
L'evoluzione in Italia della legislazione sulla condizione dello straniero, le connesse politiche penali e le ricadute carcerarie

a cura di Arturo Salerni - Avvocato, esperto in diritto dell'immigrazione - Presidente dell'Associazione "Progetto Diritti" - Onlus

Regolari e clandestini: un artificio normativo

L'Italia da paese con alto tasso di emigrazione si è trasformata da circa trent'anni a questa parte in un paese d'immigrazione.

La normativa sulla condizione giuridica dello straniero sino alla metà degli anni ottanta è sostanzialmente rimasta ancorata al Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1931, contenente la disciplina dell'ingresso e del soggiorno, regolamentazione inserita all'interno di disposizioni concernenti l'ordine pubblico.

Nel 1986 il nostro Parlamento approvò la prima legge sull'occupazione dei lavoratori immigrati che, recependo le indicazioni contenute nelle convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, introdusse i principi di parità di trattamento e piena uguaglianza dei diritti dei lavoratori stranieri residenti in Italia e delle loro famiglie con i lavoratori italiani e sanciva per la prima volta il diritto al ricongiungimento familiare e le garanzie connesse alla fruizione dei servizi socio-sanitari.

Con la legge numero 39 del 1990, la cosiddetta legge Martelli, si integrava la legislazione precedente con la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini stranieri per motivi di lavoro, di studio, di famiglia, di cura e di culto. In particolare veniva poi disciplinato l'accesso al lavoro autonomo, alle libere professioni e si prevedeva la possibilità di costituire cooperative di lavoro. Venivano dettate nuove norme sull'espulsione e si regolamentava la materia relativa ai rifugiati politici, abolendo la riserva geografica che garantiva ai soli cittadini europei il diritto d'asilo politico.

L'ottica con cui si guardava all'immigrazione era comunque di natura emergenziale: sia la legge n. 903 del 1986 che la legge Martelli procedevano ad una sanatoria delle posizioni irregolari, relative tanto al lavoro autonomo che a quello subordinato.

L'Italia, a seguito della sua richiesta di adesione all'accordo di Schengen depositata nel novembre 1997, si trovò di fronte all'indicazione da parte europea di una serie di condizioni d'ingresso molto rigide, poste dagli altri paesi aderenti, i quali temevano un aumento incontrollato di immigrazioni irregolari, proprio attraverso i nostri confini, che, per motivazioni geografi-

che erano più facilmente esposti a tale fenomeno. Venne conseguentemente varata una normativa più restrittiva in materia di ingresso e soggiorno di cittadini stranieri non comunitari, che portò successivamente alla creazione dei centri di permanenza temporanei. Vennero stabilite norme che disciplinavano ipotesi di respingimento alla frontiera, di rifiuto e di revoca del permesso di soggiorno e venne modificato il sistema dei visti.

È nel 1998 quindi che l'Italia provvede a dotarsi di una legislazione organica relativa a diritti e doveri dei cittadini stranieri. Essa si sostanzia nella legge n. 40 del 1998, la cosiddetta Turco-Napolitano, recepita ed integrata dal decreto legislativo n. 286 del 1998, ovvero dal testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

La legge n. 40 del 1998 segna una svolta nella storia della regolamentazione dell'immigrazione nel nostro paese. Essa da un lato regola allo stesso tempo sia i flussi migratori ed i loro meccanismi di gestione, sia le condizioni, i diritti e i doveri della persona straniera e dall'altro è una legge che contiene principi, in modo tale da sostenere le evoluzioni del fenomeno immigratorio nel nostro paese per gli anni successivi.

La nuova disciplina sugli stranieri si applica a tutti i cittadini dei paesi non facenti parte dell'Unione Europea ed agli apolidi. L'articolo 45 della legge 40 del 1998 rinvia ad un futuro decreto legislativo il riordino della regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dei cittadini dei paesi membri dell'Unione Europea.

L'art. 10 della nostra Costituzione stabilisce che *“la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”*.

Peraltro la Corte Costituzionale ha precisato che il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione è un principio che vale anche per gli stranieri in materia di diritti fondamentali, e quindi che l'esistenza di differenze fra cittadini italiani e stranieri comporta che tutti i cittadini siano tutelati nei diritti fondamentali, sicché sia per gli uni che per gli altri la funzione legislativa incontra dei limiti, e ciò vale per tutti gli stranieri presenti in Italia, indipendentemente dalla condizione di regolarità del soggiorno. La condizione di regolarità, però, attribuisce al cittadino straniero gli stessi diritti attribuiti ai cittadini italiani, a meno che eventuali accordi internazionali o la legge non stabiliscano diversamente.

Il Testo Unico sulla Immigrazione

Il sistema introdotto dalla legge e dal Testo Unico del 1998 si basa sulla programmazione triennale e sulla definizione annuale dei flussi di ingresso. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti i ministeri interessati e le

Commissioni Parlamentari competenti, con decreto stabilisce le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio nazionale ogni anno. Nelle quote viene preso in considerazione il numero di stranieri da ammettere per lavoro a tempo indeterminato, determinato a carattere stagionale, e per lavoro autonomo, ma non vengono ricompresi gli stranieri che entrano in Italia per ricongiungimento familiare e quelli che fruiscono di permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale. Si determinano delle liste dalle quali nominativamente i datori di lavoro scelgono i lavoratori stranieri che, previa concessione del visto d'ingresso da parte della rappresentanza diplomatica o consolare, potranno venire a lavorare in Italia.

I requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato sono il possesso di passaporto valido o documento equivalente e il visto d'ingresso, nei casi in cui il soggetto provenga da uno Stato inserito nella lista di paesi per i quali è ritenuto necessario il visto d'ingresso, rilasciato dal Ministero degli affari esteri, attraverso le proprie sedi consolari.

L'ordine d'iscrizione nella lista, a parità di qualifiche, favorirà l'ingresso di determinati cittadini stranieri al posto di altri. Fuori dalle quote è possibile fare ingresso (e soggiornare) oltre che per ricongiungimento familiare, per motivi umanitari e per richiesta di asilo.

Il cittadino straniero in possesso di permesso di soggiorno per motivi familiari o per lavoro, tanto autonomo quanto subordinato, può utilizzare il permesso per attività differenti, purché consentite dalla legge. La modifica del motivo del soggiorno potrà avvenire soltanto alla scadenza dello stesso, in sede di rinnovo.

Sia nel caso di rilascio del primo permesso di soggiorno, che in fase di rinnovo, il permesso di soggiorno può essere rifiutato oppure, se concesso ed ancora valido, può essere revocato se i requisiti richiesti tanto per il soggiorno quanto per l'ingresso in Italia vengono a mancare.

Una delle novità più importanti della legge 286 del 1998, novità confermata poi nel successivo Testo Unico, è costituita dalla carta di soggiorno. Si tratta di uno strumento volto a consolidare il processo di integrazione dei cittadini stranieri, i quali grazie a questo documento possono passare da una condizione di temporaneità ad una di maggiore stabilità, tramite l'acquisizione della possibilità di partecipare alla vita sociale e collettiva del luogo di soggiorno. Infatti il possesso della carta di soggiorno comporta l'accesso ad una serie di diritti propri del cittadino, fatta eccezione per quelli strettamente riservati agli italiani, cioè la difesa dello Stato e, almeno per ora, il diritto di voto nelle elezioni amministrative. Oggi la carta di soggiorno – a seguito dell'applicazione della normativa di derivazione comunitaria – viene definita come permesso per lungo soggiornanti.

Il sistema costruito nel testo unico del 1998 poggia sostanzialmente sulla

dicotomia tra il concetto e la condizione di regolarità e d'altro canto lo status di irregolare o clandestino.

Tutte le costruzioni normative successive – a seconda delle maggioranze politiche del Parlamento più orientate al riconoscimento di diritti ovvero ad una politica di contrasto degli ingressi irregolari e di creazione di maggiori ostacoli alla stabilizzazione dei cittadini stranieri – si muovono su questo canovaccio: da un lato i regolari, dall'altro gli irregolari.

Ma, a partire dal 1986, possiamo osservare che questa distinzione è sostanzialmente artificiosa. Gli irregolari di ieri sono i regolari di oggi. Ogni nuovo intervento legislativo (sia esso più aperturista, o sia esso improntato a rigidità) è sempre accompagnato da una sanatoria, più o meno estesa, più o meno mascherata.

Avviene così nel 1986, nel 1990, nel 1998, al momento del varo della Bossi-Fini nel 2002, col pacchetto-sicurezza del Ministro Maroni nel 2009. Ed avviene così perché è evidente che il sistema poggiato sui flussi di fatto non funziona; esso non riesce a star dietro alle esigenze del mercato del lavoro ed alle spinte che vengono da alcune aree del mondo.

Flussi migratori e sanatorie: il ciclico crearsi di una economia sommersa.

Si entra in Italia indipendentemente dalle programmazioni, e successivamente all'ingresso irregolare una percentuale significativa di cittadini e lavoratori stranieri viene regolarizzata attraverso una sanatoria o attraverso la finzione dell'utilizzo del decreto annuale di regolazione dei flussi, con il quale di fatto si registrano gli ingressi ed i rapporti di lavoro già esistenti, seppur irregolari o sommersi. Si pensi in tal senso alla portata enorme del decreto flussi del 2007/2008 che di fatto ha comportato la regolarizzazione di decine di migliaia di posizioni.

Si pensi ancora che l'intervento legislativo più organicamente collocato sul versante rigorista, ovvero la legge Bossi Fini, è stato accompagnato dalla più estesa procedura di sanatoria/regolarizzazione che il nostro paese ha conosciuto, o che la legge Maroni del 2009 (con cui si estende a diciotto mesi il periodo possibile di permanenza nei C.I.E. e si introduce il reato di clandestinità) è accompagnata dalla sanatoria per colf e badanti, vero e proprio passaggio per la sanatoria della posizione relativa al soggiorno di migliaia di lavoratori stranieri con ben altre collocazioni professionali.

Basta seguire i rapporti annuali sull'immigrazione (a partire da quelli Caritas-Migrantes) per avere presente il formarsi di volta in volta di una sacca di presenze irregolari, cui segue dopo un certo lasso di tempo un intervento legislativo che punta a far emergere decine o centinaia di migliaia da situazioni di clandestinità che non solo alimentano il fenomeno del-

l'economia sommersa ma costituiscono anche un evidente e gigantesco problema di natura sociale.

La normativa prevede questa distinzione, e cataloga diritti da un lato e strumenti repressivi dall'altro; restano alcuni grandi principi, ma la storia della legislazione dell'immigrazione in questi anni è caratterizzata in buona sostanza dalla rincorsa alla formazione ricorrente di situazioni di clandestinità – create da un meccanismo di regolazione degli ingressi evidentemente irrealistico per il quale un datore di lavoro selezionerebbe un lavoratore che vive in un paese straniero senza averlo mai conosciuto – cui occorre periodicamente porre rimedio, attraverso gli strumenti eccezionali – ma di fatto ordinari - delle procedure (anche se diversamente nominate) della sanatoria e della regolarizzazione.

Ritornando all'altalenarsi degli interventi normativi va ricordato che con la legge Bossi/Fini viene abolita la possibilità di ingresso per inserimento nel mercato del lavoro con la garanzia di un privato; in realtà, la “sponsorizzazione” si era dimostrata una procedura relativamente agile e che garantiva l'effettivo inserimento lavorativo ed alloggiativo dello straniero certamente di più della procedura di assunzione dall'estero.

Il contratto, la carta di soggiorno, il rinnovo del permesso di soggiorno

Con la legge Bossi Fini viene introdotto l'istituto del contratto di soggiorno, ovvero il contratto di lavoro che dovrà essere stipulato presso gli uffici provinciali del lavoro, per consentire il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro. Nella sostanza, però, di realmente nuovo c'è solo il termine: infatti, i meccanismi per il rilascio del permesso di soggiorno per lavoro, a tempo indeterminato o determinato, sono quelli già introdotti con la legge Turco-Napolitano (richiesta di autorizzazione entro i limiti numerici stabiliti con uno o più decreti annuali di definizione dei flussi migratori e successivo rilascio del visto di ingresso da “*andare a prendere*” presso l'ambasciata italiana del paese di provenienza), con la differenza che si inverte - ma senza alcuna visibile conseguenza pratica - l'ordine burocratico.

L'idea di affermare la precedenza dei lavoratori nazionali nelle opportunità di lavoro mira a catturare il consenso popolare, ma tutte le imprese fanno meglio di chiunque altro che il posto di lavoro viene offerto a lavoratori stranieri in quanto non ci sono lavoratori italiani disponibili.

Si determina comunque un ulteriore appesantimento delle procedure di autorizzazione all'assunzione dall'estero, che comportano un'attesa di diversi mesi e mesi. Anche a seguito di tale intervento si comprende che una quota importante della clandestinità è di fatto prodotta dalla inefficienza del sistema, che induce rispettivamente le parti interessate ad ingressi

irregolari ed alla stipula di rapporti di lavoro nero, nonostante l'intento di operare regolarmente.

Con riguardo al rinnovo del permesso di soggiorno la legge del 2002 prevede la riduzione del periodo massimo di disoccupazione (e di correlativa iscrizione nelle liste di collocamento) per il lavoratore straniero da un anno a sei mesi. E' stato osservato, in occasione del varo di questa normativa, che la Convenzione 143 del '75 assunta dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro cui il nostro paese è tenuto a conformarsi, impedisce espressamente che la perdita del posto di lavoro possa comportare l'automatica perdita del permesso di soggiorno, mentre è al contrario evidente che con tale previsione la normativa sulle espulsioni, i respingimenti, i trasferimenti alle frontiere ed i trattenimenti viene ad irrigidirsi ulteriormente, e diversi interventi della Corte Costituzionale ne mitigano a tratti gli effetti.

Viene prolungato da cinque a sei anni il periodo di soggiorno regolare necessario per poter chiedere la carta di soggiorno, vale a dire quella sorta di permesso di soggiorno a tempo indeterminato che determina, una volta "conquistata" una stabilizzazione della condizione del cittadino straniero.

Viene previsto il trattenimento obbligatorio dei richiedenti asilo in centri appositi ed una procedura accelerata di valutazione nei casi di sospetta elusione delle norme sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri, disponendo che l'allontanamento non autorizzato da tali centri comporti "rinuncia" alla domanda di asilo.

* * *

Il reato di immigrazione clandestina e il possibile conflitto con l'art. 3 della Costituzione

A partire dal 1998, con la introduzione dei centri di permanenza temporanea e di assistenza (CPTA) per gli immigrati in attesa di espulsione, denominati oggi C.I.E., centri di identificazione ed espulsione, si è diffuso anche in Italia un diritto speciale che sanziona gli immigrati irregolari con una forma di detenzione caratterizzata dalla discrezionalità dell'autorità di polizia e non conseguente al verificarsi di ipotesi di reato.

Se è vero che oltre il settantacinque per cento degli immigrati oggi regolari in Italia è entrato (e continuerà ad entrare) irregolarmente e se poi, periodicamente, intervengono regolarizzazioni o sanatorie variamente denominate (come i decreti flussi), le misure di contrasto dell'immigrazione clandestina basate sui centri di detenzione amministrativa non hanno affatto arginato il fenomeno ma hanno alimentato condizioni di esclusione e di emarginazione, con costi peraltro elevatissimi. Con la legge 271 del 2004 si è trasferita la

competenza per la convalida dei provvedimenti di trattenimento nei Centri ai giudici di pace.

Si è di fatto venuto a creare, anche per effetto dei diversi interventi legislativi in materia, un collegamento tra il circuito dei Centri di Identificazione ed Espulsione ed il sistema penale ed il carcere come un ciclo unico di sanzione della mera presenza irregolare sul territorio, dopo il mancato rispetto del primo ordine di espulsione.

La detenzione amministrativa si è definita come una sanzione vera e propria e non come strumento finalizzato a garantire l'effettività dell'espulsione.

Gli interventi normativi del 2008 e del 2009 peraltro hanno accentuato l'intervento del sistema penale con riguardo ai fenomeni di irregolarità e di clandestinità.

Si prevedeva una specifica aggravante, con un aumento di pena fino a un terzo, per qualsiasi reato commesso da chiunque risultasse essere irregolarmente presente sul territorio nazionale. Successivamente tale modifica del sistema delle aggravanti comuni previste dall'art. 61 del codice penale veniva dichiarata costituzionalmente illegittima, con la sentenza della Consulta n. 249 del luglio 2010.

La legge del 2009 inquadra inoltre come reato la semplice condizione di "*irregolarità*" dello straniero rispetto alle norme sui visti e/o sui permessi di soggiorno.

A molti giuristi e commentatori è apparso subito evidente il forte contrasto tra queste nuove fattispecie penali e i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, con riguardo al principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3, in correlazione con l'articolo 2, che garantisce il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo. Sul piano strettamente giuridico, questo contrasto dà luogo a due ordini di questioni. La prima questione riguarda l'applicabilità dei principi garantiti dalla nostra Carta Costituzionale, anche quelli che testualmente si riferiscono ai soli "*cittadini*", ossia a chi possiede la nazionalità italiana, agli stranieri "*regolari*" o "*irregolari*" che si trovano nel nostro paese e, quindi, la possibilità generale di sottoporre le norme che li riguardano ad un giudizio di costituzionalità. La seconda questione riguarda l'esistenza di adeguati "*criteri di razionalità*" a supporto delle nuove norme penali in materia di diritto dell'immigrazione, dal momento che esse introducono un chiaro trattamento di sfavore nei confronti degli stranieri "*irregolari*". Trattasi di norme, infatti, che non riguardano solo i cosiddetti "*clandestini*", ovvero coloro che entrano nel nostro paese aggirando i controlli alle frontiere o sbarcando via mare, ma che fanno riferimento genericamente a tutti i soggetti che si trovano illegalmente sul territorio nazionale, estendendosi anche ai cosiddetti "*overstayers*" ovvero a quei soggetti che, seppur entrati nel nostro paese in base ad un

titolo legittimo, si sono trattenuti anche quando questo era venuto meno. La questione non è di poco conto visto che le statistiche ministeriali chiariscono che il 64% dei migranti “*irregolari*” presenti nel nostro paese appartiene a questa categoria. Queste norme non si limitano affatto a colpire chi entra “*clandestinamente*” nel paese, ma anche chi vi si trattiene più del dovuto. Quanto al reato di immigrazione clandestina, la nuova norma punisce chiunque entri o si trovi irregolarmente nel territorio dello Stato con un ammenda. Peraltro qualora l’espulsione dell’irregolare venisse eseguita il procedimento penale per il reato di immigrazione clandestina dovrà necessariamente concludersi con una sentenza di non luogo a procedere per avvenuta espulsione. Il reato in questione è procedibile d’ufficio, per cui qualora uno straniero irregolare si recasse dalle forze dell’ordine per denunciare un reato subito rischierebbe lui stesso di venire denunciato per il reato di ingresso o soggiorno illegale.

Il trattamento penitenziario e i detenuti stranieri- difficoltà applicative.

Nonostante il dettato della legge 354 del 1975 preveda l’applicabilità delle norme sul trattamento penitenziario a tutti i detenuti, per i detenuti stranieri si registra di fatto una condizione detentiva spesso differenziata rispetto a quella del detenuto italiano, non con riguardo al regime detentivo in senso stretto, bensì al cosiddetto impegno rieducativo previsto dagli articoli 13 e 15 dell’Ordinamento Penitenziario, e con riguardo alla possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione.

Per rapportarsi al costante e progressivo aumento nelle carceri italiane di detenuti stranieri, che ha assunto aspetti non prevedibili all’epoca dell’emanazione della riforma del 1975 e del relativo regolamento di esecuzione, il regolamento di esecuzione del 2000 ha esplicitamente affrontato il problema dell’esecuzione penale e del trattamento in carcere per i detenuti stranieri. Come criterio guida della disciplina, l’art. 35 prevede che “*nell’esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri si deve tener conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali*”, favorendo, altresì, i contatti con le autorità consolari del loro paese.

Al fine di garantire un livello minimo di comprensione e di interazione tra l’Amministrazione penitenziaria e persone di lingue e culture differenti, lo stesso articolo 35 ha introdotto la innovativa figura del mediatore culturale il cui intervento deve essere favorito “*anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato*”. Tale intervento professionale, perlomeno da quanto si evince dalla relazione illustrativa dello schema di regolamento, si dimostra utile anche “*per poter disporre interventi trattamentali spendibili nei paesi di origine dei condannati*”, visto che la gran parte di essi dovrà essere espulsa al termine dell’esecuzione della pena.

La previsione regolamentare coglie gli echi di un dibattito che, anche all'interno della magistratura di sorveglianza, ha messo sempre più in risalto l'obiettivo difficoltà di prevedere, per i condannati stranieri senza alcun legame stabile con il territorio italiano, percorsi di riabilitazione che possano progredire verso la concessione di una delle misure alternative previste dal nostro Ordinamento Penitenziario, soprattutto a causa della inesistenza di validi punti di riferimento esterni all'istituto carcerario.

I rapporti con la famiglia

L'Ordinamento Penitenziario enuncia, all'art. 15, tra gli elementi del trattamento rieducativo i rapporti familiari: *“il trattamento del condannato è svolto (...) agevolando (...) i rapporti con la famiglia”*. Anche il terzo comma dell'art. 18 sembra attribuire *“particolare favore (...) ai rapporti familiari”*; così come l'art. 28, intitolato *“Rapporti con la famiglia”*, stabilisce che *“particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie”*. Inoltre l'art. 30 *ter* prevede la concessione dei permessi premio per coltivare interessi affettivi e l'art. 45 prevede che il trattamento dei detenuti sia integrato da un'azione di assistenza alle loro famiglie, per *“conservare e migliorare le relazioni dei soggetti con i familiari e rimuovere le difficoltà che possono ostacolare il reinserimento sociale”*. Lo stesso regolamento di esecuzione del 2000 ha incluso nel primo articolo, dedicato al trattamento penitenziario, la disposizione secondo cui *“il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, inoltre, a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale”*. L'art. 61 del citato regolamento, nel predisporre i programmi di collaborazione con le famiglie, prevede che *“particolare attenzione è dedicata ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia (...) e il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale”*; il direttore dell'istituto è autorizzato a tal fine a *“concedere colloqui oltre quelli previsti dall'articolo 37”* e ad *“autorizzare la visita da parte delle persone ammesse ai colloqui, con il permesso di trascorrere parte della giornata insieme a loro (...)”*.

Nonostante il dettato della legge e del regolamento, di fatto sono pochissimi i detenuti stranieri che riescono ad avere relazioni costanti con i propri familiari, vuoi per la condizione di clandestinità che non consente di comprovare le relazioni di parentela, vuoi perché i familiari vivono nei paesi d'origine, o sono impossibilitati a recarsi in visita nel carcere dove il proprio familiare è detenuto.

In una situazione di questo tipo diventano fondamentali le telefonate che dovrebbero essere consentite, ai sensi dell'art. 39 del regolamento penitenziario, una volta alla settimana e per non più di dieci minuti, a tutti i detenuti senza interprete e obbligo di ascolto, fatta eccezione per i condannati per uno dei delitti previsti dall'art. 4 *bis* dell'Ordinamento Penitenziario per i quali il numero dei colloqui telefonici non può essere superiore a due al mese. Il detenuto, che intende intrattenere corrispondenza telefonica, deve compilare una domanda nella quale deve essere indicato il numero di telefono e le persone con cui intende comunicare. A questo punto intervengono le difficoltà burocratiche legate alla verifica dell'intestatario del numero di telefono dell'utenza straniera indicata: è necessario infatti che il numero di telefono sia di rete fissa, e che il consolato dei paesi d'origine accerti che l'utenza in questione appartenga effettivamente ad un familiare del detenuto. Tutto ciò si rivela il più delle volte impossibile, sia per la scarsa collaborazione di molti consolati esteri, sia perché spesso gli stranieri forniscono numeri di telefono che appartengono al vicino di casa o ad un negozio e quindi il nominativo dell'intestatario non corrisponde al nome del familiare. Infine, anche se la conversazione è autorizzata, la durata limitata fissata dalla norma comporta la vanificazione di tale opportunità: spesso, infatti cade la linea e ci sono non poche difficoltà di collegamento per le telefonate internazionali.

Il modo più semplice allora per mantenere contatti diretti con i familiari diviene la corrispondenza epistolare.

L'istruzione e la formazione professionale

L'Ordinamento Penitenziario del 1975 ha riconosciuto all'istruzione il ruolo di elemento irrinunciabile nel programma di trattamento rieducativo del condannato. A tal proposito sono organizzati dei corsi di scuola dell'obbligo e dei corsi di addestramento professionale, nonché corsi scolastici superiori e corsi universitari, e deve essere altresì favorito l'accesso alle pubblicazioni contenute nella biblioteca di ogni istituto. Purtroppo alla gran parte dei detenuti stranieri che non conoscono, o conoscono poco, la lingua italiana è di fatto reso se non impossibile estremamente difficoltoso l'accesso all'istruzione. Nel contesto dell'istruzione elementare un ruolo fondamentale è oggi rivestito dai corsi di lingua italiana per stranieri: l'apprendimento della lingua italiana per i detenuti stranieri è un presupposto fondamentale al fine di attuare programmi trattamentali adeguati. Attraverso la conoscenza della nostra lingua si offre la possibilità di accedere a corsi di formazione professionale spesso necessari per l'ammissione a eventuali misure alternative.

Per quanto riguarda il servizio di biblioteca, l'art. 21 del regolamento di esecuzione del 2000, al secondo comma, prevede che “*nella scelta dei libri e*

dei periodici si deve realizzare una equilibrata rappresentazione del pluralismo culturale esistente nella società”.

Il lavoro intramurario

Elemento fondamentale del trattamento intramurario è sicuramente il lavoro, sia perché permette ai detenuti di occupare il tempo in maniera costruttiva e soprattutto permette loro di garantirsi un minimo d'indipendenza economica. Per gli stranieri questo aspetto diventa ancora più rilevante, spesso si trovano soli ad affrontare la carcerazione ed in tal senso necessitano di una sia pur limitata occupazione lavorativa capace di potergli fruttare un minimo di reddito, necessario per la loro sussistenza in carcere e per affrontare spese legali e di giustizia.

La normativa vigente detta i criteri per l'ammissione all'attività lavorativa intramurale: occorre assicurare tale possibilità prima ai condannati e agli internati poi ai ricorrenti ed appellanti ed infine agli imputati sottoposti a custodia cautelare in carcere.

La libertà di culto

L'individuazione del trattamento rieducativo si avvale anche della libertà riconosciuta ai detenuti stranieri di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto. Il principio di uguaglianza, inteso come parità di trattamento, viene compromesso laddove quella libertà, garantita certamente per la religione cattolica attraverso la presenza del cappellano all'interno del carcere, non è in ugual misura garantita per le altre fedi religiose. Tuttavia c'è stato un ampliamento delle possibilità di accesso dei ministri di culto: oltre quelli indicati dal Ministero dell'Interno, l'art. 58 del D.P.R. n. 230 del 2000 ha previsto il ricorso alla più veloce procedura di ammissione azionata avanti al magistrato di sorveglianza *ex art. 17*, secondo comma, dell'Ordinamento Penitenziario, che prevede la partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa.

In collegamento diretto con la pratica religiosa è sicuramente il tema dell'alimentazione. All'art. 11 del nuovo regolamento penitenziario è chiaramente previsto che *“nella formulazione delle tabelle vittuarie si deve tener conto, in quanto possibile, delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose”*. Questa importante affermazione nella pratica trova non pochi problemi di realizzazione.

La concessione delle misure alternative: un diritto diversificato per gli stranieri.

Il problema più rilevante nel trattamento degli stranieri è sicuramente rappresentato dalla concessione delle misure alternative alla detenzione: sia perché esse rappresentano la concreta attuazione di un trattamento finaliz-

zato alla rieducazione e al reinserimento sociale, sia perché questo aspetto del trattamento è il più sentito dai detenuti stranieri come l'aspetto maggiormente discriminante. A tal proposito, occorre sottolineare l'importanza della posizione di regolarità o meno dello straniero detenuto. Esiste infatti una notevole differenza nella concessione dei benefici penitenziari tra il detenuto straniero che gode di una posizione di regolarità e il detenuto straniero che risulta clandestino o irregolare e quindi manca di qualsiasi elemento di supporto, necessario per ottenere il beneficio. A parità di pene riportate, statisticamente si può dimostrare che l'accesso ai benefici delle misure alternative alla pena detentiva si trova in rapporto diretto con il grado di risorse economiche, culturali e sociali godute dal condannato e che, salvo pochissime eccezioni, lo straniero immigrato con scarsa conoscenza della nostra lingua, senza un lavoro stabile, senza legami familiari, non riesce di fatto a godere di misure alternative in fase esecutiva, anche se astrattamente si trova nelle condizioni legali per goderne.

Spesso anche da parte della magistratura di sorveglianza si riscontra un atteggiamento di maggiore chiusura nei confronti degli stranieri, che rende ancora meno fruibile il ricorso a percorsi penali alternativi al carcere. Si viene di fatto a creare un diritto diversificato per gli stranieri, un doppio binario, anche in fase di esecuzione: a parità di pena da espiare rispetto al cittadino italiano, vi è un *surplus* di sofferenza aggravato dal fatto che i periodi di detenzione diventano più lunghi, spesso anche per mancanza di una difesa adeguata dovuta principalmente a ragioni economiche.

Ci troviamo di fronte ad uno scenario inimmaginabile, con riguardo alla massiccia presenza di cittadini stranieri sul nostro territorio nazionale, ai tempi dell'approvazione della legge di riforma penitenziaria del 1975.

Tra le misure alternative, l'affidamento in prova al servizio sociale è senza dubbio quella più "aperta" perché consente di espiare la pena in libertà, ed allontana ogni rapporto del condannato con l'istituzione carceraria. L'idea di fondo è quella di sostituire la pena detentiva con un periodo di prova, durante il quale il soggetto si impegni in un recupero sociale, al termine del quale se l'esito è positivo, la pena viene dichiarata estinta. Presupposto per la concessione di tale beneficio è che la pena inflitta non deve superare i tre anni anche se residuo di maggior pena. Competente a disporre l'affidamento in prova al servizio sociale è il Tribunale di sorveglianza che determina le prescrizioni che il soggetto è tenuto a seguire in ordine ai rapporti con il servizio sociale, alla dimora, al divieto di frequentare determinati locali. Qualora il condannato si trovi in stato di detenzione carceraria, la concessione del provvedimento dipende dai risultati dell'osservazione della personalità condotta in istituto così come previsto dal secondo comma, dell'art. 47 dell'Ordinamento Penitenziario. Qualora il condannato, in alcuni casi

anche dopo un periodo di custodia cautelare, si trovi in libertà, mantenendo un comportamento tale da consentire un giudizio positivo, l'affidamento viene concesso senza alcuna subordinazione all'osservazione.

L'osservazione della personalità risulta più complessa nei confronti dei detenuti stranieri, non solo per la carenza di educatori ma anche in relazione alla necessità della presenza permanente di mediatori culturali, per cui spesso ci si trova in mancanza dei presupposti per una corretta ed uguale verifica delle esigenze, delle prospettive e delle condizioni comportamentali dello straniero.

Alla fine del periodo di affidamento, se questo ha avuto esito positivo, si estingue la pena e ogni altro effetto penale; se il giudizio è negativo si avrà la revoca della misura.

La misura dell'affidamento in prova in casi particolari è stata introdotta per la prima volta nell'Ordinamento Penitenziario nel 1985. Questa misura è riservata a soggetti tossicodipendenti o alcool dipendenti che, dovendo scontare una pena sino a un massimo di quattro anni, abbiano in corso un programma di recupero, ovvero che a tale programma intendano sottoporsi e che tale programma, a contenuto terapeutico, sia concordato con una Azienda Sanitaria Locale ovvero con altri enti pubblici o privati espressamente indicati dalla legge. Inoltre è necessario che una struttura sanitaria pubblica attesti lo stato di tossicodipendenza o alcool dipendenza del condannato e la idoneità, ai fini del recupero, del programma terapeutico concordato. In presenza di questi elementi, l'art. 94 D.P.R. 309/90 legittima il condannato a chiedere di essere affidato in prova al servizio sociale per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica. La domanda può essere formulata in ogni momento. Nessuna difficoltà o differenziazione dovrebbe sorgere, almeno sul piano teorico, a proposito per i detenuti stranieri.

Il diritto alla salute

Con riguardo alla sanità penitenziaria ogni istituto entra nella sfera di competenza territoriale della Azienda Sanitaria Locale e tutti i detenuti, anche gli stranieri "*limitatamente al periodo detentivo*", hanno l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale e l'esenzione dal pagamento del ticket, e ad essi viene assicurata "*parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai cittadini liberi, a prescindere dal regolare titolo di permesso di soggiorno in Italia*".

La normativa che regola il passaggio di competenze in materia di sanità penitenziaria si pone l'obiettivo di superare alcuni punti critici che si manifestano nei confronti dei detenuti extracomunitari, come la non comprensione della lingua italiana al loro primo ingresso in carcere; la non conoscenza delle lingue straniere da parte del personale penitenziario; la non conoscenza dell'im-

migrato delle norme e dei regolamenti che disciplinano le attività sanitarie negli istituti penitenziari; e inoltre l'assenza di informazioni relative alle opportunità offerte dalla legislazione sanitaria italiana alle persone detenute malate di uscire dal carcere, quale la misura dell'affidamento.

Le differenze trattamentali emergono nel caso di stranieri tossicodipendenti che sono in condizioni di poter usufruire dell'affidamento in prova "*in casi particolari*": in questi casi i programmi socio-sanitari da seguire richiedono il ricovero all'interno di apposite comunità terapeutiche, ma lo straniero nella quasi totalità dei casi non è iscritto al Servizio Sanitario Nazionale, in quanto non in regola con il permesso di soggiorno.

La concessione dei permessi

Così come previsto dall'art. 30 *ter* dell'Ordinamento Penitenziario: "*Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e che non risultino di particolare pericolosità sociale, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione*".

I permessi premio sono divenuti parte integrante e fondamentale del trattamento penitenziario: tale istituto viene ad essere il primo importante collegamento con il mondo esterno e il possibile inizio di un percorso *extra* murario che può risolversi nell'applicazione di misure alternative alla pena e preparare l'eventuale reinserimento sociale.

Possono essere concessi ai detenuti nei confronti dei quali è stata pronunciata una sentenza di condanna passata in giudicato. La decisione è adottata dal magistrato di sorveglianza con provvedimento motivato. Il magistrato nel concedere il beneficio deve accertare la sussistenza di tre elementi: che il condannato abbia tenuto regolare condotta, che il condannato non risulti socialmente pericoloso; che il permesso consenta di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro.

La legge dispone un chiaro collegamento della concessione e della fruizione dei permessi premio con il programma di trattamento rieducativo. L'unico concreto ostacolo alla concessione di questa misura è il requisito della mancanza del pericolo di fuga. Esso risulta essere il punto cruciale e la motivazione più frequente nel diniego del beneficio agli stranieri.

Il problema è comunque anche in questo caso che i detenuti stranieri sono svantaggiati rispetto agli italiani perché sono privi di punti di riferimento esterni.

La semilibertà

Con riferimento alla misura della semilibertà, interessante è l'orientamento della Corte di Cassazione che nel febbraio 1982, affermando l'applicabilità anche agli stranieri delle misure alternative alla detenzione, ha posto fine così ad una situazione di discriminazione che si realizzava nei confronti dei detenuti extracomunitari. La Suprema Corte accoglieva il ricorso presentato da un cittadino extracomunitario colpito da provvedimento di espulsione a pena espiata, a cui il Tribunale di sorveglianza di Milano, aveva negato l'ammissione alla semilibertà adducendo che *“non sarebbe neppure ipotizzabile il reinserimento del richiedente nella società”*. La Cassazione ha sostenuto che l'espulsione a fine pena non contrasta con le finalità di graduale reinserimento nella società, propria della semilibertà *“poiché la risocializzazione deve intendersi in senso sovranazionale”*, ciò che importa non è tanto l'ambito territoriale della società nella quale verrà operato il tentativo di reinserimento del soggetto, quanto che questi, dimostrandosi idoneo al trattamento rieducativo appaia suscettibile di *“recupero sociale nel contesto del consorzio civile, quale elemento dell'intera comunità internazionale”*.

L'art. 27 della Costituzione statuendo che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, non discrimina tra connazionali e stranieri. Inoltre il diritto del detenuto straniero, anche se soggetto ad espulsione a fine pena, ad un idoneo trattamento rieducativo non è per niente differente rispetto a quello di tutti gli altri condannati; non può considerarsi l'espulsione misura interdittiva della funzione rieducativa della pena.

In particolare il regime di semilibertà consiste nella possibilità concessa al condannato o all'internato di *“trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale”*, così come previsto dall'art. 48 dell'Ordinamento Penitenziario.

In tal modo si realizza un sistema in cui il soggetto che beneficia della misura è, per una parte del giorno, sottoposto ai doveri di comportamento e al trattamento che interessano l'istituto penitenziario, e per altra parte, libero di muoversi nella realtà esterna, allo scopo di realizzare attività di lavoro o di studio, contatti con la famiglia, rapporti sociali più ampi. L'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, e a seguito di una indagine diretta a valutare la sussistenza delle condizioni per il reinserimento graduale del condannato nella società. La competenza a disporre l'ammissione al regime di semilibertà ed alla relativa revoca spetta al Tribunale di sorveglianza, il quale è chiamato a valutare l'idoneità, al fine dell'attuazione della misura, dell'attività risocializzante prospettata dall'interessato. Ciò comporta un ampio margine di discreziona-

lità da parte del giudice e una necessaria, adeguata e approfondita motivazione del provvedimento concessivo o di diniego.

Il provvedimento di semilibertà, ex art. 51 dell'Ordinamento Penitenziario, può essere in ogni tempo revocato quando il soggetto “*non si appalesi idoneo al trattamento*”, e se il soggetto è condannato per evasione.

Requisito indispensabile per ammettere il detenuto extracomunitario al regime di semilibertà è una attività lavorativa. Quest'ultima diventa una “*conditio sine qua non*” per la concessione del beneficio, anche se, il dettato dell'art. 48 prevede il lavoro solo come una delle possibili condizioni utili per il reinserimento sociale, insieme alle attività istruttive. In seguito all'emanazione della circolare del Ministero del lavoro n. 27 del 15 marzo 1993, al detenuto straniero, anche privo di valido permesso di soggiorno, viene rilasciato “*un apposito atto di avviamento al lavoro*”. Tale atto ha validità limitata al tipo di attività lavorativa e non costituisce titolo valido per la iscrizione nelle liste di collocamento alla cessazione del rapporto di lavoro per il quale è stato concesso. Attraverso questa circolare è concesso ai detenuti extracomunitari di poter effettuare attività lavorativa, in regime di semilibertà o affidamento in prova al servizio sociale, anche in mancanza di permesso di soggiorno. Grazie a questo provvedimento si è, in parte, attenuata quella disparità di trattamento che non permetteva ai detenuti extracomunitari, privi di regolare permesso di soggiorno, di poter effettuare alcuna attività lavorativa, oltre alle difficoltà oggettive a trovare un lavoro.

La liberazione anticipata

La liberazione anticipata, disciplinata dall'art. 54 dell'Ordinamento Penitenziario, consente di ottenere una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata, sempre che il condannato a pena detentiva abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, quale riconoscimento del suo impegno e allo scopo di un più efficace reinserimento nella società. A tal fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare. Il provvedimento è ora di competenza del magistrato di sorveglianza.

La detenzione domiciliare

L'art. 47 *ter* dell'Ordinamento Penitenziario, modificato dalla Legge 27 maggio 1998, n. 165, prevede che la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nell'abitazione del condannato o in un altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura, di assistenza o di accoglienza in caso di donna incinta, o madre di bambini che abbiano meno di dieci anni, con lei convivente, di padre di bambini

che abbiano meno di dieci anni con lui convivente, ma solamente se la madre è morta o sia assolutamente impossibilitata ad assisterli, di persona in condizioni di salute particolarmente gravi, tali da richiedere costanti contatti con i presidi sanitari territoriali, di persona di età superiore a sessanta anni se è inabile, anche parzialmente, di persona minore di ventuno anni e vi siano comprovate ragioni di salute, di studio o di famiglia.

Il requisito essenziale per essere ammessi alla misura alternativa della detenzione domiciliare è dimostrare di avere una dimora dove scontare il resto della detenzione. Una volta ammesso al beneficio l'amministrazione penitenziaria viene sollevata da qualsiasi obbligo di mantenimento, cura e assistenza medica del condannato. Ciò significa che il detenuto deve essere in grado di provvedere a se stesso, altrimenti la misura non potrà essere concessa. Per i detenuti stranieri privi del permesso di soggiorno riuscire ad ottenere un contratto di locazione è praticamente impossibile visto che sono sia detenuti che irregolari. Pertanto essi non saranno in grado di dimostrare al Tribunale di sorveglianza di avere una dimora dove scontare la misura. In alcune città il problema è stato risolto dalle associazioni di volontariato che offrono al detenuto straniero la possibilità di essere ospitato presso strutture di accoglienza. Queste sono comunque in numero esiguo e non riescono a sopperire a tutte le richieste dei detenuti stranieri.

Il lavoro all'esterno, previsto dall'articolo 21 della Legge 354 del 1975, consiste nella prestazione di attività a favore di imprese, pubbliche o private. Esso rappresenta uno degli strumenti, ritenuti dal legislatore necessari al raggiungimento dei fini del trattamento rieducativo. Il provvedimento con il quale il direttore dell'istituto penitenziario ammette al lavoro all'esterno un condannato o un internato è sottoposto all'approvazione del magistrato di sorveglianza. Emerge pertanto l'esigenza che detto provvedimento, contenente le prescrizioni da osservare, sia adeguatamente motivato con la specificazione dei concreti elementi in base ai quali è stato esercitato il potere discrezionale e con la valutazione delle indagini svolte nell'istruzione della pratica.

Non risulta essere causa ostativa all'applicazione del beneficio, il mancato possesso del permesso di soggiorno, in quanto a seguito dell'emanazione della circolare del Ministero del lavoro n. 27 del 15.3.1993, successivamente il Ministero dell'Interno ha emanato la circolare n. 300 del 2.12.2000, con la quale ha chiarito che *“riguardo alla posizione di soggiorno dei cittadini stranieri detenuti ammessi alle misure alternative previste dalla legge, quali la possibilità di svolgere attività lavorativa all'esterno del carcere si rappresenta che la normativa vigente non prevede il rilascio del permesso di soggiorno ad hoc per detti soggetti. In queste circostanze non si reputa possibile rilasciare un permesso di soggiorno per motivi di giustizia né ad altro titolo, ben potendo l'ordinanza del magistrato di sorveglianza costituire ex se*

un'autorizzazione a permanere nel territorio nazionale". Tale circolare precisava che "la possibilità per gli stranieri di cui trattasi, di svolgere attività di lavoro all'esterno del carcere è stata disciplinata dalla circolare n. 27 del '93 del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale con la quale è stato chiarito che è sufficiente un apposito atto di avviamento al lavoro rilasciato dagli Uffici provinciali del lavoro, di validità limitata al tipo di attività lavorativa e a quel periodo indicato nel provvedimento giudiziario di ammissione al beneficio de quo".

Riflessioni conclusive

Le statistiche ufficiali, aggiornate al 30 aprile 2012, evidenziano che gli stranieri presenti nelle carceri italiane sono 23.985, su un totale di 66.310 detenuti. Gli stranieri quindi rappresentano il 36% dei detenuti: un detenuto su tre è straniero.

Dei detenuti stranieri il 20% (4.995) è costituito da cittadini comunitari, gran parte dei quali rumeni (ben il 73% - ovvero 3.664). Il restante 80% del totale dei detenuti stranieri è costituito da cittadini non comunitari, per lo più marocchini (20,2%), tunisini (12,8 %), albanesi (11,8%), nigeriani (4,8 %), algerini (2,9 %), senegalesi (1,6%) e cinesi (1,4%).

La stragrande maggioranza dei detenuti stranieri è rappresentata da persone di sesso maschile: il 95%. Le donne sono soltanto il cinque per cento (1.132), e tale percentuale è di poco superiore alla percentuale (4,2%) di donne (italiane e straniere) sul totale dei detenuti (italiani e stranieri).

Circa 6 stranieri su 10 sono reclusi in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna; gli altri 4, invece si trovano in carcere in esecuzione di una misura cautelare, e sono pertanto in attesa del giudizio di primo, secondo o terzo grado (hanno cioè lo *status* di imputati, e non ancora condannati). E' un dato, questo, che rispecchia quello riferito al complesso dei detenuti (italiani e stranieri): il 60% è rappresentato da condannati in via definitiva; il 40% è rappresentato da persone in attesa di un giudizio definitivo.

Il dato sulla presenza di stranieri negli istituti penitenziari è d'altra parte in forte e costante crescita. Basti solo pensare che undici anni fa, nel 2001, la percentuale di stranieri sul totale dei detenuti era del 29%: ovvero ci attestavamo su sette punti percentuali in meno di oggi. Gli stranieri (regolari e irregolari), che rappresentano il 36% dei detenuti, rappresentano al contempo solo il 7,5% della popolazione residente in Italia (dati del 2011).

Le porte del carcere si aprono spesso allo straniero condannato a pena detentiva breve (non superiore ai due anni) perché è verosimile che le condizioni di marginalità sociale in cui vive – specie se irregolare – influiscano negativamente sulla prognosi di non recidività che è alla base della concessione della sospensione condizionale della pena. E sicuramente quel bene-

ficio è incompatibile con l'espulsione dello straniero, disposta quale misura di sicurezza *ex art. 235 c.p.* o ai sensi dell'art. 15 t.u. immigrazione: una misura ordinata sul presupposto della pericolosità sociale dello straniero (cioè della probabilità che torni in futuro a commettere reati), che è logicamente inconciliabile con la prognosi di non recidività alla base della sospensione condizionale. E' però vero, come ha riconosciuto la Corte di Cassazione (da ultimo, con la sentenza n. 19652/2010), che la irregolare presenza dello straniero in Italia non può essere presuntivamente assunta a indice sfavorevole ai fini della sospensione condizionale della pena come anche, del resto, a indice di una presunta pericolosità sociale ai fini dell'espulsione quale misura di sicurezza.

D'altra parte, va considerato che le medesime condizioni di marginalità sociale, verosimilmente, incidono negativamente sulla possibilità che lo straniero benefici di pene sostitutive delle pene detentive (pena pecuniaria, semidetenzione, libertà controllata) e di misure alternative alla detenzione (affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà).

Certo è che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 78 del 2007, ha dichiarato illegittime alcune disposizioni dell'Ordinamento Penitenziario ove interpretate nel senso che allo straniero irregolare sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione: *“la condizione soggettiva...del mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato...di per sé non è univocamente sintomatica...di una particolare pericolosità sociale”*. La condizione di straniero, in altri termini, non può e non deve comportare automaticamente un giudizio sfavorevole alla concessione di misure che consentano l'esecuzione della pena detentiva al di fuori del carcere.

Non va dimenticato, d'altra parte, che gli stranieri non comunitari non sono solo i clienti privilegiati del sistema carcerario, ma sono anche i clienti esclusivi dei C.I.E. senza le garanzie proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale, una forma di *detenzione amministrativa* nella quale lo straniero irregolare entra – potendovi rimanere fino a 18 mesi – per effetto di un provvedimento del questore, sottoposto a convalida del giudice di pace, quando, come per lo più avviene per mancanza di mezzi, risorse o accordi internazionali, ovvero per la mancata identificazione personale, non è possibile effettuare l'espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera o il respingimento. E la detenzione nei C.I.E. si alterna spesso alla detenzione in carcere, dando luogo a un circolo vizioso: si esce da un istituto e si entra nell'altro, e viceversa.

Gli stranieri (extracomunitari e comunitari) sono inoltre destinatari di una sanzione penale ad essi riservata: l'espulsione dal territorio dello Stato ('allontanamento' per gli stranieri, secondo il termine mutuato dal diritto

UE), che il giudice penale può ordinare, *in primis*, quale *misura di sicurezza*, ai sensi dell'art. 235 c.p., in caso di condanna alla reclusione superiore ai due anni ovvero, ai sensi dell'art. 15 del Testo Unico sull'immigrazione (per i soli cittadini extracomunitari), in caso di condanna per un delitto per il quale sia previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza di reato. Sempreché lo straniero sia ritenuto in concreto socialmente pericoloso. L'espulsione, per regola generale, deve essere eseguita dopo l'espiatione della pena detentiva. Viene da chiedersi se l'esecuzione di quella pena sia compatibile con il finalismo rieducativo della pena o, piuttosto, rispecchi solo una concezione retributiva della sanzione penale. L'espulsione è d'altra parte prevista, sempre nel sistema penale, quale misura alternativa alla detenzione per il cittadino non comunitario che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, nonché come pena sostitutiva, sempre per lo straniero in condizione di irregolarità, in relazione a reati puniti con pena detentiva non superiore a due anni ovvero a taluni reati puniti con pena pecuniaria (ingresso e soggiorno irregolare nel territorio dello Stato e inottemperanza dell'ordine di allontanamento del questore).

Al di fuori del sistema penale, d'altra parte, l'*espulsione* (disposta dal Prefetto) è la sanzione amministrativa dell'irregolare presenza nel territorio dello Stato. E' la sanzione che lo straniero, venuto nel nostro Paese in cerca di condizioni di vita migliori, teme di più.

Va detto che le scelte politico-criminali in materia di immigrazione sono state improntate a un uso massiccio – altamente simbolico – del diritto penale in funzione di contrasto della criminalità degli immigrati e, addirittura, della stessa immigrazione clandestina. Il reato di clandestinità ha retto al vaglio della Corte costituzionale, che ne ha ritenuto la legittimità costituzionale con la sentenza n. 250 del 2010. L'incriminazione si giustifica in ragione dell'offesa a un bene giuridico (l'interesse dello Stato a regolamentare i flussi migratori). Si tratta di un reato che non comporta l'ingresso in carcere (la pena è solo pecuniaria); è un reato-manifesto, col quale il legislatore ha voluto lanciare un messaggio ai clandestini, venendo incontro alle istanze securitarie del corpo elettorale. Ma in realtà è anche una previsione normativa inutile perché non ha frenato l'immigrazione clandestina (la pena pecuniaria non è un deterrente per chi giunge in Italia su carrette del mare, privo di tutto, dopo un viaggio lungo ed estremamente pericoloso), e non ha nemmeno facilitato le espulsioni, che incontrano le consuete difficoltà legate per lo più all'identificazione degli stranieri e alla carenza di mezzi, personale e risorse finanziarie. La disposizione in materia di diritto penale dell'immigrazione che più ha aperto le porte del carcere agli stranieri – e contribuito ad affollarlo – è l'art. 14, comma 5 *ter* del testo unico, inserito nel

2002, che punisce l'inottemperanza dello straniero extracomunitario all'ordine di espulsione. Una recente riforma (risalente al giugno 2011) ha previsto, per quel reato, la sola pena della multa. E' una riforma cui il legislatore è stato costretto dalla Corte di Giustizia dell'UE, con una sentenza dell'aprile del 2011, in quanto la norma – secondo la Corte, contrastava con la direttiva comunitaria in tema di rimpatri, proprio in ragione della previsione di una *pena detentiva*; pena che, intervenendo durante la procedura di espulsione, ne vanificava la pronta esecuzione. Quando i giudici italiani hanno iniziato a disapplicare la norma – e quando un consistente numero di immigrati 'irregolari' è uscito dai penitenziari per effetto di ordini di scarcerazione – al legislatore non è rimasta altra via se non quella di rendere l'incriminazione compatibile con il diritto UE, eliminando la previsione della pena detentiva, con l'effetto di una parziale e limitata decarcerizzazione.

E' evidente - per chiudere - che le condizioni attuali di sovraffollamento dei penitenziari esasperano ulteriormente le difficoltà evidenziate, legate ad un utilizzo massiccio della sanzione penale ed ad una condizione di obiettiva debolezza del cittadino straniero, specie se privo di regolari condizioni di soggiorno.