso in cui, conclusosi positivamente il percorso terapeutico, la parte di pena da espiare superi i limiti dell'affidamento in prova ordinario.

§5 Anche in tema di affidamento in prova ordinario (47 o.p.) l'innovazione prevista dall'art. 4, permette al tribunale di sorveglianza nel caso in cui il condannato si trovi in disagiate condizioni economiche, di dichiarare estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa. È da ritenere che tale specifica circostanza diverrà oggetto di rilevante istruttoria e che dovrà perciò essere verificata da codesti Uffici. In prosieguo di tempo, sarà diramata istruzione sulle procedure di acquisizione dei dati rilevanti a tali fini.

§6 Una prima lettura, per quanto attiene alle ricadute amministrative della nuova disciplina suggerisce alcune considerazioni di massima.

Il sistema pare articolato da un lato su un accresciuto regime comminatorio che mira a rendere più grave la rappresentazione che l'interessato possa farsi dell'assunzione dello stupefacente; dall'altro lato, su sanzioni concretamente graduate in modo da divergere sostanzialmente, ed anche in modo significativo, dall'esecuzione penale detentiva. Il sistema sanzionatorio, le misure di prevenzione, la sospensione dell'esecuzione della pena, l'ampliamento della possibilità di misura alternativa, ecc., sembrerebbe tendere a sostenere il tossicodipendente, con un controllo ravvicinato, legalmente giustificato dalla esistenza di "servitù di pena", ma in concreto atteggiato sulle variabili soggettive dell'alcool-tossicodipendente.

L'effettivo conseguimento del suo fine della disintossicazione e

dell'inserimento sociale auspicato dal recente apparato normativo potrà naturalmente essere provato solo nello scorrere del tempo.

§7 Con l'occasione, anche in relazione ai più ampi margini di intervento e discrezionalità, in attesa dell'istituzione di periodica valutazione dell'effettiva applicazione delle istruzioni contenute nella circolare n. 185503/2004 del 17 maggio 2004, come aggiornata con la circolare n.0420463 del 5 dicembre 2005, si invitano le LL.SS. all'efficace applicazione della stessa, anche a segno dell'incrementata qualità dell'azione del servizio sociale della giustizia.

§8 I Signori Provveditori vorranno cortesemente valutare l'opportunità di partecipare alle direzioni degli istituti penitenziari, da Loro dipendenti, la presente lettera circolare.

* * *

CIRCOLARE 6 APRILE 2006
DIREZIONE GENERALE DELL'ESECUZIONE PENALE
ESTERNA

Si fa seguito alla circolare n.0095032 del 16 marzo 2006, significando che nel primo paragrafo sono stati trascritti due dati inesatti.

Si trasmette, pertanto, debitamente corretto il citato paragrafo, facendo presente che le correzioni apportate non incidono sulle disposizioni impartite da questo Generale Ufficio.

“§1La normativa indicata in oggetto ha suscitato vibrato interesse nei mezzi di comunicazione. La Direzione Generale ritiene perciò utile offrire alcuni primi ragguagli sulle norme effettivamente introdotte e vigenti nel nostro ordinamento. Il testo coordinato al quale si fa riferimento è apparso nella Gazzetta Ufficiale 27 febbraio 2006, serie generale n. 48, ed è opportuno ricordare che gran parte delle disposizioni in tema di trattamento del tossicodipendente o alcolodipendente in esecuzione penale sono state introdotte in sede di conversione di un decreto legge ed hanno preso vigenza il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.”

Colgo l'occasione per esprimere alle SS.LL. sensi di viva considerazione.

Corte costituzionale – sentenza 16 marzo 2007, n. 78

LA CORTE COSTITUZIONALE composta dai signori: Presidente:
Franco BILE; Giudici: GIOVANNI MARIA FLICK, FRANCESCO
AMIRANTE, UGO DE SIERVO, ROMANO VACCARELLA, PAOLO
MADDALENA, ALFIO FINOCCHIARO, ALFONSO QUARANTA,
FRANCO GALLO, LUIGI MAZZELLA, GAETANO SILVESTRI, SABINO
CASSESE, MARIA RITA SAULLE, GIUSEPPE TESAURO, PAOLO
MARIA NAPOLITANO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché degli artt. 5, 5-bis, 9, 13 e 22 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), promosso con ordinanza del 24 maggio 2005 dal Tribunale di sorveglianza di Cagliari nel procedimento relativo a R. E. O., iscritta al n. 545 del registro ordinanze 2005 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 46, prima serie speciale, dell'anno 2005.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nella camera di consiglio del 24 gennaio 2007 il Giudice relatore Maria Rita Saulle.

Ritenuto in fatto

1.- Il Tribunale di sorveglianza di Cagliari, con l'ordinanza in epigrafe specificata, ha sollevato, in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché degli artt. 5, 5-bis, 9, 13 e 22 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione

e di asilo).

In punto di fatto, il rimettente osserva che, dopo aver concesso a R. E. O, condannato per il reato di cui agli artt. 73 e 80, comma 2, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, la Corte di cassazione ha annullato con rinvio il suddetto provvedimento sul presupposto che il detenuto, cittadino extracomunitario, era illegalmente presente sul territorio nazionale.

In particolare, la Corte di cassazione, in accoglimento del ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Cagliari, ha ritenuto che la concedibilità delle misure alternative alla detenzione è subordinata – oltre che all'esistenza delle condizioni per ciascuna di esse specificamente previste – al rispetto del limite di legalità estrinseca dell'ordinanza che concede il beneficio, costituito dall'assenza di contrasto con norme imperative. Da ciò consegue che, essendo *contra legem* la permanenza nello Stato di uno straniero che non ha rinnovato il permesso di soggiorno, l'esecuzione della pena in regime di misura alternativa non potrebbe che avvenire, nel caso di specie, con violazione o, comunque, elusione delle norme che regolano il fenomeno dell'immigrazione.

Il rimettente ritiene che tale interpretazione, vincolante nel giudizio *a quo*, sia in contrasto con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena al quale si ispirano i diversi benefici penitenziari extramurari, giustificandosi il trattamento carcerario solo fino al limite del pieno ravvedimento del condannato, limite oltre il quale non è consentita la prosecuzione della detenzione.

Osserva, infatti, il giudice *a quo* che, secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione, per i detenuti stranieri non appartenenti ad uno Stato aderente all'Unione europea che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, non sarebbe possibile accedere ai suddetti benefici seppure ritenuti, nel caso concreto, più idonei a soddisfare l'esigenza rieducativa del condannato, in tal modo creandosi un regime penitenziario speciale per tali soggetti, individuati non già alla stregua di indici rivelatori di una particolare pericolosità, quanto piuttosto di un dato del tutto estrinseco e formale, oltre che tendenzialmente imm modificabile, quale la loro presenza irregolare nel territorio nazionale.

Tale disciplina, sempre secondo il rimettente, si porrebbe in contrasto con il principio affermato da questa Corte secondo cui ogni misura incidente in senso sfavorevole sul regime penitenziario del detenuto, come la revoca di un beneficio, deve conseguire ad una condotta addebitabile al condannato, in quanto la finalità rieducativa della pena, seppure non può ritenersi in senso assoluto prevalente su ogni altro valore costituzionale, non può, comunque, essere compressa fino al punto di venire del tutto cancellata da altri valori di rango costituzionale come, nel caso di specie, la disciplina dei flussi dei fenomeni migratori.

Conclude il rimettente ritenendo che l'art. 47, della legge n. 354 del 1975, che disciplina l'affidamento in prova, e gli artt. 5, 5-bis, 9, 13,

del d.lgs. n. 286 del 1998, che prevedono, in caso di assenza di un titolo abilitativo, l'obbligatoria espulsione dello straniero irregolare, così come interpretati dalla Corte di cassazione, violerebbero l'art. 27, terzo comma, della Costituzione.

Ad analogo esito ricostruttivo si deve pervenire, sempre a parere del giudice *a quo*, con riferimento alla misura dell'ammissione al regime di semilibertà, misura che il Tribunale rimettente ritiene applicabile nel caso di specie, sia pure in via subordinata, qualora non dovesse concedere l'affidamento. In tal caso, peraltro, il contrasto con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione coinvolge, oltre agli artt. 48 e 50 della legge n. 354 del 1975, anche l'art. 22 del d.lgs. n. 286 del 1998, poiché lo svolgimento dell'attività lavorativa costituisce, a differenza di quanto avviene nel caso dell'affidamento, uno dei presupposti per l'ammissione al regime di semilibertà; per cui l'inderogabilità del divieto penale per il datore di lavoro che impieghi lo straniero irregolare in attività di lavoro subordinato, contenuta nel citato art. 22, configurerebbe un limite alla possibilità di accedere al beneficio in questione per il detenuto.

In punto di rilevanza, il rimettente osserva che la eventuale sanzione di incostituzionalità che dovesse colpire le disposizioni censurate sarebbe suscettibile di riverberarsi sul giudizio principale, potendo in tale caso emettersi un provvedimento che consentirebbe al ricorrente, il quale ha nel frattempo portato avanti la misura in modo del tutto impeccabile, di proseguire nel percorso di reinserimento attraverso l'affidamento o la semilibertà.

2.- È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sollevata sia dichiarata inammissibile o infondata, senza motivare le suddette richieste.

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale di sorveglianza di Cagliari dubita, in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché degli artt. 5, 5-bis, 9, 13 e 22 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo).

Il rimettente, investito del giudizio di rinvio a seguito dell'annullamento, ad opera della Corte di cassazione, del provvedimento con il quale era stato concessa la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale ad un cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno, assume che il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, cui egli è vincolato, implicherebbe il contrasto delle norme sopra indicate con l'art.

27, terzo comma, della Costituzione.

Secondo detto principio di diritto, la permanenza nello Stato dello straniero privo di un valido ed efficace permesso di soggiorno non può trovare titolo nella concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale. L'applicazione della suddetta misura comporterebbe, infatti, una deroga al d.lgs. n. 286 del 1998, ponendosi, anzi, in contrasto con l'art. 13 dello stesso decreto che disciplina, limitandone l'estensione e gli effetti, i casi di interferenza dei provvedimenti giurisdizionali sulla posizione dello straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato.

A parere del rimettente, il cennato principio di diritto determinerebbe, in violazione del precetto costituzionale della finalità rieducativa della pena, un regime penitenziario speciale e di sfavore nei confronti di un insieme di persone condannate, vale a dire i cittadini stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, individuati, non già sulla base di indici rivelatori di una particolare pericolosità sociale - secondo modalità già sperimentate nell'ambito dell'ordinamento penitenziario - quanto sulla scorta di un dato «estrinseco e formale», quale il difetto di titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato. In tal modo risulterebbe eluso, sempre a parere del giudice *a quo*, il principio, consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, in forza del quale ogni misura incidente in senso sfavorevole sul trattamento penitenziario deve conseguire ad una condotta colpevole addebitabile al condannato, non potendo le esigenze di difesa sociale - ancorché rilevanti sul piano costituzionale, perché sottese alla regolamentazione dei flussi migratori - annullare la finalità rieducativa della pena.

2.- In via preliminare, va affermata la rilevanza della questione di costituzionalità sollevata.

La consolidata giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 58 del 1995, n. 257 del 1994, n. 138 del 1993) ha, infatti, statuito la piena legittimazione del giudice di rinvio a sollevare dubbi di costituzionalità concernenti l'interpretazione normativa risultante dal principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, e ciò in quanto il rimettente deve fare applicazione nel giudizio di rinvio della norma nel significato in tal modo attribuitole e non si è, dunque, al cospetto di rapporti "esauriti".

Il vincolo di conformazione del giudice di rinvio al principio di diritto, peraltro, non viene meno in caso di successivi mutamenti degli indirizzi interpretativi del medesimo giudice di legittimità, sì da consentire al giudice del rinvio l'adozione di approcci ermeneutici diversi dai contenuti cristallizzati nel principio di diritto ed eventualmente risolutivi del dubbio di costituzionalità (sentenza n. 130 del 1993).

Stante, dunque, l'obbligatoria applicazione delle *regulae iuris* enunciate all'esito del giudizio rescindente da parte del giudice di rinvio e la facoltà riconosciuta a quest'ultimo di revocare in dubbio, sotto il profilo della legittimità costituzionale dette regole, oggetto dello scrutinio di costituzionalità risulta essere la norma nella "lettura" fornita dalla Corte di cassazione (ordinanza n. 501 del 2000), essendo ininfluenti, ai fini del presente giudizio, eventuali diverse interpretazioni fornite dal giudice di

legittimità delle norme impugnate.

3.- Nel merito, la questione è fondata.

Il dubbio di costituzionalità ha, alla sua radice, il problema ermeneutico legato alla possibile interazione tra le disposizioni della legge n. 354 del 1975, che prevedono le modalità e le condizioni per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, e le regole contenute nel d.lgs. n. 286 del 1998, che disciplinano l'ingresso e la permanenza nel territorio dello Stato dei cittadini extracomunitari.

Al riguardo, si è posto l'interrogativo se le misure alternative - ed, in specie, con riguardo al caso in esame, l'affidamento in prova al servizio sociale o la semilibertà - possano applicarsi al cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno, cioè ad un soggetto che, se non si trovasse a dover espiare una pena, andrebbe espulso dal territorio nazionale.

Il vaglio interpretativo della Corte di cassazione ha registrato, in proposito, due contrastanti indirizzi.

Per il primo di essi - fatto proprio anche dalla sentenza di annullamento con la quale è stato enunciato il principio di diritto censurato - la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero precluderebbe senz'altro l'accesso alle misure alternative. Ciò in quanto, nel rigore della disciplina dettata dal testo unico in materia di immigrazione, non potrebbe ammettersi che l'esecuzione della pena, nei confronti dello straniero presente *contra legem* nel territorio dello Stato, abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione delle regole che configurano detta condizione di illegalità; senza considerare, poi - si aggiunge - che, con particolare riferimento all'affidamento in prova, risulterebbe impossibile instaurare, proprio a fronte della condizione in discorso, la necessaria interazione tra il condannato e il servizio sociale.

Per contro, alla stregua di altra corrente interpretativa - confortata da una recente pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione, successiva all'ordinanza di rimessione (sentenza n. 14500 del 28 marzo 2006) - la presenza illegale nel territorio dello Stato, pur esponendo lo straniero all'espulsione amministrativa, da eseguire dopo l'espiazione della pena, non osterebbe alla concessione delle misure alternative, quante volte il giudice - sia pure in esito ad un vaglio adeguatamente rigoroso, in correlazione alla particolare situazione del richiedente - ravvisi comunque la sussistenza dei presupposti di accesso alle misure medesime, quali stabiliti dalla legge sull'ordinamento penitenziario. In particolare, secondo tale ultimo orientamento, le misure alternative - che costituiscono altrettante modalità di esecuzione della pena e le cui prescrizioni rivestono, dunque, carattere «sanzionatorio-afflittivo» - mirano ad attuare i «preminenti valori costituzionali della eguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione)», con la conseguenza che la loro applicazione non può essere esclusa *a priori* ed in ragione di una presunzione assoluta di inidoneità legata alla condizione di clandestinità o irregolarità della presenza sul territorio nazionale del detenuto, dovendosi, per contro, formulare in concreto il richiesto

giudizio prognostico attinente alla rieducazione del condannato ed alla prevenzione del pericolo di reiterazione dei reati.

4.- A fronte delle delineate diverse soluzioni interpretative va, preliminarmente, rilevato che, conformemente a quanto sancito dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, la legge n. 354 del 1975, nell'indicare i principi direttivi ai quali deve ispirarsi il trattamento penitenziario, statuisce, per un verso, che nei confronti dei condannati ed internati debba essere attuato, secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti, un trattamento rieducativo che tenda al «reinserimento sociale» degli stessi; e, per altro verso, che il trattamento penitenziario debba essere «improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose» (art. 1).

Questa Corte, nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto le disposizioni contenute nella legge n. 354 del 1975, con riferimento alla finalità rieducativa della pena, ha, d'altro canto, costantemente affermato che detta finalità deve temperarsi con le altre funzioni che la Costituzione assegna alla pena medesima (vale a dire: prevenzione generale, difesa sociale, prevenzione speciale). Tale principio di armonica coesistenza deve ispirare l'esercizio della discrezionalità che in materia compete al legislatore, le cui scelte risulteranno non irragionevoli e rispettose del precetto dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, allorquando, pur privilegiando l'una o l'altra delle suddette finalità, il sacrificio che si arreca ad una di esse risulti assolutamente necessario per il soddisfacimento dell'altra e, comunque, purché nessuna ne risulti obliterata (sentenze n. 257 del 2006 e n. 306 del 1993).

Su siffatte premesse, questa Corte, tenuto conto dei principi di proporzione e individualizzazione della pena propri del trattamento penitenziario, ha ritenuto che contrastano con la finalità rieducativa della stessa quelle norme che precludono l'accesso ai benefici penitenziari in ragione del semplice *nomen iuris* del reato per il quale è stata pronunciata la condanna (si veda la già citata sentenza n. 306 del 1993). La Corte ha, altresì, statuito l'incompatibilità costituzionale, rispetto all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, della preclusione all'ottenimento di una nuova liberazione condizionale da parte del condannato all'ergastolo, cui tale misura sia stata in precedenza revocata in conseguenza della commissione di un delitto o di una contravvenzione della stessa indole o della trasgressione degli obblighi inerenti alla libertà vigilata; e ciò anche quando sussista il presupposto del sicuro ravvedimento (sentenza n. 161 del 1997, che ha dichiarato, di conseguenza, costituzionalmente illegittimo l'art. 177, comma 1, ultimo periodo, del codice penale). Una simile preclusione, per il suo carattere assoluto ed automatico, avrebbe, infatti, escluso il condannato in modo permanente e definitivo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale.

Tali principi risultano pienamente conferenti in relazione all'odierno scrutinio di costituzionalità.

Invero, l'incompatibilità rispetto all'art. 27, terzo comma, della Costi-

tuzione, che attinge le norme censurate in esito al vincolante principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione, deriva dal fatto che quest'ultimo si risolve nella radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati.

Detta esclusione assume, cioè, carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente omissso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione.

Quanto, poi, alla incompatibilità fra la disciplina del testo unico in materia di immigrazione e l'applicazione di misure alternative alla detenzione, pure evocata a fondamento del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, occorre considerare che, in realtà, è proprio la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* – ed anzi costringe – lo straniero a permanere nel territorio dello Stato; e ciò, tanto se l'esecuzione abbia luogo nella forma intramuraria, quanto se abbia luogo, invece – a seguito della eventuale concessione di misure alternative – in forma extramuraria. In altre parole, nel momento stesso in cui prevede che l'esecuzione della pena "prevalga", sospendendone l'attuazione, sulla espulsione cui il condannato extracomunitario sarebbe soggetto, il legislatore adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel territorio nazionale durante il tempo di espiazione della pena stessa. Da ciò consegue l'impossibilità di individuare nella esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno in detto territorio una ragione giustificativa della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo, cui la concessione delle misure alternative è funzionale.

Il legislatore ben può, ovviamente - tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno - diversificare,

in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale.

L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa.

Va, pertanto, dichiarata la illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui agli artt. 47, 48 e 50 della legge n. 354 del 1975, delle quali il giudice rimettente è chiamato a fare applicazione ai fini della richiesta concessione di misure alternative, ed alle quali va quindi limitata la declaratoria di incostituzionalità, ove interpretate nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione previste dai medesimi articoli. Resta ferma la evidenziata facoltà del legislatore di tenere eventualmente conto – in sede di modifica della disciplina vigente – della particolare situazione dello straniero clandestino o irregolare, nei termini e nei limiti che si sono in precedenza indicati.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 marzo 2007.

**LA CORTE COSTITUZIONALE PONE AL LEGISLATORE
NUOVI LIMITI LEGATI ALLA FINALITA'
RIEDUCATIVA DELLA PENA**

GIUSEPPE LA GRECA*

CORTE COSTITUZIONALE – SENTENZA 5-16 MARZO 2007 N. 79 – Ordinamento penitenziario – Benefici penitenziari – Restrizioni introdotte dalla legge n. 251/2005 – Divieto di concessione dei benefici ai condannati per evasione e ai recidivi reiterati – Concedibilità, secondo la disciplina previgente, ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della novella, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici – Mancata previsione – Violazione della finalità rieducativa della pena – Illegittimità costituzionale (Cost. art. 27, terzo comma; legge 26 luglio 1975 n. 375, art. 58-quater, commi 1 e 7-bis, introdotti dall'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005 n. 251)

Sono costituzionalmente illegittimi i commi 1 e 7-bis dell'art. 58-quater della legge 26 luglio 1975 n. 375 (Norme sull'ordinamento e sull'esecuzione delle misure preventive e limitative della libertà), introdotti dall'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975 n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

Commento

1. Con la sentenza n. 79/2007, la Corte costituzionale continua nella sua costante e importante opera di verifica della corrispondenza delle norme riguardanti la disciplina penitenziaria alla Costituzione vigente e segnatamente al principio della rieducazione del condannato, sancito dal terzo comma dell'art. 27.

Nella specie è stato il Tribunale di sorveglianza di Catania a sollevare, in riferimento al già richiamato art. 27, terzo comma, ma anche all'art. 3 della Costituzione, dubbi sulla legittimità degli artt. 7, commi 6 e 7, e 10 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (più nota come *ex Cirielli*). Con queste norme la legge, in attuazione di un disegno

*Presidente aggiunto onorario della Corte suprema di cassazione

ispirato ad una maggiore importanza attribuita alle esigenze di difesa sociale, aveva statuito che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, la detenzione domiciliare e la semilibertà non potessero essere concessi al condannato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'art. 385 cod. pen. (evasione e condotte assimilate) o dichiarato recidivo ai sensi dell'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Proprio considerando la situazione del recidivo, il Tribunale di sorveglianza di Catania aveva sollevato dubbi di costituzionalità della nuova disciplina in relazione a due parametri: a) in riferimento all'art. 3 della Costituzione, perché contrasta con il principio di ragionevolezza l'introduzione di una nuova presunzione di pericolosità, rapportata alla natura del reato commesso, o alla qualifica di recidivo reiterato, senza l'attribuzione di alcun rilievo, per i fatti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, né all'epoca in cui il fatto è stato commesso, né al comportamento successivo del condannato, con la conseguenza che quest'ultimo non può nuovamente accedere alle misure alternative in relazione a pene comminate per fatti risalenti, coevi ad altri fatti per i quali abbia già ottenuto di espiare la pena con una misura alternativa alla detenzione; b) in riferimento all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, perché l'applicazione delle più restrittive previsioni per l'accesso alle misure alternative anche ai soggetti condannati per fatti antecedenti all'entrata in vigore della nuova normativa, quando intervenga su soggetti che hanno già intrapreso un percorso riabilitativo, contrasterebbe con il principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena.

2. La Corte costituzionale ha ritenuto fondata l'eccezione di legittimità costituzionale, utilizzando tuttavia soltanto il secondo parametro, quello relativo alla necessaria finalizzazione rieducativa della pena. In realtà, anche il richiamo all'art. 3, riferito alla lesione del principio di ragionevolezza derivante dalla introduzione di una nuova presunzione di pericolosità rapportata alla natura del reato commesso o alla qualifica di recidivo reiterato - senza alcun discrimine relativo al dato temporale del reato né al comportamento successivo tenuto dal condannato - non era privo di plausibilità. Ma la Corte non ha dedicato alcuna valutazione a questo parametro, avendo evidentemente ritenuto sufficiente all'accoglimento della questione e utilmente conforme ad un ampio e solido contesto giurisprudenziale il richiamo al principio del doveroso carattere rieducativo della disciplina penitenziaria.

Questa è una linea che la Corte sta infatti seguendo da tempo e che ora è pervenuta ad enunciazioni di principio indubbiamente impegnative, come chiaramente risulta dalla stessa sentenza in commento, la quale nell'*incipit* della motivazione afferma: *"Va ribadito che – secondo un orientamento giurisprudenziale costante ed univoco di questa Corte – la finalità rieducativa della pena, stabilita dall'art. 27, terzo comma, Cost., deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria"*. La conseguenza che se ne trae è che la normativa deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare la risocializzazione, e che *"la massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espiare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo"*, nel senso che l'eventuale sopraggiungere di differenti valutazioni e scelte di politica penale in tema di alternative alla detenzione o di benefici penitenziari *"non possono incidere negativamente sui risultati già utilmente raggiunti dal condannato"*.

3. Una decisione analoga era stata adottata lo scorso anno, con la sentenza n. 257/2006. Nell'occasione la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 40-*quater* dell'ordinamento penitenziario, introdotto dall'art. 7 della legge 5 dicembre 2005 n. 251 (ancora la c.d. *ex Cirielli*), nella parte in cui non prevedeva che il beneficio del permesso premio potesse essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251/2005, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio.

Fondatamente quindi la decisione qui riportata si è richiamata alla sentenza n. 257/2006, che si era trovata a sua volta nel terreno di confluenza di due distinti e risalenti filoni giurisprudenziali. Il primo aveva trovato espressione prioritaria e molto efficace nella sentenza n. 445/1997, che era pervenuta a dare uno spiccato risalto generale al principio di progressività del trattamento, indicato già allora come il fulcro attorno al quale si era dipanata la giurisprudenza della Corte, *"attenta a rimarcare l'esigenza che ciascun istituto si modelli e viva nel concreto come strumento dinamicamente volto ad assecondare la funzione rieducativa, non soltanto nei profili che ne caratterizzano l'essenza, ma anche per i riflessi che dal singolo istituto scaturiscono sul più generale piano delle varie opportunità trattamentali che l'ordinamento fornisce"*.

Ogni misura – argomentava ancora la sentenza – si caratterizza infatti per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato, con la conseguenza che ogni regresso giustifica un riadeguamento

del percorso, mentre il maturarsi di positive esperienze genera un ulteriore passaggio nella "scala" degli istituti di risocializzazione.

Il secondo filone di giurisprudenza costituzionale atteneva alla possibilità di estendere alla disciplina del permesso premio la tutela già assicurata alle misure alternative alla pena (sent. n. 137/1999), in una situazione nella quale parimenti il sopraggiungere di una norma impeditiva di un vantaggio per il detenuto che aveva acquisito il diritto a fruirne, atteneva appunto – invece che ad una misura alternativa – al permesso premio. La Corte, richiamata la precedente giurisprudenza, ribadiva che non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quelle misure o di quei benefici. *"Ed infatti – concludeva la Corte – il permesso premio, pur non potendo essere ricondotto alla categoria delle misure alternative alla detenzione, è, per il chiaro dettato della legge, una parte integrante del programma di trattamento (...) e strumento di rieducazione in quanto consente un reinserimento del condannato nella società"*.

4. L'intero arco dei possibili interventi diretti alla ricollocazione del condannato nella vita sociale si trova quindi sotto la tutela della richiamata giurisprudenza della Corte costituzionale, che pone un fermo baluardo di fronte ad eventuali modifiche legislative dirette a condurre verso non giustificate interruzioni della progressione nel trattamento rieducativo. Si può dire che è stato in qualche modo "costituzionalizzato" un forte disfavore nei confronti delle valutazioni legali di pericolosità che non apprezzino in concreto gli sviluppi della condotta e della personalità del condannato di volta in volta preso in considerazione.

Siamo dunque di fronte ad una concreta reazione contraria alle disposizioni che *"subordinino l'operatività degli strumenti rieducativi a una valutazione legale di pericolosità sociale ("immeritevolezza") imperniata esclusivamente su una visione retrospettiva della "storia" della persona condannata, il cui percorso rieducativo resta stigmatizzato dal riferimento al tipo di reato commesso, regredendo cioè a una situazione che appartiene al passato, e dunque giocoforza non più attuale, senza che su di esso possa incidere, per effetto della "ingessatura" propria della figura del "tipo di autore" non consentita dai principi costituzionali, l'adesione al trattamento rieducativo accertata ed eventualmente – come nel caso sottoposto all'esame della Corte – comprovata per facta dall'esito positivo di una precedente misura alternativa"* (F. Fiorentin, *Illegittime le restrizioni della ex Cirielli sulle alternative al carcere per i recidivi*, in Guida

al diritto, 14, 58).

L'efficace attuazione della visione che emerge dalla giurisprudenza costituzionale comporta naturalmente l'esistenza di adeguati strumenti operativi e di specifiche competenze così nelle strutture penitenziarie come negli uffici giudiziari.

FRANCESCO SAVERIO FORTUNA
REATI CONTRO LA FAMIGLIA E I MINORI
Giuffrè, Milano, 2006

Opera pregevole, ricca d'informazioni e utile, la raccolta di saggi sui *Reati contro la famiglia e i minori*, curata da Francesco Saverio Fortuna, per i tipi della Giuffrè, nell'ambito delle attività dell'insegnamento di diritto penale nella Facoltà di giurisprudenza di Cassino.

La materia è stata oggetto di continue importanti riforme nel corso degli ultimi trent'anni, da apparire quindi una raccolta sistematica e completa strumento indispensabile per gli studiosi e soprattutto per i pratici.

Con la legge 22 maggio 1978 n. 194, contenente *norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, è stato fra l'altro soppresso l'art. 551 del codice penale, in cui era previsto l'*aborto per causa d'onore*.

Con la legge 5 agosto 1981 n. 442, di *abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*, sono stati eliminati dal codice penale gli articoli 587 (*omicidio e lesione personale a causa d'onore*), 578 (*infanticidio per causa d'onore*) e 592 (*abbandono di un neonato per causa d'onore*).

Con la legge 15 febbraio 1996 n. 66, contenente *norme contro la violenza sessuale*, è stato abrogato il capo primo, comprendente gli articoli 519-525 (*delitti contro la libertà sessuale*) del titolo IX del libro II del codice (*Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*), cui sono stati sostituiti gli articoli da 609-bis a 609-decies, dei delitti di violenze e abusi sessuali, significativamente collocati nella sezione seconda (*delitti contro la libertà personale*) del capo terzo (*delitti contro la libertà individuale*) del titolo XII (*delitti contro la persona*) del medesimo libro secondo del codice.

Nello stesso capo terzo del titolo XII del libro secondo del codice sono stati introdotti, con la legge 3 agosto 1998 n. 269, contenente *norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in*

schiavitù, gli articoli da 600-bis a 600-septies.

Con la legge 4 aprile 2001 n. 154, contenente *misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, è stata introdotta, con l'art. 282-bis del codice di procedura penale, la misura cautelare personale dell' *allontanamento dalla casa familiare*, che il giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, può applicare al responsabile di comportamenti lesivi in danno di altri componenti della famiglia, ingiungendogli di astenersi da contatti con le parti protette e potendo assegnare, anche, ad esse, ove necessario, un assegno di mantenimento.

Infine, con la legge 6 febbraio 2006 n. 38 sono state introdotte « *Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet*».

Dopo un saggio introduttivo di Francesco Saverio Fortuna su *La tutela penale della famiglia e dei minori nel codice e nella legislazione complementare*, gli altri contributi sono di:

Riccardo Di Vizio, su *Il delitto di bigamia* (art. 556 c.p.); Giuseppe Pettenati, sul delitto di *Induzione al matrimonio mediante inganno* (558 c.p.); Antonello Madeo, su *I delitti di incesto: incesto e relazione incestuosa* (art. 564 c.p.); Francesca Ingino, sul delitto di *Attentato alla morale familiare* commesso col mezzo della stampa (art. 565 c.p.); Tiziana Filacaro, su *I delitti contro lo stato di famiglia* (artt. 566, 567 e 568 c.p.); Massimo Luigi Ferrante, su *La violazione degli obblighi di assistenza familiare* (art. 570 c.p.); Luigi Imperato, sul delitto di *Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina* (art. 571 c.p.); Pietro Pomanti, sul delitto di *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli* (art. 572 c.p.); Claudio Borgiani, su *La sottrazione consensuale di minorenni e Sottrazione di persone incapaci* (artt. 573 e 574 c.p.); Domenico Porchetta, su *La tratta di minori* (art. 601 cpv. c.p.); di Amedeo Pannaccione, sul delitto di *Atti sessuali con minorenne* (art. 609-quater c.p.); Vincenzo Macari, sulla *Violenza sessuale in danno di minore. La questione dell'età* (artt. 609-ter e -quater c.p.); Gianfranco Iadecola, sulle *Nuove forme d'intervento penale a tutela dei minori* (artt. da 600-bis a 600-quinquies c.p.); Francesco Saverio Fortuna, *Sulla via della tutela più rigorosa dei minori* (sulla legge 6 febbraio 2006 n. 38, contenente « *Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet*»).

Nel quadro di una riflessione generale sulla famiglia e sulla evoluzione storica e culturale dei rapporti relativi a questa, tutti i saggi comprendono l'analisi storica, l'esame dei profili sostanziali e processuali, della giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale, una ricca bibliografia sui diversi delitti ovvero argomenti trattati.

Stampa



Il Profumo delle Parole

presso la Casa Circondariale di Bologna