

IMMIGRATI, CARCERE E DIRITTO PENALE

Testo della lezione svolta il 10 maggio 2012 presso il carcere di Bollate (seconda casa di reclusione di Milano), alla presenza congiunta di un gruppo di detenuti e di studenti della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano

di Gian Luigi Gatta

SOMMARIO: 1. Gli stranieri come 'clienti privilegiati' delle carceri italiane: i numeri. – 2. I possibili fattori che fanno dello straniero il 'cliente privilegiato' del carcere. – 3. Un carcere *ad hoc* per gli stranieri: il C.I.E. quale 'galera amministrativa' non assistita dalle garanzie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale. – 4. Una sanzione penale *ad hoc* per gli stranieri: l'espulsione dal territorio dello Stato. – 5. Le recenti scelte politico-criminali in materia di contrasto alla criminalità degli immigrati e all'immigrazione 'clandestina'. – 6. Una parziale decarcerizzazione, a favore degli extracomunitari, per effetto del diritto dell'Unione europea. – 7. Un obiettivo per l'agenda politica: rimuovere la sproporzione tra detenuti stranieri e italiani.

1. Gli stranieri come 'clienti privilegiati' delle carceri italiane: i numeri

Gli stranieri – gli extracomunitari in particolare – sono notoriamente i 'clienti privilegiati' del carcere¹.

Le [statistiche ufficiali](#), aggiornate al 30 aprile 2012, ci dicono che gli stranieri presenti nelle carceri italiane sono 23.985, su un totale di 66.310 detenuti. Ciò significa che gli stranieri rappresentano il 36% dei detenuti e che, pertanto, *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% - 3.664). Il restante 80% del totale dei detenuti stranieri è costituito da cittadini *extracomunitari*, 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%. La 'quota rosa' è pertanto rappresentata dal 5% (1.132 sono oggi le detenute straniere), ed è di poco superiore alla percentuale (4,2%) di donne (italiane + straniere) sul totale dei detenuti (italiani + stranieri). Peraltro, il rapporto stranieri-italiani, tra le detenute di sesso

¹ L'efficace espressione è di Emilio Dolcini. Cfr. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in Dolcini, Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, p. 1097.

femminile presenti nelle nostre carceri, evidenzia una percentuale ancora maggiore di stranieri (il 40,5% delle detenute) rispetto al dato complessivo (36%) di cui si è detto.

Quanto poi alla Lombardia, su un totale di 9.444 detenuti nelle carceri della nostra Regione, 4.234 sono stranieri (il 45%; quasi uno ogni due).

Relativamente alla *posizione giuridica*, 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 + 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 crescita². Basti solo pensare che undici anni fa, nel 2001, la percentuale di stranieri sul totale dei detenuti era del 29%: 7 punti percentuali inferiore ad oggi. Lo straniero è dunque sempre più 'cliente privilegiato' del carcere, e lo è ancor più se si pensa che 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).

2. I possibili fattori che fanno dello straniero il 'cliente privilegiato' del carcere

I fattori che contribuiscono a determinare lo squilibrio tra le quote di stranieri e di italiani all'interno della popolazione penitenziaria sono plurimi. Indagarli spetta non solo agli studiosi delle scienze sociali (sociologi e criminologi), ma anche ai giuristi positivi (penalisti, processualpenalisti e studiosi del diritto penitenziario): alcuni di quei possibili fattori, infatti, vanno cercati nel diritto vigente (norme penali sostanziali, processuali e relative all'esecuzione penale), come anche nel 'diritto vivente', cioè nella prassi applicativa.

Il *fattore principale* sembra individuabile nel particolare grado di *coinvolgimento* degli stranieri nelle attività criminali oggetto del maggior numero di condanne definitive a pena detentiva: si tratta, notoriamente, di reati contro il patrimonio (furti e rapine) e di reati in materia di stupefacenti³. Un

² Cfr. DOLCINI, *op. loc. cit.*

³ *Ibidem.*

maggior coinvolgimento attribuibile alla *condizione di marginalità sociale* in cui si trova l'immigrato, per cause economiche e, appunto, sociali. Le difficoltà di integrazione – di regolarizzare il proprio *status* e di ottenere un lavoro e una casa – portano spesso lo straniero, talora assoldato da organizzazioni criminali, a vivere di espedienti e di crimine.

Vi sono poi *altri possibili fattori*: gli stranieri, che spesso non hanno una casa e una famiglia nel nostro Paese, che addirittura sono non di rado privi di un'identità certa e che, il più delle volte, sono assistiti da poco scrupolosi difensori d'ufficio, hanno una probabilità maggiore di essere fermati per accertamenti di pubblica sicurezza prima (per controlli di polizia) e condannati poi⁴; ed elevata è altresì la probabilità che nei confronti dello straniero (che non ha una casa, etc.) venga disposta la *custodia cautelare in carcere*, in luogo, ad esempio, degli arresti domiciliari.

Le porte del carcere si aprono poi 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* (artt. 163 s. c.p.). E sicuramente quel beneficio 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 quel misura di sicurezza.

D'altra parte, va altresì 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, a tale ultimo proposito, 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

⁴ Cfr. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008.

detenzione: ha detto la Corte, in quell'occasione, che "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" (enorme è il numero di badanti irregolari, ad esempio, in relazione alle quali non è formulabile un giudizio di pericolosità sociale). La condizione di straniero, in altri termini, non può e non deve comportare automaticamente un giudizio sfavorevole alla concessione di misure che consentono l'esecuzione della pena detentiva al di fuori del carcere. Lo impone il principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.), da una parte, e il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, co.3 Cost.), dall'altra parte.

3. Un carcere *ad hoc* per gli stranieri: il C.I.E. quale 'galera amministrativa' non assistita dalle garanzie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale

Non va dimenticato, d'altra parte, che gli stranieri – gli extracomunitari – non sono solo i 'clienti privilegiati' del carcere, ma sono anche i 'clienti esclusivi' dei C.I.E. – i Centri di Identificazione ed Espulsione di cui all'art. 14 t.u. imm., nei quali si esegue – *senza le garanzie proprie del diritto, del processo e dell'esecuzione penale* – una forma di *detenzione amministrativa*. Non si tratta di una pena né di una misura cautelare, ma di una misura formalmente estranea al diritto penale e, ripeto, alle sue garanzie. Vi è chi ha efficacemente e non a torto parlato di '*galera amministrativa*'⁵, 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.

4. Una sanzione penale *ad hoc* per gli stranieri: l'espulsione dal territorio dello Stato

Gli stranieri (extracomunitari e comunitari) sono inoltre destinatari di una sanzione penale ad essi riservata: l'espulsione dal territorio dello Stato

⁵ Il riferimento è al Sen. Carofiglio.

(‘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 t.u. imm. (per i soli extracomunitari), in caso di condanna per un delitto per il quale sia previsto l’arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza di reato. Sempreché, si intende, lo straniero sia ritenuto *in concreto* socialmente pericoloso.

L’espulsione, per regola generale, deve essere eseguita *dopo* la pena detentiva. Viene da chiedersi se l’esecuzione di quella pena sia compatibile con il finalismo rieducativo della pena o, piuttosto, rispecchi solo o per lo più istanze retributive: che senso ha rieducare, cioè reinserire nel tessuto sociale, una persona che si espelle dallo Stato? Il senso, mi pare, è quello della retribuzione, non della rieducazione.

L’espulsione è d’altra parte prevista, sempre nel sistema penale, quale misura alternativa alla detenzione (art. 16, co. 5 t.u. imm) per l’extracomunitario irregolare che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, nonché come pena sostitutiva (art. 16, co. 1 t.u. imm.), sempre per l’extracomunitario irregolare, 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: art. 10 *bis* t.u. imm.; inottemperanza dell’ordine di allontanamento del questore: art. 14, co. 5 *ter* e *quater*).

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.

5. Le recenti scelte politico-criminali in materia di contrasto alla criminalità degli immigrati e all’immigrazione clandestina

Nonostante sia noto il fosco quadro qui tratteggiato, circa i rapporti tra immigrazione, pena e diritto penale, le scelte politico-criminali in materia di immigrazione, nell’attuale legislatura – e in particolare durante il Governo Berlusconi – 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*.

Mi riferisco a due riforme, introdotte con i ‘Pacchetti sicurezza’ del 2008 e del 2009: l’introduzione di un’aggravante comune per il reato – qualunque reato – commesso dagli stranieri irregolari (art. 61 n. 11 *bis* c.p.) e l’introduzione,

nell'art. 10 *bis* t.u. imm., del c.d. reato di clandestinità, attribuito alla competenza del giudice di pace e punito con una pena pecuniaria, sproporzionata rispetto alle normali disponibilità economiche degli stranieri 'irregolari' (ammenda da 5.000 a 10.000 euro), e sostituibile con l'espulsione (vera pena e vero obiettivo del legislatore).

L'*aggravante della clandestinità* calpesta l'uguaglianza⁶⁶: permetteva di infliggere un *quantum* di pena in più (fino a un terzo) solo in ragione dello *status* di 'irregolare', a parità di offesa al bene giuridico. Non si giustificava cioè per una maggiore gravità oggettiva del fatto, né, d'altra parte, per una maggiore gravità soggettiva (rimproverabilità) o pericolosità del reo. E' per questo, cioè per la violazione degli artt. 3 e 25, co. 2 Cost. (principi di uguaglianza/ragionevolezza e di offensività), che l'*aggravante* è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 249 del 2010. L'offesa alla libertà sessuale della donna violentata, ad esempio, non è maggiore se il fatto è commesso da un tunisino senza permesso di soggiorno, piuttosto che da un tunisino con il permesso di soggiorno, da un francese o da un italiano. Fortunatamente l'*aggravante*, che aveva tutto il sapore del diritto penale d'autore, ha avuto vita breve ed è già relegata al passato.

Il *reato di clandestinità* ha invece retto al vaglio della Corte costituzionale, che ne ha scrutinato 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): piaccia o meno è espressione del diritto penale del fatto e non del diritto penale d'autore (come l'*aggravante*). Senonché la Corte costituzionale ha di molto limitato le possibilità di applicare l'incriminazione, affermando da un lato la possibile applicazione della norma sull'improcedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274/2000), in conseguenza dell'attribuzione del reato alla competenza al giudice di pace e, dall'altro lato, ribadendo che, in relazione alla condotta di illecito trattenimento, che integra un reato omissivo proprio, opera il principio *ad impossibilia nemo tenetur*: l'impossibilità di abbandonare lo Stato, ad esempio per mancanza del denaro o dei documenti necessari per il viaggio, esclude il reato. Si tratta comunque, lo ripeto, 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 – e, in chiave general-preventiva, una minaccia – ai clandestini, venendo incontro alle istanze securitarie del corpo elettorale. Senonché è *un reato inutile*, perché, come dimostra la prassi, non ha frenato l'immigrazione clandestina (la pena pecuniaria non è un

⁶⁶ Sia consentito rinviare a GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpesta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 713 s.

deterrente per chi giunge in Italia su carrette del mare, privo di alcunché, dopo un lungo ed estenuante viaggio), 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.

6. Una parziale decarcerizzazione a favore degli extracomunitari, per effetto del diritto dell'Unione europea

Chi frequenta le aule dei tribunali – e gli istituti penitenziari – sa che, nel decennio passato, a partire dalla legge Bossi-Fini del 2002, la disposizione in materia di diritto penale dell'immigrazione che più ha aperto le porte del carcere agli stranieri – e contribuito ad affollarlo – è il famigerato art. 14, co. 5 *ter* t.u. imm., che punisce l'inottemperanza dello straniero extracomunitario all'ordine di espulsione. Un reato che fino al recente passato dava luogo ogni giorno, a Milano come in altre città italiane, al maggior numero di arresti in flagranza e di procedimenti per direttissima.

Parlo al passato perché 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, *ob torto collo*, dalla Corte di Giustizia dell'UE, con la nota sentenza El Dridi, dell'aprile del 2011. L'incriminazione, secondo la Corte, contrastava con una Direttiva comunitaria (la c.d. direttiva rimpatri) proprio in ragione della previsione di una *pena detentiva*; pena che, intervenendo durante la procedura di espulsione, ne vanificava la pronta esecuzione (l'obiettivo perseguito dall'UE, cui interessa che gli stranieri irregolari siano espulsi e rimpatriati: non reclusi e, quindi, trattenuti coattivamente nel territorio dell'Unione). Trattandosi di direttiva dettagliata il cui termine di attuazione era scaduto, era direttamente applicabile nel nostro ordinamento, e per il principio di prevalenza del diritto comunitario comportava la disapplicazione dell'incriminazione. Quando i giudici italiani, dopo la sentenza El Dridi, hanno iniziato a disapplicare l'art. 14, co. *ter* t.u. imm. – 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, appunto, la previsione della pena detentiva.

Si è così realizzata nell'anno passato, a vantaggio degli stranieri, una parziale decarcerizzazione, verosimilmente assimilabile, quanto agli effetti, a un mini-indulto: è venuta meno la previsione della pena detentiva per il principale reato proprio degli stranieri, previsto dal t.u. immigrazione.

7. Un obiettivo per l'agenda politica: rimuovere la sproporzione tra detenuti stranieri e italiani

La situazione che ho descritto in apertura – e che chi vive in carcere conosce meglio di chiunque altro – richiede però di più. Il *riequilibrio del rapporto tra detenuti stranieri e italiani* – che in Italia come altrove risente forse, in qualche misura, di disparità di tipo razziale (specie nella fase degli accertamenti di polizia) – deve rappresentare un obiettivo per Governo e Parlamento. Ed è un obiettivo che può essere raggiunto *rimuovendo le cause più profonde della marginalità sociale* degli immigrati, attraverso lungimiranti politiche sociali di integrazione: non certo, come nel recente passato, levando la mano dura contro il 'clandestino'.