

ATTUALITÀ

*Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso**

Marco Ruotolo

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I dati relativi ai detenuti stranieri e le cause del sovraffollamento della popolazione carceraria – 3. Cosa (non) si è fatto per contenere l'incremento della popolazione detenuta straniera – 4. Alcune indicazioni giurisprudenziali. Le ripetute dichiarazioni di incostituzionalità di norme contenute nei pacchetti sicurezza – 5. Sovraffollamento e trattamento dei detenuti stranieri. Quale destino per il principio della rieducazione? – 6. L'ottimismo della volontà, il pessimismo della ragione.

1. *Premessa.* – La questione relativa alle forme di privazione della libertà personale degli immigrati, e specificamente dei c.d. clandestini¹, è più ampia di quella oggetto delle brevi riflessioni qui proposte. Essa comprenderebbe, infatti, anche il tema del trattenimento nei Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE), estendendo, oltre il carcere, i confini di quell'“universo chiuso” che richiama alla mente l'universo concentrazionario di Rousset, l'ossimoro della vita morta che ne identifica la struttura ultima².

Nel nostro caso l'universo chiuso ove dovrebbero esercitarsi diritti e regole non è, dunque, solo il carcere ma la “galera”, comprendendo anche i CIE³, ove,

* Il presente lavoro trae spunto dalla mia relazione su “Diritti e regole in un universo chiuso”, svolta presso l'Università di Teramo il 26 ottobre 2012 nell'ambito del Convegno “Immigrazione e realtà carceraria. Prevenzione, diritti, rieducazione”. In ragione della destinazione del contributo alla sezione “Attualità” della *Rivista*, ho contenuto l'apparato delle note, limitando, per lo più, i riferimenti bibliografici ad opere i cui passi siano stati puntualmente citati nel testo.

¹ Si dovrebbe distinguere tra “clandestini” – coloro che entrano in Italia illegalmente, senza alcun permesso – e “irregolari” – coloro che pur entrati legalmente in Italia vi permangono nonostante la scadenza del permesso di soggiorno –.

² D. ROUSSET, *L'universo concentrazionario* (1965), tr. it. a cura di L. Lamberti, Milano 1997.

³ Prima denominati “Centri di permanenza temporanea ed assistenza”. L'attuale denominazione è stata introdotta con il d.l. n. 92 del 2008, che li qualifica come strutture destinate al trattenimento, convalidato dal giudice di pace, di stranieri extracomunitari irregolari destinati all'espulsione. Originariamente il termine massimo di permanenza era fissato a sei mesi, attualmente, come riportato di seguito nel testo, è stato prorogato a 18 mesi (d.l. n. 89 del 2011 conv. in legge n. 129 del 2011). Al momento i centri operativi sono 13.

fuori dalle “*garanzie proprie del diritto, del processo e dell’esecuzione penale*”, sono detenuti in via esclusiva stranieri⁴. Si parla di “detenzione amministrativa”, ma sarebbe più corretto parlare di “galera amministrativa”⁵, applicata allo straniero ove non sia possibile procedere all’espulsione, non solo, come già previsto dal d.lgs. 286 del 1998 (testo unico sull’immigrazione, d’ora in poi t.u. immigrazione), per necessità di soccorso, accertamenti di identità o nazionalità, acquisizione di documenti per il viaggio, verifica della disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo, ma anche per “situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento” (v. art. 3 del d.l. n. 89 del 2011, conv. in legge n. 129 del 2011, che ha modificato sul punto l’art. 14 t.u. immigrazione). Qualora l’accertamento dell’identità e della nazionalità ovvero l’acquisizione di documenti per il viaggio presenti gravi difficoltà, il giudice di pace, su richiesta del questore, può prorogare il termine di permanenza nel centro fino ad un massimo di 18 mesi⁶.

I diritti e le regole che faticano ad imporsi nel carcere sembrano stare fuori, rimanere sulla soglia della galera amministrativa⁷. Ma, per le ragioni che cercherò di esporre, faticano ad entrare anche nel carcere, specie quando i destinatari di quelle regole e i soggetti di quei diritti sono gli stranieri. Limiti e ostacoli ulteriori si pongono, infatti, rispetto al progetto di realizzazione di un trattamento rieducativo, di un percorso di reinserimento sociale, al punto che la stessa rieducazione, costituzionalmente definita come finalità della pena, appare per molti aspetti assumere, nelle scelte legislative e pure in alcune soluzioni giurisprudenziali, connotati esclusivamente nazionalistici.

Orienterò il mio lavoro soltanto verso questo limitato ambito, cercando di

⁴ Così G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 maggio 2012, 4. Analoghi rilievi già in L. MASERA, “*Terra bruciata*” attorno al clandestino, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino 2009, 80, e in E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 40 ss., il quale rileva che, “al riparo da occhi indiscreti – il Ministero dell’Interno vieta infatti ai giornalisti l’accesso ai centri nei CIE ... – si consumano violazioni di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: *in primis*, il diritto alla libertà personale, il diritto alla dignità della persona e il diritto di difesa”.

⁵ L’espressione è stata utilizzata dal senatore Carofiglio nel corso della discussione parlamentare tenuta in occasione dell’approvazione di uno dei provvedimenti del c.d. pacchetto sicurezza: v. resoconto stenografico della seduta n. 90 del 12 novembre 2008 del Senato della Repubblica.

⁶ Per una ricostruzione dell’evoluzione della disciplina riguardante gli stranieri extra-comunitari, comprensiva delle essenziali indicazioni giurisprudenziali, v. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III edizione, Torino 2011, 284 ss., il quale mette in evidenza come le ultime novità (specie quelle introdotte con il d.l. n. 89/2011) non abbiano attenuato i numerosi dubbi di costituzionalità che per molti aspetti la normativa in materia presenta. Più ampiamente, da ultimo, F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, Milano 2012, specie 183 ss.

⁷ Giuliano Amato ha definito i CIE come una “sorta di carcere per reietti nel quale non valgono le garanzie del carcere” (intervista a Giuliano Amato del 9 giugno 2012, in <http://inchieste.repubblica.it>).

illustrare i motivi per i quali i principi costituzionali stentano a trovare attuazione rispetto alla particolare posizione del detenuto straniero o meglio dell'immigrato recluso in carcere.

2. *I dati relativi ai detenuti stranieri e le cause dell'incremento della popolazione carceraria.* – Non si può che partire dai dati. Nel resoconto aggiornato dello stato del sistema penitenziario, messo a disposizione dal Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) il 19 settembre 2012, v'è un paragrafo dedicato ai detenuti stranieri, che costituiscono il 36% della popolazione detenuta e provengono da 149 Paesi diversi. Al 31 luglio 2012 su 66009 detenuti, 23773 erano stranieri; di questi 12855 condannati in via definitiva, 10427 non definitivi⁸. Quest'ultimo dato può essere ulteriormente scorporato: 5184 in attesa di primo giudizio, 2156 appellanti e 281 ricorrenti. A questi si aggiungano 176 internati. Gli ultimi dati DAP del 30 settembre 2012 confermano più o meno quelli appena riferiti, con un incremento di circa 100 detenuti stranieri. Tra gli europei prevalgono i rumeni (15,3%) e gli albanesi (11,9%); tra gli extracomunitari i marocchini (19,4%) e i tunisini (12,7%).

Nella relazione del DAP si rileva che i dati numerici di incremento della popolazione detenuta negli ultimi quindici anni, rapportati alla crescita degli stranieri detenuti, porta alla seguente conclusione: la crescita assoluta della popolazione detenuta corrisponde in larga parte (circa il 50%) all'incremento della presenza di stranieri nelle carceri.

Di estremo interesse è poi il dato relativo alla permanenza in carcere degli stranieri: a fronte di 15812 ingressi tra gennaio e agosto 2012, si rileva che ben 2944 persone hanno lasciato il carcere entro 3 giorni, evidentemente all'esito di giudizio direttissimo⁹.

La situazione è (o meglio resta) allarmante. Provo a raffrontarla con la situazione pre-indulto, riferendomi ai dati DAP del 30 giugno 2006. Allora su 61264 detenuti, 20221 erano stranieri, di cui 8066 europei (con netta prevalenza di albanesi e rumeni: complessivamente 4969) e 9748 africani (con prevalenza di marocchini: 4311). Raffrontando i dati con quelli odierni si può rilevare che a un incremento della popolazione detenuta, di circa 5000 unità, ha corrisposto un incremento dei detenuti stranieri per oltre 2500 unità. La percentuale dei detenuti stranieri è pertanto cresciuta, dal 33% circa all'attuale 36%. Peraltro, nel periodo immediatamente successivo all'indulto (legge 31 luglio 2006, n. 241), a fronte di una drastica riduzione della popolazione detenuta (scesa a 38847) ha corrisposto una significativa riduzione del numero dei detenuti stranieri

⁸ La relazione può essere consultata in www.amnistiasubito.it

⁹ Si veda la pagina 5 del documento richiamato nella precedente nota.

(12280), con un sostanziale mantenimento del rapporto percentuale (dal 33% al 31% circa).

Come leggere questi dati? Per dare una risposta bisognerebbe declinarli ancora, prestando attenzione a quali reati determinano maggiore carcerizzazione. Qui non è possibile rinvenire dati specifici, riferiti esclusivamente agli stranieri, ma i dati generali, rapportati alla popolazione detenuta nel suo complesso, permettono di avanzare qualche proposta di lettura.

Se si guarda, complessivamente, a chi sta in carcere e per quali reati è facile concludere che ad essere colpite sono le categorie più vulnerabili dal punto di vista sia economico che sociale¹⁰. Non solo, è facile cogliere una connessione tra alcune scelte di politica penale e l'attuale situazione di sovraffollamento. Non a caso le leggi Bossi-Fini sull'immigrazione (n. 189 del 2002), ex Cirielli sulla recidiva (legge n. 151 del 2005) e Fini-Giovanardi sulle droghe (legge n. 49 del 2006) sono state definite leggi "riempi carceri"¹¹. Sono leggi che hanno inciso, rispettivamente, sull'incremento degli immigrati in carcere, sulla permanenza in carcere dei recidivi in quanto esclusi dai benefici penitenziari, sulla massiccia presenza in carcere dei tossicodipendenti.

Siamo di fronte a quella che ormai può essere definita una "detenzione sociale". Come ha detto Margara, "le politiche securitarie, essendo dissociate da interventi di carattere sociale, aumentano, con il concorso delle politiche economiche liberiste, le aree della precarietà sociale e, quindi, allargano il bersaglio di tali politiche e, per tale via, del precariato e della povertà sociali"¹². Tutto, purtroppo, si lega in una prospettiva che in nome del presunto diritto alla sicurezza pregiudica l'idea stessa della sicurezza dei diritti, della loro promozione per il tramite di interventi volti a rimuovere le disegualianze di fatto¹³.

Sono valutazioni che ricorrono nella maggior parte degli studi recenti¹⁴, trovando anche eco in documenti ufficiali, quale il "Rapporto sullo stato dei diritti

¹⁰ Si rinvia, per approfondimenti, a M. RUOTOLO, *Carcere e inclusione sociale*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Firenze 2012, 125 ss.

¹¹ V., in particolare, A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Questione giustiziosa* 2009, 102.

¹² A. MARGARA, *Sorvegliare e punire*, cit., 106.

¹³ Sul rapporto "diritto alla sicurezza" – "sicurezza dei diritti", v. le illuminanti pagine di A. BARRATA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA, *La bilancia e la misura*, Milano 2001; più di recente e nella scia di quell'insegnamento, M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli 2012, 15 ss.

¹⁴ Tra gli altri, oltre al richiamato contributo di Margara: L. PEPINO, *Dalla guerra alla povertà alla guerra ai poveri*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA, L. PEPINO (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna 2010, 511 ss.; M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli 2011, specie 125 ss.; ID., *Carcere e inclusione sociale*, cit., specie 131 ss.; A. PUGIOTTO, *Aprire le celle alla Costituzione*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma 2012, 232 ss. Con specifico riferimento alla necessità di abrogare la legge c.d. Fini-Giovanardi per ridurre il flusso in entrata nelle carceri v., nel volume da ultimo citato, il contributo di F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, *Quando il delitto è la pena*, 25 s.

umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia”, presentato nel marzo 2012. Documento, quest’ultimo, elaborato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato della Repubblica¹⁵.

3. *Cosa (non) si è fatto per contenere l’incremento della popolazione detenuta straniera.* – Torniamo allo specifico tema dei detenuti stranieri. Qual è stata la risposta politica ai rilievi sopra proposti, formulati da molti nelle sedi più diverse? Salvo qualche isolata proposta di intervento su quelle che possono ben qualificarsi come le prevalenti cause del sovraffollamento¹⁶, si è mosso molto poco.

Come rileva il DAP, non ha prodotto sostanziali effetti deflattivi la previsione che consente al giudice di applicare la sanzione sostitutiva dell’espulsione quando la pena detentiva non supera i due anni e non può essere sospesa (art. 16, comma 1, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 15 della legge n. 189 del 2002¹⁷). Né ha prodotto significative conseguenze la previsione dell’espulsione amministrativa, dell’allontanamento degli stranieri liberi ma sottoposti a procedimento penale (art. 13, comma 3, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 12, lett. a, della legge n. 189 del 2002¹⁸). Analoghe considerazioni sono espresse con riguardo alla previsione contenuta nell’art. 13, comma 3-bis, t.u. immigrazione (inserito dall’art. 12, lettera b, della legge n. 189 del 2002), in base alla quale il giudice deve obbligatoriamente pronunciarsi sulla possibilità di

¹⁵ Il “Rapporto” può essere consultato in www.cestim.it. Per quanto riguarda la situazione dei CIE v. la parte terza del “Rapporto”, in particolare pp. 78 ss.

¹⁶ Da segnalare la proposta di legge presentata dall’on. Cavallaro, che, con riferimento al reato di detenzione illecita di stupefacenti, prevede pene più basse delle attuali per i fatti di lieve entità, evitando di fatto l’incarcerazione in simili ipotesi e favorendo l’affidamento terapeutico dei tossicodipendenti (AC n. 4871).

¹⁷ Si riporta di seguito il contenuto dell’art. 16, comma 1, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 15 della legge n. 189 del 2002: “Art. 16. - (*Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*) – 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”.

¹⁸ Si riporta di seguito il contenuto dell’art. 13, comma 3, primo e secondo periodo, t.u. immigrazione, come sostituito dall’art. 12 comma 1, lett. a, della legge n. 189 del 2002: “Art. 13 - (*Espulsione amministrativa*) – 3. L’espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell’interessato. Quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l’espulsione, richiede il nulla osta all’autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all’accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all’interesse della persona offesa”.

procedere all'espulsione amministrativa già in sede di convalida dell'arresto o del fermo e deve concedere il nulla osta se non sussistano inderogabili esigenze attinenti alle indagini ove non applichi la custodia in carcere¹⁹. In altre parole è possibile espellere mediante provvedimento amministrativo un soggetto sottoposto a procedimento penale previo nulla osta del giudice. Per il DAP, secondo lo studio del 19 settembre 2012, queste misure non hanno influito sulla popolazione carceraria, leggendosi nel documento ministeriale che sono “numerosi i detenuti stranieri non espulsi che dopo essere stati identificati fanno ingresso in carcere per scontare la pena”²⁰.

Un maggiore effetto si aspettava dal d.l. n. 89 del 2011, convertito nella legge n. 129 del 2011, che ha previsto la sanzione della multa in luogo del carcere per l'ipotesi di inottemperanza dello straniero extracomunitario all'ordine di espulsione. Quella scelta – lo si deve rimarcare – non è stata il frutto o il segno di un mutamento delle politiche securitarie, bensì il seguito scontato di una sentenza della Corte di Giustizia del 2011²¹, che ha sancito il contrasto dell'art. 14, comma 5-ter, t.u. immigrazione con la direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/Ce, avente contenuto dettagliato, non recepita alla scadenza del relativo termine). Il nostro legislatore si è dovuto uniformare, modificando nel senso sopra detto l'art. 14, commi 5-ter e 5-quater, t.u. immigrazione, mentre i giudici stavano già procedendo alla disapplicazione della norma del testo unico immigrazione contrastante con il diritto comunitario²².

I numeri comprovano quanto appena detto sia in termini percentuali che in termini assoluti. Prima dell'indulto – ripeto – i detenuti stranieri erano 20221, pari al 33% della popolazione detenuta; al 30 settembre 2012 sono 23838, pari a circa il 36% della popolazione detenuta.

4. *Alcune indicazioni giurisprudenziali. Le ripetute dichiarazioni di incostituzionalità di norme contenute nei pacchetti sicurezza.* – Dunque, con specifico ma non esclusivo riferimento ai detenuti stranieri, può ben dirsi che a un periodo di attivismo del legislatore, che ha prodotto le leggi “carcerogene”, ha fatto seguito un periodo di latitanza dello stesso, ancorché la necessità di un intervento sulle leggi “riempi carceri” sia stata da più parti evocata.

¹⁹ Si riporta di seguito il contenuto dell'art. 13, comma 3-bis, t.u. immigrazione: “Art. 13 - (*Espulsione amministrativa*) – 3-bis. Nel caso di arresto in flagranza o di fermo, il giudice rilascia il nulla osta all'atto della convalida, salvo che applichi la misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'articolo 391, comma 5, del codice di procedura penale, o che ricorra una delle ragioni per le quali il nulla osta può essere negato ai sensi del comma 3”.

²⁰ Le considerazioni riportate nel testo si trovano a pagina 5 della già citata relazione del Capo del DAP del 19 settembre 2012.

²¹ Sentenza 28 aprile 2011, *El Dridi*.

²² Così G.L. GATTA, *Immigrati, carcere e diritto penale*, cit., 7.

Altrettanto non può dirsi sul piano giurisprudenziale, nel quale si registrano i più significativi interventi nei termini di un contenimento degli effetti di politiche securitarie assai discutibili.

Si pensi agli interventi della Corte costituzionale sull'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., per come riformato dai c.d. pacchetti sicurezza, che si sono tradotti in declaratorie parziali di illegittimità costituzionale, riferite di volta in volta alla fattispecie di reato che veniva in rilievo (omicidio, violenza sessuale, spaccio di stupefacenti, ecc.), volte a sostituire la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i soggetti gravemente indiziati dei delitti ivi previsti con la presunzione relativa, che impone al giudice di apprezzare la sussistenza di elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure²³.

Si pensi anche all'intervento, ancor più recente, della Corte costituzionale sull'automatismo della previsione del divieto di concessione della sanatoria (in termini tecnici impedimento all'ammissione della c.d. procedura di emersione) rispetto a lavoratori extracomunitari che siano stati condannati per i reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. (delitti per i quali è previsto, rispettivamente, l'arresto obbligatorio e l'arresto facoltativo in flagranza). La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina censurata (art. 1-ter, comma 13, lett. c, del d.l. n. 78 del 2009, convertito nella legge n. 102 del 2009), nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 del codice di procedura penale, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (sent. n. 172 del 2012). La dichiarazione c.d. di emersione non può, insomma, essere respinta senza che vi sia una concreta valutazione della pericolosità sociale del soggetto.

Per far capire gli effetti aberranti della previsione normativa poi dichiarata incostituzionale, richiamo rapidamente la vicenda oggetto del giudizio principale. Un lavoratore, cittadino del Senegal, aveva vista respinta la sua dichiara-

²³ Sino ad oggi la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle c.d. presunzioni assolute previste dall'art. 275, comma 3, c.p.p., con riferimento ai seguenti delitti: induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis, primo comma, c.p.), violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), atti sessuali con minorenni (art. 609-quater c.p.) (sent. n. 265 del 2010); omicidio volontario (sent. n. 164 del 2011); associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (sent. n. 231 del 2011) e alla commissione dei reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. (sent. n. 110 del 2012). Si aggiunga anche la dichiarazione di incostituzionalità della presunzione assoluta per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (sent. n. 331 del 2011), ancorché questa riguardi specificamente non l'art. 275, comma 3, c.p.p., ma l'art. 12, comma 4-bis, del t.u. immigrazione, aggiunto dall'art. 1, comma 26, lettera f), della legge n. 94 del 2009.

zione c.d. di emersione dal competente Sportello Unico per l'immigrazione di Ancona, il quale aveva recepito il parere negativo espresso dalla locale Questura, in quanto egli era stato condannato, con sentenza definitiva alla pena di mesi 8 e giorni 20 di reclusione ed € 2.200 di multa per il reato previsto e punito dall'articolo 171-ter, comma 2, della legge 22 aprile 1941, n. 633 (Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio), per avere commercializzato 52 CD e 24 DVD privi del marchio SIAE, nonché prodotti con marchi contraffatti. È ragionevole che tale circostanza osti alla regolarizzazione del lavoratore extracomunitario?

Evidentemente no, come d'altra parte era agevole desumere dalla precedente giurisprudenza costituzionale, puntualmente richiamata nella sent. n. 172 del 2012. La Corte afferma, infatti, che "il legislatore può ... subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti dalla disciplina dell'immigrazione, ma la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario (sentenze n. 245 del 2011, n. 299 e n. 249 del 2010), perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere 'considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi' (sentenza n. 245 del 2011). Inoltre, questa Corte ha anche affermato il principio – qui richiamabile, benché sia stato enunciato in riferimento ad una differente materia – in virtù del quale 'le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*', sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta 'tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa' (sentenze n. 231 e n. 164 del 2011; n. 265 e n. 139 del 2010)".

La *ratio decidendi* – per espressa ammissione della Corte – è assimilabile a quella che ha sostenuto le declaratorie di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. In effetti, il criterio guida sembra essere lo stesso, identificabile nella "presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali" e nella conseguente esigenza di una lettura restrittiva dei limiti posti ai diritti fondamentali, ricavate da autorevole dottrina sulla base della lettura dei principi fondamentali della nostra Carta costituzionale²⁴.

Sembra quasi potersi formulare una presunzione di irragionevolezza degli

²⁴ L'espressione è, come noto, di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41.

automatismi legislativi ove questi limitino un diritto fondamentale della persona, superabile soltanto se dati di esperienza generalizzati lo consentano²⁵.

Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina dell'immigrazione, sono proprio gli "automatismi legislativi" a suscitare le maggiori perplessità²⁶, proprio perché concepiti in direzione della più ampia limitazione dei diritti fondamentali, espressione di politiche che, almeno dalla legge c.d. Bossi-Fini fino ai più recenti pacchetti-sicurezza, sembrano ispirate dal motto "purché se ne vadano"²⁷ (cui si accompagna l'obiettivo "affinché non arrivino").

La Corte costituzionale ha avuto modo di censurare le declinazioni di quel motto, specialmente con le pronunce riguardanti l'aggravante di clandestinità (sent. n. 249 del 2010) e lo stesso reato di clandestinità (sent. n. 250 del 2010). La prima, dichiarata incostituzionale per violazione degli artt. 3 e 25, comma 2, Cost., non potendo a parità di offesa ritenersi ragionevole l'incremento di pena (fino a un terzo in più) solo in ragione dello *status* di "irregolare" dell'agente; il secondo "salvato" ma solo in quanto si è ritenuta possibile l'applicazione della norma sulla improcedibilità per particolare tenuità del fatto (di cui all'art. 34 d.gs. n. 274 del 2000) conseguente all'attribuzione della competenza sul reato al giudice di pace, per cui sono sottratte a pena le irregolarità di più ridotto significato, tra le quali rientra l'ipotesi dello straniero che si trattenga in Italia oltre il termine del visto di ingresso per ragioni puramente contingenti (quali l'aver perso l'aereo o il non aver ricevuto tempestivamente dai parenti all'estero il denaro per l'acquisto del biglietto di viaggio).

Mi pare si possa dire, più in generale, che dalla giurisprudenza costituzionale emergano indicazioni significative circa la necessità di uno stretto scrutinio di costituzionalità rispetto a interventi che siano esclusivamente mossi da ragioni securitarie, animati da una concezione asfittica di sicurezza, riguardata in ter-

²⁵ Con questo argomento è stata giustificata, ad esempio, l'applicazione della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere con riferimento ai delitti di mafia. In tali casi la carcerazione preventiva non è più soluzione estrema, da praticare soltanto quanto le "altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti", ritenendosi ragionevole, o comunque giustificabile, il disposto automatismo, in quanto "misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione" (Corte cost., ord. nn. 450 del 1995, 40 del 2002, 130 del 2003).

²⁶ G. ZAGREBELSK, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 212, sono giustamente stupiti del fatto che, nonostante i numerosi casi di "automatismi legislativi" censurati dalla Corte costituzionale, manchi una considerazione d'insieme sul tema da parte della dottrina. Pregnante per il nostro argomento è il rilievo degli Autori per cui l'automatismo, escludendo la discrezionalità del giudice, impedisce a questi "di mettere fuori gioco una regola, tutta quanta – una regola che pur vale nella generalità dei casi prefigurati dal legislatore –, quando esistono esigenze particolari di equità che richiedono di metterla da parte".

²⁷ Riprendo qui il titolo del bel lavoro di A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Annuario 2009, Atti del XXIV Convegno annuale, svoltosi a Cagliari nei giorni 16 e 17 ottobre 2009, Napoli 2010, 333 ss.

mini di mera conservazione dello *status quo ante* e dunque volta all'emarginazione del diverso.

5. *Sovraffollamento e trattamento dei detenuti stranieri. Quale destino per il principio della rieducazione?* – Prima di chiudere vorrei ancora soffermarmi sulle implicazioni della drammatica situazione di sovraffollamento con riguardo alla specifica posizione dei detenuti stranieri.

In prospettiva generale è fin troppo ovvia la notazione per cui il sovraffollamento mette in discussione non solo la tutela effettiva ma anche, alla radice, la stessa possibilità di esercizio di diritti pur in astratto riconosciuti ai detenuti dalla normativa penitenziaria, contribuendo a determinare quel notevole divario “tra la legge scritta e le sue possibilità di concreta attuazione sul terreno delle strutture, dell’organizzazione, del personale” rilevato dalla migliore dottrina²⁸.

Ad essere revocata in dubbio è, anzitutto, la concreta efficacia (se non la stessa possibilità di progettazione) del trattamento penitenziario: le opportunità trattamentali si riducono drasticamente (e di solito non vengono colte dai detenuti stranieri), con inevitabili ripercussioni sul processo di risocializzazione, stante anche l’incidenza della valutazione della positiva partecipazione alle attività di cui il trattamento si compone ai fini della concessione di una serie di provvedimenti “di avvicinamento” alla condizione di completa libertà (permessi premio, licenze, ecc.). Ad essere messo in discussione non è solo l’adempimento del dovere costituzionale di “rieducare” (“le pene *devono* tendere alla rieducazione del condannato” *ex art. 27, comma 3, Cost.*), ma la stessa possibilità di esprimere la propria personalità che non può essere negata al detenuto in quanto tale. Ancora una volta lo ha ricordato la Corte costituzionale: “chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale” (sent. n. 349 del 1993).

La situazione appare, se possibile, ancor più grave per i detenuti stranieri, ancorché la normativa penitenziaria si preoccupi, in astratto, dei loro bisogni, peraltro assai diversificati. Basti pensare alla previsione contenuta nell’art. 35 del regolamento penitenziario (d.P.R. n. 230 del 2000), circa la necessita di una specifica considerazione delle “difficoltà linguistiche” e delle “differenze culturali”,

²⁸ V. GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario dopo la riforma*, Padova 1988, 4. La tendenza alla “rinneazione” pratica dei principi della normativa penitenziaria era stata messa in evidenza anche da Franco Bricola, il quale riteneva che il settore penitenziario fosse uno di quelli “più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l’illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme”: F. BRICOLA, *Introduzione a Il carcere “riformato”*, a cura di F. BRICOLA, Bologna 1977, 9, ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano 1997, 1227.

nonché riguardo alla esigenza di favorire, tra l'altro, l'“intervento di operatori di mediazione culturale”.

Ma, di là dagli enunciati normativi, possiamo dire che i detenuti stranieri, specie quelli “irregolari”, abbiano effettivamente gli stessi diritti dei detenuti italiani? Possiamo dire, in particolare, che sia loro riconosciuto quel diritto alla rieducazione cui corrisponde “un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria”, da anni affermato come tale, senza distinzioni di sorta, dalla Corte di Cassazione²⁹?

Il legislatore ordinario ha cercato di solcare le differenze, dando risposte negative alle due domande sopra poste, laddove, ad esempio, ha di fatto negato che potessero applicarsi misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero “irregolare”, privo di legittimo titolo di permanenza in Italia (il caso era quello dello straniero clandestino che non fosse stato espulso perché non identificato o perché, a vario titolo, non si trovava in una delle condizioni richieste dall'art. 16 del testo unico immigrazione). L'espulsione era divenuta di fatto l'unica possibile misura alternativa – ammesso che tale qualificazione sia nella specie corretta – applicabile allo straniero extracomunitario che si trovasse in Italia in condizioni di clandestinità. Questo atteggiamento, presente nella legge c.d. Bossi-Fini, ha in una prima fase trovato sostegno nella giurisprudenza di legittimità³⁰, per poi essere finalmente superato da una condivisibile pronuncia del 2006 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³¹, che ha 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”. La soluzione giurisprudenziale è il frutto di una lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario condotta alla luce dei principi costituzionali della pari dignità e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, Cost.), che induce a negare l'esistenza di una “presunzione assoluta di inidoneità” delle misure alternative nei confronti di un'intera categoria di persone: gli stranieri extracomunitari presenti illegalmente in Italia. Come sottolineato dalla Cassazione, “tenuto conto dell'effettiva e ampia portata pre-cettiva della funzione rieducativa della pena, la concedibilità, o non, delle misure alternative alla detenzione in carcere non può essere formulata alla stregua di astratte premesse, bensì postula la valutazione, in concreto, delle specifiche

²⁹ Cfr. Cass. pen, Sez. I: sent. 1° luglio 1981; sent. 24 marzo 1982 (in *Rass. pen. crim.* 1983, 872); sent. 29 marzo 1985, (in *Cass. Pen.* 1986, 1178 ss.).

³⁰ Cfr., in particolare, Cass. pen., Sez. I, sent. 17 luglio 2003, Calderon, in *Diritto penale e processo* 2003, 1246.

³¹ Sent. 28 marzo 2006, Alloussi, in *Guida dir.*, fasc. 22, 2006, 50 ss.

condizioni che connotano la posizione individuale dei singoli condannati e delle diverse opportunità offerte da ciascuna misura secondo il criterio della progressività trattamentale”.

Il ragionamento non può che essere condiviso, in quanto la funzione rieducativa e risocializzatrice è, in base alla Costituzione, propria della pena. Una differenziazione, sul punto, basata esclusivamente sulla nazionalità si porrebbe in insanabile contrasto non solo con l'art. 27, ma anche con i principi di eguaglianza e pari dignità sociale di cui agli artt. 2 e 3 Cost. La “risocializzazione” non può, per usare le parole delle Sezioni unite della Cassazione, assumere “connotati nazionalistici”, come invece vorrebbe il legislatore ordinario³². In questo senso si è poi espressa anche la Corte costituzionale (sent. n. 78 del 2007), dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge n. 354 del 1975 (Ordinamento penitenziario), “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”. Ciò proprio in quanto un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati contrasterebbe 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”.

La Corte costituzionale ha dovuto dunque ricorrere ad una sentenza interpretativa di accoglimento, per evitare il consolidamento di una lettura “restrittiva” delle disposizioni in tema di misure alternative, che si andava facendo strada proprio per effetto delle leggi in tema di immigrazione. Lettura che finiva per tradursi in una non applicazione dell'art. 27 Cost. nei confronti degli immigrati irregolari. Il tentativo legislativo può dirsi dunque fallito, anche se residua nel nostro sistema l'istituto dell'espulsione a titolo di “sanzione alternativa” alla pena, disciplinato dall'art. 16, comma 5, t.u. immigrazione (come sostituito dalla legge n. 189 del 2002), ai sensi del quale il giudice dispone la misura dell'espulsione nei confronti dello straniero condannato a scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni³³. Tale istituto potrebbe leggersi come

³² Per un'analisi più approfondita del problema si rinvia a M. RUOTOLO, *Può la rieducazione assumere connotati “nazionalistici”? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno*, in www.costituzionalismo.it, 13 novembre 2006. L'articolo è ora pubblicato in F. BILANCIA (a cura di), *Costituzionalismo.it. Archivio 2006-2008*, Napoli 2011, 765 ss.

³³ Si riporta di seguito il contenuto dell'art. 16, comma 1, t.u. immigrazione, come sostituito dall'art. 15 della legge n. 189 del 2002: “Art. 16. - (*Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*) - 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

ancora ispirato al principio per cui le pene nei confronti dei clandestini *non* devono tendere alla loro rieducazione. Perché rieducare, se poi, al termine dell'esecuzione della pena detentiva, lo straniero dovrà essere espulso? Per evitare la dichiarazione di incostituzionalità, la Corte costituzionale ha qualificato la misura in parola come "amministrativa", in quanto tale sottratta ai principi costituzionali che riguardano la pena (ord. n. 226 del 2004), ribadendo il ragionamento già proposto con riguardo all'espulsione a titolo di "sanzione sostitutiva" disciplinata dal comma 1 dello stesso art. 16 t.u. immigrazione (ord. n. 369 del 1999)³⁴. Ad escludere la natura di "sanzione penale" concorrerebbe il fatto che la misura è eseguita dal questore e non dal pubblico ministero e che la sua irrogazione è subordinata alla ricorrenza di una delle condizioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 13 t.u. immigrazione. Non si tratterebbe altro – secondo la Corte – che di una anticipazione di "un provvedimento di cui già sussistono le condizioni", ancorché la misura si sostituisca di fatto alla pena detentiva, all'esito di sentenza di condanna. Più realisticamente, a me sembra, invece, una misura "alternativa alla detenzione"³⁵, avente come specifica finalità quella di evitare l'incremento dell'affollamento carcerario, basata probabilmente sull'implicita considerazione per cui, nelle condizioni date, la rieducazione non è obiettivo effettivamente perseguibile negli istituti penitenziari italiani³⁶.

6. *L'ottimismo della volontà, il pessimismo della ragione.* – Da quest'analisi, per quanto sommaria, credo emerga chiaramente un punto: intervenire sulla legislazione relativa all'immigrazione è esigenza non più procrastinabile. Come anche cambiare, più in generale, la rotta delle politiche securitarie e delle politiche sociali. Basta guardare – lo ripeto – a chi sta in carcere e per quali reati per

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".

³⁴ Il contenuto dell'art. 16, comma 1, t.u. immigrazione è riprodotto alla nota 17.

³⁵ La Cassazione (sez. I, sent. 12 dicembre 2003, n. 518, Reda) aveva qualificato tale misura come "alternativa alla detenzione", avente l'esclusivo "scopo di ridurre la popolazione carceraria" (lo stesso legislatore, d'altra parte, la definisce come "sanzione alternativa alla detenzione").

³⁶ Il discorso da ultimo introdotto meriterebbe di essere approfondito e generalizzato. Vero è, infatti, che il sovraffollamento non può costituire un alibi per comportamenti *contra legem*, ma altrettanto vero è che l'amministrazione non è spesso messa nelle condizioni idonee per poter attuare pienamente la legge, per poter assicurare la legalità in carcere. In molte situazioni l'impegno dell'amministrazione sembra oggi rivolto, quasi inevitabilmente, al contenimento della illegalità più che alla realizzazione della legalità. Con conseguenze evidenti anche sul piano dei principi costituzionali, ove l'imperativo dell'art. 27 Cost. sembra ridotto a esortativo: l'impegno per la rieducazione non più come dovere dell'azione dell'amministrazione, ma come invito ad adottare pratiche che, nei limiti del possibile, possano favorire il reinserimento sociale. I verbi cambiano significativamente: l'adozione di misure per consentire il reinserimento sociale finisce per essere meramente *favorita* anziché essere *assicurata*.

avere la conferma di quanto da tempo si va dicendo: a “meno Stato sociale”, a minor interventismo economico corrisponde “più Stato poliziesco e penale”³⁷.

È vero – come altri hanno detto nell’auspicare un diverso quadro normativo in materia di immigrazione – che qui “l’ottimismo della volontà si scontra con il pessimismo della ragione”³⁸. Ma non è dubbio che l’ottimismo della volontà abbia solide ragioni nei principi costituzionali. Come si fa a parlare di regole e diritti se al detenuto straniero è sostanzialmente (e in alcuni casi anche formalmente) impedito l’accesso al trattamento rieducativo? Come si fa a parlare di regole e diritti se i meccanismi di rimpatrio non sono assistiti da una piena giurisdizionalizzazione, se, addirittura, il provvedimento di allontanamento può essere disposto da autorità diversa da quella giudiziaria? Mettendo in dubbio, come nei fatti accade, l’applicabilità stessa allo straniero di previsioni costituzionali fondamentali quali quelle dell’art. 13, dell’art. 24 o dell’art. 27 Cost., si finisce per mettere in dubbio la natura propria dei diritti inviolabili, al cui riconoscimento e alla cui garanzia la Repubblica è tenuta sin dalla solenne affermazione contenuta nell’art. 2 Cost.

La “sicurezza” – tradotta nei termini di una “paura” spesso peraltro indotta – non può essere ragione sufficiente per giustificare l’obliterazione dei diritti. Se pure la si volesse qualificare come diritto dell’individuo, perfino inviolabile (cosa che – sia detto incidentalmente – la Corte costituzionale sembra escludere in un passo dell’ord. n. 187 del 2001³⁹), si potrebbe al più ammettere che essa entri nel gioco del bilanciamento con gli altri diritti, giustificando limitazioni all’esercizio degli stessi, ma non oltre il punto di estrema tensione che ne produca il loro totale sacrificio, che ne pregiudichi la loro ineliminabile ragion d’essere⁴⁰. Se e nella misura in cui i diritti e le regole non riescono a penetrare nell’universo chiuso (sia esso il carcere o il CIE) quel punto di estrema tensione deve dirsi oltrepassato. E non dovrebbero essere le Corti, ma direttamente il legislatore a garantire che ciò non accada. Se infatti può dirsi in certa misura fisiologico che le Corti riparinò a bilanciamenti irragionevoli, ciò che appare francamente inaccettabile è che siano continuamente chiamate a riparare scelte legislative che non sono il frutto di bilanciamenti tra diritti contrapposti, ma

³⁷ Cfr. E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, II ed., Torino 2004, 117.

³⁸ A. PUGIOTTO, “Purché se ne vadano”, cit., 392.

³⁹ La Corte ha affermato che l’aspettativa “a vedere protetta la propria sicurezza dalla commissione di fatti puniti come reato” non costituisce, ex art. 2 Cost., un diritto inviolabile (l’affermazione è resa con specifico riferimento alla riconosciuta discrezionalità del legislatore nella disciplina delle misure cautelari).

⁴⁰ La logica del bilanciamento è così descritta da R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 81, e da F. MODUGNO, I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale, Torino 1995, 101. Per la sua applicazione in ambito penitenziario, con specifico riferimento ai diritti dei detenuti, si rinvia a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, nonché, ora, a ID., *Dignità e carcere*, cit., *passim*.

dell'affermazione autoritaria di un interesse implicante il totale sacrificio dei diritti. Non è un caso che si lamenti – nonostante gli inviti provenienti dalla Corte costituzionale (in particolare: sent. n. 26 del 1999) – la inidonea tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, che, con riferimento agli stranieri, si traduce, in alcune circostanze, in vera e propria assenza di tutela. Non è un caso perché l'inadeguata o inesistente garanzia del diritto è conseguenza del suo non pieno o inesistente riconoscimento, magari giustificato, più o meno consapevolmente, dal fatto che esso sarebbe destinato ad essere esercitato in un universo non solo chiuso, ma evidentemente separato dall'ordinamento generale. Forse, allora, perché i diritti e le regole penetrino effettivamente in quell'universo sarebbe necessaria la sua apertura, il definitivo superamento dell'idea, del pregiudizio, per cui possano esistere ordinamenti separati da quello generale, al cui interno possano instaurarsi rapporti di supremazia speciale, che vedano una delle parti – evidentemente il recluso – completamente in balia dell'istituzione⁴¹. È un problema evidente per i detenuti stranieri, ma è un problema presente anche per quelli italiani. Ed è un problema al quale non già le Corti ma solo la politica può dare piena e soddisfacente risposta, partendo, secondo il mio auspicio, dall'adozione di immediati provvedimenti clemenziali. Ci sono le condizioni perché si realizzi la svolta auspicata? Siamo di nuovo al pessimismo della ragione e all'ottimismo della volontà.

⁴¹ Più ampie considerazioni sul punto in M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 11 ss.

