

IL TRATTAMENTO SANZIONATORIO E PENITENZIARIO DEGLI STRANIERI

di Gabriele Fornasari (Magistrato)

1. CENNI INTRODUTTIVI.
2. IDENTIFICAZIONE DELLO STRANIERO.
3. ESECUZIONE PENALE E MISURE ALTERNATIVE.
4. LEGGE N. 189/2002: PREVISIONE DELL'ESPULSIONE COME MISURA ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE.
5. NATURA GIURIDUCA DELL'ISTITUTO DELL'ESPULSIONE QUALE SANZIONE ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE.
6. REQUISITI DELL'ESPULSIONE APPLICATA DAL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA.
7. L'ESPULSIONE QUALE MISURA DI SICUREZZA.
8. ALCUNE PROBLEMATICHE IN MATERIA DI ESPULSIONE.
9. IL TRATTAMENTO CARCERARIO DEGLI STRANIERI.

1) CENNI INTRODUTTIVI

Il nostro ordinamento riconosce allo straniero i diritti fondamentali della persona in virtù dei principi stabiliti dagli artt. 2 e 10 Cost .

L'art. 2, infatti, garantisce i diritti inviolabili ad ogni individuo senza distinzioni tra cittadini e stranieri e l'art. 10 assicura allo straniero un trattamento conforme alle norme internazionali di carattere sia consuetudinario (primo comma : norme di diritto internazionale generalmente riconosciute) sia pattizio (secondo comma : norme e trattati internazionali)¹.

Inoltre una lettura sistematica di queste norme con l'art. 3 della Costituzione consente di ritenere che il principio di uguaglianza debba valere anche per gli stranieri non consentendo discriminazioni rispetto ai cittadini quando si tratta di rispettare quei diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 2 Cost. e derivanti anche dell'ordinamento internazionale .

In questa sede mi preme rilevare che, secondo l'orientamento prevalente, devono essere ricompresi nell'ambito dei diritti fondamentali² quelli relativi alla libertà personale, alla libertà di manifestazione del pensiero e di professare la propria fede religiosa, alla difesa in giudizio nonché i principi statuiti dall'art. 27 Cost. in materia di esecuzione della pena .

In via generale ne consegue che il trattamento sanzionatorio e penitenziario degli stranieri non può essere differente da quello riservato ai cittadini, con la conseguenza

¹ In virtù del rinvio dell'art. 10 Cost. alle norme di diritto internazionale appaiono applicabili anche agli stranieri extracomunitari i diritti fondamentali riconosciuti dalla "Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"(Roma 4/11/1950) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea pubblicata sulla gazzetta ufficiale della C. E. del 18/12/00.

² Per quanto attiene i diritti della famiglia e il diritto alla salute v. infra pagg. 31 e ss..

che l'applicazione della pena e la sua esecuzione si devono svolgere riconoscendo pari diritti e garanzie.

Si impongono, però, due ordini di considerazioni.

In primo luogo la particolare condizione dello straniero, spesso non compiutamente identificato e nella maggior parte dei casi senza validi punti di riferimento nel territorio, comporta, nell'applicazione pratica del diritto, problematiche ben differenti rispetto ai cittadini pur in relazione alle medesime norme.

In secondo luogo non può di per sé ritenersi illegittima l'introduzione di istituti (si pensi all'espulsione) applicabili solo agli stranieri.

Infatti, seppure il principio di uguaglianza non tollera discriminazioni in riferimento al godimento dei diritti inviolabili (e tale è la libertà personale) va però rilevato che, in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio della Repubblica, la posizione dello straniero non è comparabile con quella del cittadino.

Infatti "l'essere il cittadino parte essenziale del popolo" e "rappresentare con gli altri cittadini un elemento costitutivo dello Stato comporta in capo allo stesso il diritto di risiedere nel territorio dello Stato senza limiti di tempo"³ mentre lo straniero non ha un legame ontologico con la comunità nazionale e può recarsi nel nostro, come in altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e in genere per un tempo limitato, con l'ulteriore conseguenza che "ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati"⁴.

La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è, quindi, inevitabilmente collegata alla ponderazione di svariati interessi

³ sent. Corte Costituzionale 62/1994

⁴ sent. n. 104/1969 Corte Costituzionale

pubblici (sicurezza, sanità, politica nazionale in tema di immigrazione) e “tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un’ampia discrezionalità” , limitata per quanto attiene alle conformità ai principi costituzionali soltanto dal “vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli”.⁵

Peraltro, a mio avviso, incidendo l’espulsione proprio sui diritti inviolabili dell’uomo dovrebbe essere giustificata solo laddove siano effettivamente in pericolo interessi primari quali l’ordine pubblico e la sicurezza dello Stato.

Il mio intervento intende sviluppare entrambi i profili accennati : da un lato l’esame di alcune problematiche particolari in sede di applicazione ed esecuzione della pena nei confronti degli stranieri, dall’altro un approfondimento delle misure dell’espulsione applicate da parte del Magistrato di Sorveglianza (espulsione come sanzione alternativa alla detenzione e come misura di sicurezza) .

2) IDENTIFICAZIONE DELLO STRANIERO

In sede di applicazione ed esecuzione della pena nei confronti dei cittadini stranieri assume grande rilievo il problema della identificazione : il nostro sistema giudiziario è improntato ad un sistema anagrafico e svariate sentenze emesse nei confronti di stranieri sedicenti sono rimaste inesequite essendo incerta l’identità fisica del condannato.

Gli stranieri, infatti, soprattutto nei casi di ingresso irregolare nel nostro Stato, fanno spesso uso di più generalità false e non sono in possesso di validi documenti d’identità.

⁵ Sent. Corte Costituzionale 62/1994, v. anche sentt. della Corte Costituzionale n.144/70, n. 104/69, n. 283/1994.

Come è noto l'art. 66, 2° comma, C.P.P. prevede che l'impossibilità di attribuire all'imputato le sue esatte generalità non pregiudica il compimento di alcun atto da parte dell'autorità procedente quando sia certa l'identità fisica della persona.

L'art. 349, 2° comma, C.P.P. prevede che la polizia giudiziaria proceda all'identificazione dell'indagato tramite, se del caso, l'ausilio di strumenti tecnici adeguati, quali il fotosegnalamento e i rilievi dattiloscopici.

Inoltre la normativa in materia di immigrazione (v. in particolare l'art. 6 comma 4° legge n. 189/2002 che ha innovato la materia ⁶) sancisce specificamente l'obbligo degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza di sottoporre lo straniero a rilievi fotodattiloscopici e segnaletici quando vi sia motivo di dubitare dell'identità personale.

Ma comunque, ove tali accertamenti non siano stati compiuti dalle forze dell'ordine, è indispensabile che siano richiesti dall'Autorità Giudiziaria, già in sede di indagini preliminari, al fine di giungere alla predisposizione nei confronti dello straniero di una scheda fotosegnaletica. L'invio della scheda al Casellario Centrale d'identità della Polizia Scientifica di Roma renderà possibile conoscere l'elenco di tutti i fotosegnalamenti di quella stessa persona.

E' inoltre essenziale l'acquisizione dei certificati penali relativi ai vari nomi eventualmente utilizzati dal soggetto al fine di accertare esattamente i precedenti penali dello stesso.

Solo in questo modo si potrà avere una storia attendibile dei suoi trascorsi giudiziari e si potrà procedere ad una valutazione corretta della capacità a delinquere.

⁶ V. anche l'art. 5 comma 2 bis e comma 4 bis legge n. 189/2002 che prevedono la sottoposizione ai rilievi dattiloscopici dello straniero che richiede il permesso di soggiorno o il rinnovo dello stesso.

Ciò ai fini della determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 C.P., della concessione del beneficio della sospensione condizionale e della valutazione della pericolosità sociale in sede di applicazione delle misure di sicurezza.

Una volta raggiunta la certezza in ordine all'identità fisica dello straniero e divenuta irrevocabile la sentenza, va richiamata l'attenzione circa la necessità da parte del P.M. che cura l'esecuzione di verificare preventivamente se sussistano più titoli in esecuzione a carico della medesima persona sia pure sotto diversi "alias" .

Questo accertamento, collegato con il dovere da parte dell'organo dell'esecuzione di provvedere alla formazione del c.d. provvedimento di cumulo, consente di determinare esattamente l'entità complessiva della pena che il soggetto deve scontare e assume rilevanza sia al fine di verificare se sussistano o meno i presupposti per procedere alla sospensione dell'ordine di carcerazione ai sensi dell'art. 656,5° comma, C.P.P., sia al fine di consentire una corretta applicazione dei benefici penitenziari da parte della Magistratura di Sorveglianza.

3) ESECUZIONE PENALE E MISURE ALTERNATIVE

L'esecuzione della sentenza di condanna nei confronti dello straniero pone un ulteriore problema di ordine generale.

Molti stranieri non hanno fissa dimora nel territorio e laddove anche abbiano indicato un domicilio molto spesso se ne allontanano senza comunicare il mutamento.

Il P.M., qualora anche risulti dagli atti che il soggetto sia senza fissa dimora, avrà comunque l'obbligo di procedere alla sospensione dell'esecuzione della pena qualora ricorrano i presupposti dell'art. 656,5 ° comma C.P.P.

Detta norma, volta ad evitare l'esperienza carceraria a coloro che sono nelle condizioni per poter fruire delle misure alternative (affidamento in prova al servizio sociale, affidamento terapeutico, detenzione domiciliare e semilibertà), prescinde, infatti, del tutto dal fatto che il soggetto interessato sia o meno reperibile⁷.

Vero è che se il condannato non viene rintracciato si procederà alla notifica a mani del difensore : nella maggior parte dei casi sarà un avvocato nominato d'ufficio totalmente all'oscuro della situazione del suo cliente e, quindi, difficilmente verrà presentata istanza di misura alternativa con l'ulteriore conseguenza che alla scadenza dei trenta giorni sarà emesso l'ordine di carcerazione.

La possibilità di accesso dello straniero alle misure alternative appare, quindi, difficile fin dall'inizio .

Va, infatti, evidenziato che per lo più si tratta di soggetti i quali - a causa delle difficoltà della lingua e delle loro scarse possibilità economiche che non consentono di sostenere le spese di una difesa di fiducia - restano totalmente all'oscuro dei nostri meccanismi processuali e non sono neppure a conoscenza degli obblighi e delle facoltà previsti dalla legge.

Si pensi, ad esempio, all'obbligo per il condannato non detenuto di fare, a pena di inammissibilità, la dichiarazione o l'elezione di domicilio con la domanda con la quale chiede una misura alternativa alla detenzione o altro provvedimento attribuito dalla legge alla competenza della Magistratura di Sorveglianza (art. 677, comma 2 bis, C.P.P.).

In via generale comunque i benefici penitenziari - diretti a costruire un rapporto di integrazione del condannato con la società esterna - richiedono di regola dei presupposti

⁷ Cass. Sez. 5° sent. 31/8/01 n. 32732.

che solo una percentuale minima degli stranieri - siano essi liberi o detenuti - può soddisfare .

La detenzione domiciliare presuppone un domicilio idoneo, la semilibertà un'attività lavorativa o istruttiva, l'affidamento dei punti di riferimento stabili (in genere se non un lavoro fisso quanto meno un inserimento risocializzante e comunque una casa o un posto idoneo dove stare) .

Nella realtà un grande aiuto agli stranieri viene dato solo dalle associazioni di volontariato e dai centri di accoglienza disposti, a fornire vitto e alloggio in cambio dello svolgimento di alcuni servizi.

La mancanza del permesso di soggiorno non costituisce, invece, di per sé una condizione ostativa all'ammissione ai benefici sussistendo un obbligo a permanere nel territorio dello Stato in forza di una decisione giurisdizionale : l'assenza di legittimazione all'ingresso o alla permanenza viene, per così dire sanata, dalla necessità di scontare la pena in vigore di un legittimo ordine di carcerazione.

In tal senso in passato sono intercorsi degli accordi tra il Ministero del Lavoro e il Ministero della Giustizia al fine di prevedere presso gli Uffici Provinciali del Lavoro un'apposita procedura di avviamento al lavoro dei cittadini stranieri a prescindere dalla iscrizione nelle liste di collocamento e dal possesso del permesso di soggiorno ⁸ .

Per quanto poi attiene all'affidamento terapeutico, va ricordato che l'assistenza sanitaria è estesa anche agli stranieri ma per quelli "irregolari" sono assicurate solo le cure urgenti o comunque essenziali (secondo quanto disposto dall'art. 35 T.U. n. 286/98 non modificato dalla legge n. 189/2002) .

⁸ V. Risoluzione del Ministero delle Finanze n. 2/e del 15/1/99, Circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 23/3/93 e Circolare Ministero del Lavoro del 15/3/03.

Ne consegue che solo gli extracomunitari regolarmente soggiornanti nel nostro paese avranno la possibilità di concordare con il servizio pubblico un programma terapeutico.

E va rilevato che attualmente gran parte se non quasi tutti i condannati stranieri extracomunitari (solo questi e gli apolidi sono interessati dalla legislazione in materia di immigrazione ai sensi dell'art. 1 T.U. n. 286/98) non sono in regola con il permesso di soggiorno o perché clandestini fin dall'inizio o perché comunque sono passati dallo status di regolari a quello di irregolari con l'entrata in vigore della legge n. 189/2002.

La politica in tema di immigrazione perseguita dal nostro paese, in linea con quella degli altri Stati europei⁹, prevede, infatti, un estremo rigore in tema di allontanamento degli irregolari : è esclusa ogni possibilità di regolarizzare l'ingresso clandestino comunque avvenuto e si è precluso l'accesso e la permanenza in Italia - secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 3° T.U. n. 286/1998 come modificato dalla l. n. 189/2002 - all'extracomunitario che abbia riportato una condanna (anche a seguito di patteggiamento) per una serie di reati tra cui quelli previsti dall'art. 380, 1° e 2° comma CPP e quelli inerenti gli stupefacenti (comprese quindi fattispecie di reato anche di non particolare allarme sociale : quale il furto con l'aggravante della violenza sulle cose o la fattispecie di cui all'art. 73, 5° comma DPR n. 309/90).

Si noti, altresì, che nell'ipotesi di soggiorno per lavoro autonomo - ai sensi dell'art. 26 comma 7 bis T.U. come novellato dalla legge n. 189/2002 - è prevista la revoca del

⁹ Con il Trattato di Amsterdam del 2/10/97 gli stati membri hanno attribuito alla Comunità la competenza a disciplinare l'immigrazione e l'asilo politico seppure non in modo esclusivo. Da una parte, infatti, prevede che il Consiglio dell'Unione adotti misure destinate ad avere diretta efficacia nei paesi membri dall'altra si autorizzano questi ultimi a mantenere e ad adottare misure proprie purché compatibili con il trattato e gli accordi internazionali (titolo IV art. 63). Resta da vedere come si comporteranno i governi nella prassi ; allo stato le politiche nazionali sembrano indirizzate ad eliminare il più possibile ogni forma di immigrazione.

permesso anche nel caso di condanna per i reati di cui al Titolo III, Capo III, Sezione II della legge 22 aprile 1941 n. 633, relativi alla tutela del diritto d'autore, e di cui agli artt. 473 e 474 C.P. .

In generale si constata una mancanza di strumenti sia legislativi sia sociali diretti a consentire una integrazione di quei soggetti che non essendo pericolosi potrebbero reinserirsi positivamente .

Va, infine, rilevato come l'istituto della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena (c. d. "indultino") introdotto con la legge 1° agosto 2003 n. 207 non si applica allo straniero passibile di espulsione amministrativa ai sensi dell'art. 13 comma 2 del T.U..

Si tratta di una misura anomala costruita sulla falsa riga dell'affidamento¹⁰ da cui si distingue poiché non applicabile in via generale ma solo per coloro ristretti in carcere o in attesa di esecuzione della pena all'epoca dell'entrata in vigore della legge e poiché svincolata da ogni valutazione concreta di pericolosità da parte del Giudice .

Il legislatore ha ritenuto di escluderla per gli stranieri "irregolari" rispetto ai quali è già prevista quella sorta di sospensione della pena conseguente all'espulsione applicata dal Magistrato di Sorveglianza.

¹⁰ Alberto Marcheselli *Diritto & Diritti*, rivista giuridica on line del 2003, parla di "affidamento automatico" le cui differenze principali rispetto all'art. 47 O.P. sono costituite dalla deroga al presupposto della idoneità a contenere la recidiva e dalla previsione della revoca non solo nel caso di violazione alle prescrizioni ma anche nell'ipotesi di ricaduta nel reato nel termine di cinque anni.

4) LEGGE N. 189/2002: PREVISIONE DELL'ESPULSIONE COME MISURA ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE.

Al fine di valutare l'impatto che la legge n. 189/2002 ha avuto in tema di trattamento penitenziario deve esaminarsi in primo luogo la disciplina dell'espulsione quale sanzione alternativa alla detenzione : questa misura costituisce la principale novità della riforma nel variegato panorama delle espulsioni. .

Ai soli fini di un inquadramento dell'istituto si premette che nel testo in esame l'espulsione - la quale può essere disposta solo nei confronti dei soggetti indicati dall'art. 1 del T.U. (stranieri extracomunitari ed apolidi) - assume la diversa natura :

1) di provvedimento amministrativo disposto dal Ministro dell'Interno o dal Prefetto (art. 13 T.U. come modificato dalla legge cit.) ;

2) di misura di sicurezza disposta dal Giudice in sentenza (art. 15 T.U. come modificato dalla legge cit.);

3) di sanzione sostitutiva alla detenzione applicata dal Giudice in luogo della condanna (art 16 T.U. come modificato dalla legge cit.);

4) di sanzione alternativa alla detenzione applicata dal Magistrato di Sorveglianza (art 16 T.U. come modificato dalla legge cit.);

Quest'ultima forma di espulsione ricalca per certi aspetti quanto già previsto in sede di cognizione in materia di sanzione sostitutiva alla detenzione (la riforma riproduce sul punto, sia pure con degli aggiustamenti, il vecchio testo dell'art. 16 del T.U. Stranieri.)

Appare pertanto opportuno fare qualche cenno in merito .

Si deve in primo luogo rilevare che l'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione era stata prevista per la prima volta dal d. l. 13/4/93 n. 107 a seguito dell'introduzione dei commi 12 bis e 12 sexies dell'art. 7 della l. 28/2/80 n. 39 (c.d. legge Martelli) e si caratterizzava per il fatto che poteva essere richiesta dallo straniero e dal suo difensore.

Nel T.U. del 1998 non esiste più questa forma “ a richiesta” ; si prevede, invece, che l'espulsione possa essere adottata solo per iniziativa del Giudice quando, nel pronunciare una condanna per un reato non colposo (o nell'emettere sentenza di patteggiamento), ritiene di irrogare un pena nel limite di due anni e non vi siano i presupposti per la sospensione condizionale .

La sanzione può essere disposta solo nei confronti degli stranieri passibili di espulsione amministrativa ai sensi dell'art. 13 T.U..

La riforma del 2002 ha introdotto due novità : indicazione di alcuni reati ostativi alla sua applicazione (delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a C.P.P. e delitti previsti dal T.U. puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni) e previsione della revoca della sanzione nel caso che l'interessato rientri illegalmente nel territorio dello stato prima del termine previsto dall'art. 13 ,comma 14° .

Non mi soffermerò oltre su questo istituto - che potrà essere compiutamente esaminato dai miei colleghi che svolgono le funzioni di Giudice di cognizione – passando solo ad evidenziare i punti di contatto e le differenze rispetto alla sanzione applicata dal Magistrato di Sorveglianza.

Entrambe presuppongono una pena detentiva da scontare non superiore ai due anni. .

Va però rilevato che mentre il Giudice nella fase di cognizione “può” applicare l’espulsione il Magistrato di Sorveglianza la deve applicare qualora ne sussistano i presupposti : il comma 5° dell’art. 16, infatti, stabilisce che nei confronti dello straniero detenuto, identificato e passibile di espulsione amministrativa. “è disposta l’espulsione”.

Inoltre la sanzione sostitutiva colpisce i soggetti condannati con sentenza anche non irrevocabile mentre la sanzione alternativa presuppone che il detenuto sia ristretto in virtù di titoli definitivi.

Anche in sede di esecuzione sono esclusi i casi in cui la condanna riguardi i reati di cui all’art. 407, comma 2 lett. a, C.P.P. ma è previsto che tutti i delitti contemplati dal T.U. siano ostativi all’applicazione indipendentemente dalla pena edittale .

Va rilevato che sia la sanzione sostitutiva dell’espulsione che quella alternativa non possono essere disposte nei casi di cui all’art 19 del T.U. .

Pertanto vi è il divieto di espulsione :

1) se lo straniero può essere oggetto di persecuzione per motivi di razza religione ed altro ;

2) se si tratta di minore ;

3) se è in possesso della carta di soggiorno ;

4) se è convivente con parente entro il 4° grado o coniuge di nazionalità italiana;

5) se si tratta di donna in stato di gravidanza o puerpera da meno di sei mesi.

Deve inoltre osservarsi che la sanzione alternativa disposta dal Magistrato di sorveglianza presuppone l’estinzione della pena nel termine di dieci anni dall’esecuzione dell’espulsione : se entro quel termine lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato viene ripristinata la detenzione e riprende l’esecuzione della pena.

La norma nulla dice, a questo proposito, circa la necessità di una pronuncia da parte del Magistrato di Sorveglianza mentre in relazione alla sanzione sostitutiva si prevede espressamente che il rientro illegale dello straniero ne comporta la revoca da parte del Giudice competente.

Ciò induce a ritenere che il legislatore abbia optato per la previsione di una revoca automatica della sanzione alternativa.

Ne consegue che il P.M. che cura l'esecuzione – qualora si verifichi la fattispecie in esame - provvederà direttamente ad emettere l'ordine di carcerazione mentre l'interessato potrà far valere eventuali rimostranze mediante lo strumento generale dell'incidente di esecuzione .

A questo proposito è stato giustamente rilevato ¹¹ come la soluzione adottata dal legislatore sia configgente con il principio della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale : in questo modo, infatti, si finisce per ammettere un intervento unilaterale del PM. diretto a modificare una situazione giuridica (applicazione della sanzione alternativa dell'espulsione) disposta con una pronuncia del Giudice.

Infine sia la sanzione alternativa che quella sostitutiva sono eseguite dal Questore con le modalità dell'accompagnamento alla frontiera tramite la forza pubblica .

¹¹ V. Fabio Fiorentin “Le nuove regole sull'espulsione dei cittadini stranieri dal territorio dello stato (legge 30 luglio 2002 n. 189 Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo” in Diritto e Diritti ,rivista giuridica on line, settembre del 2002 .

5) NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO DELL'ESPULSIONE QUALE SANZIONE ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE E EVENTUALI PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE .

La sanzione dell'espulsione affidata al Magistrato di Sorveglianza costituisce indubbiamente un istituto anomalo.

Nonostante il nomen iuris utilizzato dal legislatore non è sicuramente inquadrabile tra le misure alternative alla detenzione .

Queste si caratterizzano in senso lato poiché incidono sulle modalità di esecuzione della pena prevedendone forme differenziate ai fini di una risocializzazione del condannato anche attraverso la formulazione di idonee prescrizioni e costituiscono un'applicazione diretta del principio costituzionale che impone la finalità rieducativa della pena.

L'espulsione, invece, non prevede alcuno svolgimento del rapporto esecutivo accompagnato da strumenti di verifica e controllo ma determina puramente e semplicemente la liberazione del condannato e il suo allontanamento dal territorio dello Stato.

Essa non ha ovviamente alcuna finalità rieducativa.

Inoltre, mentre le misure alternative sono dei benefici e come tali sempre rinunciabili dall'interessato, l'espulsione viene applicata in ogni caso a prescindere dalla richiesta del detenuto e indipendentemente da una sua eventuale manifestazione di volontà in senso contrario .

Resta, però, da chiedersi se il legislatore abbia voluto, comunque, introdurre una nuova sanzione penale sostitutiva alla detenzione o piuttosto una misura amministrativa riservandone l'applicazione al Giudice di Sorveglianza quale organo con giurisdizione diretta sugli istituti penitenziari e come tale più idoneo a gestire le procedure anche dal punto di vista istruttorio .

E' ovvio che propendere per una o l'altra tesi comporta soluzioni differenti in ordine a eventuali profili di illegittimità costituzionale della disciplina in esame, quanto meno in relazione agli artt. 25 e 27 Cost.

Appare interessante, sia pure per sommi capi, esaminare il percorso compiuto sull'argomento dalla Corte Costituzionale.

Quest'ultima con la sentenza n. 62 del 1994 nel valutare la legittimità costituzionale della c.d. "espulsione a richiesta" (prevista dell'art. 7 commi 12 bis e 12 ter D.L. 30/12/1989 n. 416, convertito dalla legge 28/2/1990 n. 39 nel testo integrato con gli emendamenti aggiuntivi introdotti dalla legge 12 agosto 1993 n. 296) ha sancito alcuni principi fondamentali in materia .

In primo luogo è stato rilevato come l' espulsione dello straniero comporta una semplice sospensione dell'esecuzione della pena tanto è vero che nel caso in cui lo straniero espulso rientra nel territorio dello Stato viene ripristinata la detenzione .

E, sotto questo aspetto, i Giudici della Consulta hanno escluso che possa profilarsi una violazione del principio della finalità rieducativa della pena dal momento che risulta sospeso lo stesso trattamento penitenziario.

Hanno, quindi, osservato come la disciplina sottoposta al loro esame fosse immune da vizi costituzionali in quanto l'espulsione di cui all'art. 7 cit. risultava connotata da cautele e limiti normativi che ne circoscrivevano significativamente le possibilità di

applicazione : a) la pena da espiare non doveva essere superiore ai tre anni, b) la norma non imponeva inderogabilmente al Giudice competente di ordinare l'espulsione ma gli attribuiva il potere di decidere sulla scorta delle informazioni degli organi di polizia e sentite le parti, c) il provvedimento di espulsione era condizionato alla richiesta di espulsione da parte dell'interessato .

Quest'ultimo presupposto in particolare rappresentava, secondo quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale, un requisito diretto ad armonizzare la disciplina in oggetto ai valori costituzionali.

Ciò premesso si impongono alcune considerazioni.

Alla luce di questi stessi principi l'attuale disciplina della sanzione alternativa dell'espulsione – applicata inderogabilmente e in assenza di una richiesta – difficilmente si sarebbe salvata da una censura di illegittimità costituzionale .

Pertanto la Corte, successivamente intervenuta con ordinanza del 28/7/99 n. 369 in relazione alla disciplina dettata dal testo originario dell'art. 16 T.U. in materia di sanzione sostituiva (molto simile come abbiamo già visto a quella attuale), nel rigettare l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 comma 2, 25 comma 2 e 27 commi 2 e 3, ha rilevato che l'espulsione in oggetto si configura specificamente come una misura amministrativa disposta dal Giudice : deporrebbe in tal senso la circostanza che l'esecuzione è demandata all'autorità amministrativa al contrario di quanto avviene per l'esecuzione della pena la quale invece è promossa dal Pubblico Ministero.

Inoltre si è osservato che anche dal punto di vista sostanziale la sanzione in esame richiama le condizioni costituenti il presupposto dell'espulsione amministrativa in senso stretto, la quale è ugualmente disciplinata dalla medesima legge, rendendo così

evidente la sostanziale sovrapposizione fra le due misure e la conseguente necessità di una loro armonizzazione sistematica.

Il riconoscimento della natura amministrativa ha consentito alla Corte di ritenere la normativa immune da vizi costituzionali.

Resta da chiedersi ora quale posizione assumeranno i giudici della Consulta rispetto alle eccezioni di incostituzionalità sollevate da numerosi Magistrati di Sorveglianza¹² i quali hanno ipotizzato l'illegittimità costituzionale della disciplina dell' espulsione quale sanzione alternativa per violazione degli artt. 2,3, 27 comma 3 e 111 Cost.

In effetti non sembra possa negarsi che l'espulsione - pur comportando una sospensione dell'esecuzione della pena in senso stretto - costituisca a sua volta una sanzione ¹³ la cui afflittività consegue all'incidenza dell'espulsione sulla libertà personale tramite l'allontanamento coatto del soggetto dal territorio dello Stato .

E ritengo anche che sia più corretto riconoscere la natura penale della stessa : in effetti l'applicazione della misura avviene a seguito di un procedimento giurisdizionalizzato ed è indissolubilmente legata all'esecuzione della pena che rivive in caso di rientro dello straniero dal territorio dello Stato.

Così ragionando apparirebbero fondati i dubbi di incostituzionalità in riferimento alla funzione rieducativa della pena ai sensi dell'art. 27,3° comma Cost. nonché sotto il profilo della irretroattività della legge penale ai sensi dell' art. 25,2° comma Cost., quanto meno in ordine ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge

¹² V. le ordinanze dei Magistrati di Sorveglianza di Alessandria del 10/12/02, di Cagliari del 21/1/03, di Reggio Emilia del 4/3/03 e di Bologna del 28/2/03

¹³ Gli stessi giudici della Consulta, nella sentenza n. 62 del 1994, danno atto che l'espulsione può costituire in concreto per lo straniero non già un beneficio ma una sanzione alternativa dal contenuto ancor più affittivo di quello proprio di una pena detentiva .

applicandosi una sanzione non prevista o comunque diversa da quella prevista al momento della commissione del fatto.

Inoltre non può che condividersi l'opinione di chi ha sostenuto¹⁴ l'irragionevolezza di una disciplina che, da un lato prevede che non si faccia luogo all'espulsione in relazione ai condannati per gravi reati (riferimento all'art. 407 lett.a cpp), mentre sancisce l'obbligo di disporla in relazione agli altri detenuti .

Così mentre uno straniero ristretto per un reato compreso nell'art. 4 bis O.P.(rapina aggravata, omicidio od altro) potrà essere ammesso anche a una misura ampia come l'affidamento in prova al servizio sociale, il suo connazionale che si è limitato a commettere una ricettazione verrà immediatamente espulso e ciò anche se un rientro nel suo paese di origine potrà rappresentare per lui una soluzione peggiore della galera .

Va anche evidenziato come questa "applicazione necessitata" equipara ingiustificatamente situazioni opposte quali quella del detenuto che abbia serbato una condotta pessima e quella di chi abbia dimostrato - anche mediante la fruizione positiva di permessi o di misure alternative (si pensi alla semilibertà) - la volontà di reinserirsi .

Sotto questi profili sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale in relazione alla violazione del principio di uguaglianza e della tutela dei diritti inviolabili della persona umana¹⁵ , dubbi peraltro che appaiono fondati qualora anche si riconoscesse natura amministrativa alla sanzione in esame .

Va in particolare rilevato che in materia di espulsione amministrativa il TAR Lombardia- Brescia con ordinanza del 15/5/03 n. 683 ha sollevato eccezione di incostituzionalità dell'art. 4 ,3° comma, T.U. come novellato dalla riforma proprio nella

¹⁴ V. ordinanza del 21/1/03 Magistrato di Sorveglianza di Cagliari

¹⁵ V. ordinanza del 21/1/03 Magistrato di Sorveglianza di Cagliari

parte in cui considera la sola condanna per i reati ivi indicati ostativa all'ingresso e alla permanenza dello straniero in Italia senza imporre l'ulteriore verifica di pericolosità sociale del soggetto.

Si legge, infatti, nella motivazione dell'ordinanza citata come appaia irragionevole che in sede di applicazione dell'espulsione quale misura di sicurezza il Giudice debba inderogabilmente valutare la pericolosità sociale, mentre ai fini dell'espulsione amministrativa sia sufficiente - pur risultando in concreto analoghi i relativi effetti - una condanna, peraltro, anche emessa ai sensi dell'art. 444 C.P.P..¹⁶

E comunque, al di là della posizione che assumerà la Corte in relazione alle eccezioni di incostituzionalità sopra richiamate, non può non rilevarsi - per quanto attiene specificamente all'espulsione quale sanzione alternativa - che imporre in una materia così delicata una decisione subordinata esclusivamente alla sussistenza di una pena non superiore ai due anni, senza consentire alcuna valutazione sulla meritevolezza del provvedimento, appare in contrasto con il sistema dell'esecuzione penale e con la funzione del Magistrato di Sorveglianza chiamato ad esaminare il percorso del detenuto ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari .

In realtà però la logica di fondo del legislatore è molto più coerente di quanto potrebbe sembrare alla luce delle considerazioni svolte : lo Stato rinuncia ad ogni pretesa punitiva - ad eccezione delle condanne per reati che l'ordinamento considera più gravi - al fine di attuare un' unica finalità che è stata brillantemente condensata nell'espressione "purché se ne vadano"¹⁷.

¹⁶ Sotto questo profilo in particolare sarebbe evidente la violazione dell'art. 3 Cost. dal momento che l'art. 445 CPP non consente l'applicazione di misure di sicurezza per le sentenze pronunciate a seguito di patteggiamento.

¹⁷ V. "L'espulsione dello straniero : modalità e finalità" ,relazione di Luca Villa per l'incontro di studio "La condizione giuridica dello straniero"

Altro elemento che è stato valutato in contrasto con i principi del nostro ordinamento, e specificamente con l'art. 111 ,comma 2° Cost., è costituito dall' assenza di un contraddittorio in sede di applicazione dell'espulsione da parte del Giudice di Sorveglianza.¹⁸

La procedura prevista è, infatti, molto semplificata : il provvedimento viene emesso dal Magistrato “inaudita altera parte” e la tutela del contraddittorio è assicurata solo dinanzi al Tribunale di Sorveglianza a seguito dell'eventuale opposizione dello straniero avverso il decreto di espulsione .

Il termine previsto per impugnare è di dieci giorni e nel frattempo l'esecuzione del provvedimento è sospesa.

Appare condivisibile la tesi dottrinale secondo cui l'istituto si pone in contrasto “con quel progressivo e garantistico processo di giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione penale che postula la tutela del contraddittorio pieno”.¹⁹

Va comunque rilevato che vi sono altri casi nel procedimento di sorveglianza in cui il Magistrato provvede “de plano”: si pensi – per citare solo alcuni esempi - al differimento della pena in via provvisoria o alla sospensione dell'esecuzione delle misure alternative per comportamento colpevole dell'interessato.

Non può non rilevarsi l'anomalia di queste ipotesi sottolineando che, soprattutto laddove sia in gioco la libertà personale, non può prescindersi dall'attuazione di un contraddittorio che preveda la possibilità per le parti di interloquire fin dall'inizio della procedura.²⁰

¹⁸ Magistrato di sorveglianza di Cagliari ord. cit. del 21/1/03

¹⁹ v. Fabio Fiorentin op. cit.

²⁰ In ordine all'applicabilità al procedimento di sorveglianza dei principi stabiliti dall'art. 111 Cost. v. “Diritto penitenziario” Leonardo Filippi e Giorgio Spangher pagg. 97,100,156,157

6) REQUISITI DELL'ESPULSIONE APPLICATA DAL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA.

Procederò ora specificamente all'esame dei requisiti dell' espulsione quale sanzione alternativa soffermandomi in particolare su quelli che possono aver dato luogo a problemi interpretativi .

1) In primo luogo è necessario che lo straniero sia stato identificato.

Ma qui non è sufficiente che il soggetto sia identificato fisicamente, come abbiamo visto nel processo di cognizione, poiché l'art. 16 T.U. a seguito della riforma del 2002 dopo aver ribadito in generale questa esigenza (5° comma), aggiunge poi espressamente (6° comma) che devono essere acquisite informazioni sull'identità e sulla nazionalità.

E' necessaria, quindi, anche l'esatta identificazione delle generalità della persona .

Il che nella pratica comporta molte difficoltà : presso il nostro ufficio gran parte delle procedure si sono concluse con una pronuncia di non luogo all'espulsione per omessa identificazione dello straniero.

2) Altro requisito è che il soggetto sia passibile di un provvedimento di espulsione amministrativa disposto dal Prefetto ; le ipotesi sono le seguenti :

a) ingresso clandestino ;

b) mancata richiesta del permesso di soggiorno nei termini salva l'ipotesi di forza maggiore, mancato rinnovo del permesso o revoca o annullamento dello stesso ;

c) soggetti pericolosi ai fini delle misure di prevenzione (persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità e persone indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso) .

Ciò premesso qualora il detenuto sia titolare di un permesso di soggiorno non ancora scaduto non si deve ovviamente far luogo ad alcuna espulsione.

Vero è che, nel caso di condanna per i delitti di cui all'art. 4 ,3° comma T.U. (norma cui ho fatto già riferimento e che riguarda la maggior parte dei detenuti stranieri), il permesso di soggiorno sarà revocato e la richiesta di rinnovo sarà rigettata ai sensi dell'art. 5, 5° comma T.U..

Ritengo, però, che fino a quando l'autorità amministrativa non vi provveda il soggetto sia comunque formalmente in regola e non si debba procedere all'espulsione.

Secondo la tesi contraria sarebbe, invece, preferibile disporre l'espulsione altrimenti si rischia di far scontare la condanna a soggetti che saranno comunque espulsi a fine pena .

E'una tesi non convincente sia perché contrastante con la lettera della legge sia perché comporterebbe un'indebita interferenza in valutazioni comunque riservate all'autorità amministrativa.

Nei casi, poi, in cui il permesso di soggiorno sia scaduto durante la carcerazione non mi sembra che il mancato rinnovo possa essere imputato a forza maggiore²¹.

L'art. 13, 2° comma lett. b) , T.U. contempla l'ipotesi di forza maggiore solo nel caso in cui il soggetto, entrato regolarmente , si trattenga nel territorio dello Stato senza richiedere il permesso di soggiorno entro il termine prescritto.

Il dato letterale non sarebbe, però, di per sé ostativo alla estensione della validità della causa di forza maggiore anche alle ipotesi di mancato rinnovo del permesso.

Piuttosto non sussistono proprio i presupposti della forza maggiore .

²¹ V. Trib. Sorv. Sassari ordinanza n. 107/03 del 27/2/03, pubblicata nella rivista Diritto &Diritti ,2003

In primo luogo non è ravvisabile l' impossibilità oggettiva della condotta richiesta : infatti l'art. 18 l. n. 354/1975 consente che il detenuto sia ammesso a colloqui e corrispondenza anche al fine di compiere atti giuridici e, quindi, non risulta preclusa la presentazione della richiesta di rinnovo del permesso .

Vero è che nella realtà difficilmente lo straniero potrà soddisfare i requisiti richiesti dalla normativa in materia di immigrazione (come farà a trovare lavoro ?) .

In secondo luogo se anche si ritenesse che la situazione in esame integri il presupposto della impossibilità oggettiva non può comunque affermarsi che quest'ultima sia dipesa da causa non imputabile allo stesso soggetto : infatti la carcerazione è conseguente proprio alla condotta criminosa posta in essere dal condannato.

3) Ulteriore presupposto per l'applicabilità della sanzione alternativa in esame è costituito dalla condizione di "detenuto" .

In mancanza di una espressa previsione legislativa non appare corretto estendere la norma anche ai detenuti domiciliari²².

La detenzione domiciliare è ricompresa nel novero delle misure alternative disciplinate specificamente dal Capo VI del Titolo I° dell'Ordinamento Penitenziario : la circostanza che la stessa sia stata introdotta dal legislatore del 1986 quale proiezione nella fase esecutiva dell'istituto degli arresti domiciliari - parificati ai sensi dell' art . 284 ,5° comma CPP alla custodia cautelare in carcere - non può comportare tout court

²² V. "L'espulsione dallo stato come regime alternativo alla esecuzione della pena .Prime riflessioni applicative".Alberto Marcheselli Diritto &Diritti ,rivista giuridica on line settembre 2002.

un' assimilazione dello status di detenuto con quello di chi è sottoposto alla detenzione domiciliare ²³.

Va rilevato, infatti, che il legislatore ha inteso dettare in materia di detenzione domiciliare una disciplina distinta rispetto a quella prevista per i detenuti in carcere .

L'art. 47 ter O.P. prevede espressamente che il condannato nei confronti del quale è disposta la misura non è sottoposto al regime penitenziario previsto dalla legge 1975 n. 354 e dal relativo regolamento di esecuzione.

E, soprattutto, quando il legislatore ha voluto equiparare le due situazioni lo ha detto esplicitamente come ad esempio in materia di liberazione anticipata (v. art. 54,1° comma O.P.) o di applicabilità dell'art 385 C.P. anche nei confronti del detenuto domiciliare che si allontani dal luogo di fruizione della misura.

L'interpretazione qui sostenuta appare, inoltre, conforme alla ratio perseguita dal legislatore che, nel dettare l'art. 15 legge 30/7/02 n. 189, ha inteso rinunciare all'esecuzione della pena al fine di ridurre il numero di coloro che sono ristretti in carcere .

Del resto se la ratio della norma in esame fosse stata quella di espellere dal territorio dello Stato qualunque soggetto sottoposto all' esecuzione di pena anche in forma alternativa – e sempre che ovviamente non fosse in regola con il permesso di soggiorno

²³ La detenzione domiciliare ,infatti, non può essere ridotta a una mera modalità di esecuzione della pena ontologicamente uguale a quella scontata in carcere eccetto che per il locus custodiae . Infatti già all'epoca della sua introduzione detta misura, seppure caratterizzata da finalità umanitarie e assistenziali e dall'assenza di specifiche previsioni a contenuto risocializzante, si configurava come una vera e propria misura alternativa caratterizzata dalla soggezione a prescrizioni limitative della libertà sotto la vigilanza del Magistrato di Sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale in una ottica comunque generale di conseguimento della finalità rieducativa prevista dall'art. 27 Cost. (v. in tal senso Corte Costituzionale sent. 6/6/1989 n. 337 e successivamente, tra le altre, la sent. 5/6/1997 n. 173).

- il legislatore avrebbe usato il termine generale di condannato e non quello più specifico di detenuto.

D'altra parte proprio la scelta di quest'ultimo termine indica che il legislatore ha voluto escludere gli affidati in prova al servizio sociale non essendo questi ultimi sicuramente sottoposti ad alcuna forma di detenzione in senso proprio .

Non sembra ci possano essere dubbi, invece, sull'applicabilità della misura ai semiliberi che sono detenuti a tutti gli effetti .

E in questi casi la disciplina mostra ancora più chiaramente risvolti di incostituzionalità in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.²⁴.

L'espulsione, nel sospendere la pena, comporta indubbiamente un'interferenza sull'adempimento delle funzioni connesse all'applicazione del trattamento penitenziario.

Come già accennato tale interferenza per non essere illegittima deve essere ragionevole e nei casi in esame è proprio il corretto bilanciamento degli interessi in gioco che non sembra giustificare la previsione dell'espulsione.

La sanzione finirebbe, infatti, per colpire soggetti la cui assenza di pericolosità, così come la possibilità di un loro effettivo e idoneo inserimento nel territorio dello Stato, sono state già positivamente valutate in sede di concessione della semilibertà e avrebbe l'effetto di porre nel nulla la funzione di rieducazione svolta dalla pena durante la carcerazione fino ad allora sofferta .

L'espulsione verrebbe ad incidere proprio sulla fruizione di un beneficio già concesso, comportandone di fatto una revoca non giustificata dal comportamento colpevole dell'interessato e ciò in contrasto con il principio di "relativa

²⁴ V. ord. del 1° marzo 2003 Magistrato di Sorveglianza di Bologna

costituzionalizzazione della tutela delle posizioni giuridiche acquisite nel corso del trattamento penitenziario”più volte affermato dalla stessa Corte Costituzionale in relazione all’art. 4 bis O.P.²⁵.

.....

7) L’ESPULSIONE QUALE MISURA DI SICUREZZA .

.....

Altra forma di espulsione applicata dal Magistrato di Sorveglianza è quella prevista come misura di sicurezza .

L’originario sistema delle misure di sicurezza introdotto con il codice Rocco già contemplava l’espulsione.

Presupposto di tutte le misure di sicurezza è la pericolosità sociale del soggetto . L’art. 679 ,1° comma C.P.P. ha generalizzato l’obbligo di un esame in concreto della pericolosità in relazione a tutte le misure di sicurezza (ad esclusione della confisca) al momento in cui dovrebbero avere concreta esecuzione, esame da effettuarsi con procedimento dinanzi al Magistrato di Sorveglianza.

E’ stato, quindi, previsto un doppio sistema di accertamento : un accertamento in concreto della pericolosità da parte del Giudice di cognizione nel momento in cui ordina l’applicazione della misura e il successivo riesame da parte del Magistrato di Sorveglianza.

²⁵V. per tutte sent. Corte Costituzionale n. 445/1997.

Va inoltre rilevato che, come la maggior parte delle misure di sicurezza, l'espulsione deve essere eseguita dopo l'espiazione della pena .

Secondo il disposto dell'art. 235 C.P. la stessa viene ordinata dal Giudice - oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge - quando lo straniero sia condannato alla reclusione per un tempo non inferiore ai dieci anni.

Nella realtà ha attuazione soprattutto la fattispecie di cui all'art. 86 D.P.R. n. 309/90 che prevede espressamente l'adozione del provvedimento di espulsione nel caso di condanne per reati in materia di stupefacenti.

La norma contempla al primo comma una forma di espulsione c.d. obbligatoria nel senso che il Giudice la deve disporre nel caso di condanne per determinati reati.

Come è noto, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza del 24/2/1995 n. 58, il Giudice anche in questi casi deve previamente procedere all'accertamento in concreto della pericolosità sociale.

Altra forma di espulsione come misura di sicurezza è quella prevista dall'art. 15 del T.U. che prevede possa essere disposta per i delitti di cui agli artt. 380 e 381 CPP sempre che si tratti di straniero extracomunitario di cui sia stata accertata la pericolosità sociale.

La riforma del 2002 ha lasciato pressoché imm modificata la disciplina prevista dal T.U. prevedendo solo alcuni adempimenti al fine di rendere attuabile l'esecuzione della misura dopo la cessazione del periodo di custodia cautelare o l'espiazione della pena definitiva .

Il Magistrato di Sorveglianza provvede nelle forme previste dagli artt. 666, 678 CPP con le garanzie difensive proprie di quella procedura e con la possibilità per l'interessato di partecipare personalmente all'udienza.

Va rilevato che, ai fini del giudizio di pericolosità, assumono importanza decisiva non solo i precedenti penali ma anche i riferimenti lavorativi e familiari dello straniero nel nostro territorio.

La posizione “irregolare” del soggetto non è invece un presupposto della misura .

Trovano applicazione anche in questi casi le disposizioni di cui all’art. 19 T.U. in materia di divieti di espulsione e respingimento.

Inoltre secondo i principi generali l’espulsione (207 c.p.) è sempre revocabile .

Va, infine, evidenziato che il condannato può essere ammesso alle misure alternative nonostante sia stata disposta dal Giudice di cognizione nei suoi confronti la misura di sicurezza dell’espulsione .

Infatti l’ammissione del condannato ai benefici penitenziari non è preclusa dalla previsione in sentenza dell’applicazione di una misura di sicurezza ²⁶.

Inoltre nel caso di affidamento in prova al servizio sociale il buon esito della prova comporta automaticamente il venir meno della misura di sicurezza ai sensi del combinato disposto degli artt. 47 ter ,12° comma O.P. (che prevede l’estinzione della pena in caso di esito positivo dell’affidamento) e dell’art. 210 ,2° comma C.P. (secondo cui l’estinzione della pena impedisce l’applicazione delle misure di sicurezza).

Lo stesso art. 210 C.P. precisa che questo principio non si applica alle misure di sicurezza ordinate dal Giudice a seguito di una condanna alla reclusione superiore ai dieci anni.

Nondimeno anche laddove non sussistano i presupposti per una estinzione automatica delle misure di sicurezza la positiva fruizione dell’affidamento rileverà ai fini della valutazione di cessata pericolosità .

²⁶ V. Fabio Fiorentin, opera citata.

8) ALCUNE PROBLEMATICHE IN MATERIA DI DIVIETO DI ESPULSIONE.

A tutti gli stranieri devono riconoscersi i diritti fondamentali espressi sia dalla “Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” , ratificata con la legge 4 agosto 1955 n. 848 sia dalla “ Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea” (pubblicata nella gazzetta ufficiale della C.E. del 18/12/00) .

In particolare quest’ultima all’art. 19 sancisce il principio che nessuno può essere espulso verso uno Stato in cui esiste il rischio di essere sottoposto a pena di morte ,alla tortura o altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

Pertanto, nonostante l’art. 63 del Trattato di Roma - come modificato dal Trattato di Amsterdam entrato in vigore nel 1999 – abbia attribuito alla Comunità la competenza ad adottare misure riguardanti l’immigrazione e asilo politico, il trattamento dello straniero nella normativa europea è ancora in via di definizione.

E comunque, allo stato, non risulta in alcun modo ampliata la tutela dettata dal nostro ordinamento per quanto specificamente attiene ai divieti di espulsione .

La norma centrale in materia è costituita dall’art. 19 T.U., la quale è applicabile a tutte le forme di espulsione (espulsione amministrativa, misura di sicurezza, sanzione sostitutiva e alternativa) .

Mi soffermerò ora su alcuni problemi applicativi .

L’art. 19 T.U. cit. prevede il divieto di espulsione dello straniero che possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione opinioni politiche, condizioni personali o sociali .

Nella pratica è frequente che gli stranieri all'udienza, in sede di opposizione all'espulsione dinanzi al Tribunale di Sorveglianza, dichiarino di essere contrari al regime politico del loro paese .

Questa semplice dichiarazione non appare sufficiente ai fini dell'accertamento di una possibile persecuzione in mancanza di un qualsiasi riscontro in sede amministrativa²⁷ .

Sarà, quindi, onere della parte fornire degli elementi di prova che, poi, saranno valutati dal Tribunale di Sorveglianza.

In riferimento alla tutela dell'unità familiare va rilevato che l'art. 19 cit. prevede il divieto di espulsione solo per gli stranieri conviventi con coniugi di nazionalità italiana e nei confronti di donne in stato di gravidanza o che abbiano partorito da non oltre sei mesi .

La Corte Costituzionale ha più volte affermato (sentenza n. 28 del 1995, n. 203 del 1997 e n. 376 del 2000) che il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune sono diritti fondamentali della persona che spettano in via di principio anche agli stranieri .

In particolare si è sostenuto che “ alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione e assistenza , in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione

²⁷ La normativa in materia di asilo - legge n. 39/90 come modificata dalla legge n. 189/2002 – rimette il riconoscimento dello status di rifugiato alle commissioni territoriali (peraltro in attesa della loro attuazione ancora vi provvede la Commissione Centrale con sede in Roma)cui le Questure competenti devono trasmettere la richiesta dell'interessato nonché la documentazione necessaria per il riconoscimento.

In linea generale non sembra,comunque, che la pendenza di un'istanza di riconoscimento dello status di rifugiato possa escludere un autonomo accertamento da parte del Tribunale di Sorveglianza in ordine al rischio di eventuali persecuzioni cui il soggetto potrebbe essere esposto ai sensi dell'art. 19 cit. .

dei figli minori ; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o stranieri, dei genitori trattandosi di diritti umani fondamentali”.²⁸

In forza di questi principi è stata dichiarata costituzionalmente illegittima²⁹ la norma de qua nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione anche per il marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

Questi stessi principi non sono però stati ritenuti sufficienti per estendere il divieto anche in altri casi che pur sembrano degni di tutela .

Si pensi alle ipotesi di stranieri che hanno costituito una famiglia in Italia con altri stranieri muniti di regolare permesso di soggiorno e i cui figli, ancora minori ,siano nati nel nostro territorio.

La Corte Costituzionale³⁰ ha però ritenuto manifestamente infondata l’eccezione di incostituzionalità sollevata in riferimento all’art. 19 cit. nella parte in cui non estendeva il divieto anche alle situazioni in esame³¹.

Secondo i giudici costituzionali i valori dell’unità familiare e dell’interesse dei figli minori devono essere contemperati con altri interessi ugualmente garantiti dalla nostra Costituzione, tra cui vi è l’ordine pubblico, e che pertanto appare ragionevole che la fattispecie de qua sia tutelata nei limiti previsti dall’art. 29 T.U., il quale appresta l’istituto del ricongiungimento familiare subordinandolo a specifici requisiti e in particolare alla idoneità dello straniero a provvedere al sostentamento del nucleo .

²⁸ Corte Cost sent. n. 376 del 2000.

²⁹ V. sent. n. 376/2000 cit.

³⁰ Ordinanza n. 232/2001

³¹ Il caso concreto riguardava il caso di una cittadina albanese coniugata con un connazionale regolarmente soggiornante in Italia e madre di un bimbo che frequentava le scuole elementari.

Va però rilevato che la tesi, ineccepibile in teoria, si scontra nella pratica con una normativa molto rigorosa in materia di immigrazione con la conseguenza che in molti casi la tutela dell'unità familiare è totalmente vanificata .

Si pensi in particolare agli stranieri detenuti : gli stessi difficilmente si troveranno nella situazione di poter beneficiare del ricongiungimento familiare tenuto conto che - e al di là di tutte le altre difficoltà- una sola condanna per uno dei reati indicati dall'art. 4, 3° comma del T.U. è sufficiente a precludere il rilascio o il rinnovo del permesso anche se richiesto ai sensi dell'art. 29 T.U. .

Ugualmente va evidenziato che la Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 313 del 2000 ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 17, comma 2 lett. c legge 6 marzo 1998 n. 40 (recepito senza alcun cambiamento dall'art. 19 cit.) nella parte in cui non prevede il divieto di espulsione dello straniero convivente more uxorio con un cittadino italiano per violazione dell'art. 3 Cost..

Secondo la Consulta, infatti, la convivenza more uxorio non è assimilabile sotto questo profilo al matrimonio poiché priva dei caratteri di stabilità e certezza che sorgono dalla famiglia legittima e la previsione del divieto di espulsione appare giustificata solo laddove riguardi persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici ³².

Va infine ricordato che, in relazione alla tutela del diritto alla salute, la Corte Costituzionale³³, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 19 T.U. nella parte in cui non prevede il divieto di

³² Sul punto v. anche ordinanza Corte Costituzionale n. 481/2000

³³ Sent. Corte Cost. N. 252/01

espulsione dello straniero che vi permanga al solo scopo di terminare un trattamento terapeutico essenziale, ha affermato che lo straniero, presente anche irregolarmente nel territorio nazionale, ha diritto a fruire di tutte le prestazioni sanitarie indifferibili e urgenti secondo quanto già previsto dall'art. 35, comma 3 T.U. .

E' stato in questo modo espressamente riconosciuto il diritto dello straniero espulso a restare nel territorio dello Stato per sottoporsi a cure mediche urgenti .

In base a questo principio il Magistrato di Sorveglianza non potrà disporre l'espulsione di un detenuto straniero affetto da gravi patologie verso un paese in cui non possono essere apprestate cure adeguate .

Peraltro laddove sussistano i presupposti di cui agli artt. 146 e 147 C.P. ritengo che debba emettersi il provvedimento di differimento con conseguente inapplicabilità dell'espulsione per sopravvenuta sospensione dell'esecuzione della pena .

9) IL TRATTAMENTO CARCERARIO DEGLI STRANIERI

L'art. 1 della legge n. 354/1975, dopo aver sancito che il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e assicurare il rispetto della dignità della persona, prevede espressamente il divieto di discriminazioni in ordine a nazionalità, razza, condizioni economiche e sociali ,opinioni politiche e credenze religiose.

Ricordo, inoltre, che l'art. 58 DPR n. 230 del 2000 sancisce il diritto di ogni detenuto di partecipare ai riti della sua professione religiosa e di esporre immagini e simboli della sua confessione nella propria camera o nel proprio spazio di appartenenza.

Ma, se astrattamente il trattamento carcerario degli stranieri è uguale a quello dei nostri connazionali, nella pratica la situazione è differente.

Non v'è dubbio che le diversità della lingua e delle radici culturali e religiose incidono negativamente nei diversi momenti della vita del detenuto.

La difficoltà di comunicare con gli operatori penitenziari e con gli avvocati comporta inevitabilmente una disinformazione per tutto ciò che riguarda il nostro sistema giudiziario riducendo le possibilità difensive del detenuto straniero .

Inoltre la lontananza dalla famiglia - tante volte residente nel paese di origine ma talvolta anche presente in Italia ma lontana dal luogo di detenzione ³⁴- gli fa mancare ogni appoggio morale e affettivo nonché la possibilità di tutelare i suoi bisogni quotidiani (ad esempio vestiario o cibo diversi da quelli forniti dall'amministrazione o libri in lingua originale).

Appare quindi opportuno - laddove possibile - agevolare i rapporti con i familiari tramite colloqui e corrispondenza telefonica.

E' noto che l'accertamento dello stato di parentela o convivenza legittimante il colloquio visivo o quello telefonico può essere attestato anche mediante dichiarazioni sostitutive di certificazioni ai sensi della legge n. 15/1968.

Questa possibilità deve essere indubbiamente riconosciuta allo straniero appartenente alla Comunità Europea nonché, in virtù dell'art. 2,5° comma T.U., all'extracomunitario regolarmente soggiornante .

L'art. 2 T.U. , al comma 5°, ha, infatti, riconosciuto allo straniero parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi.

³⁴ Si registra ,infatti, rispetto agli stranieri una minore attenzione in materia di assegnazione ad un istituto penitenziario vicino al nucleo familiare con la conseguenza che parte di essi ,pur originariamente dimoranti nel nord Italia scontano la loro pena in istituti , ad esempio Mamone o Alghero, scelti dal Ministero per la loro maggiore disponibilità ricettiva.

Resta da chiedersi se la facoltà in esame possa riconoscersi anche agli stranieri non regolarmente soggiornanti³⁵.

E' stato autorevolmente sostenuto³⁶ che l'irregolarità della posizione dello straniero viene in questo caso "sanata" dalla obbligatorietà della permanenza in virtù di un legittimo titolo detentivo e non può giustificare alcuna disparità di trattamento in materia di dichiarazioni sostitutive quanto meno laddove sussistano gravi ragioni di urgenza.

Peraltro l'irregolarità della posizione dello straniero potrà incidere nella valutazione da parte del Giudice sulla pericolosità del soggetto.

Ed è ovvio che –secondo criteri di ordine generale – i controlli preventivi sul contenuto delle dichiarazioni sostitutive non potranno essere omessi nel caso di detenuti di maggiore pericolosità sociale e nelle ipotesi di serio e motivato sospetto sulla veridicità delle dichiarazioni stesse .

E in questi casi in mancanza di un riscontro oggettivo sul contenuto dell'autocertificazione il Magistrato di Sorveglianza dovrà negare l'autorizzazione.

Va, inoltre, segnalata l'opportunità di sensibilizzare le direzioni degli istituti affinché valutino la possibilità di concedere agli stranieri l'abbinamento di due o più telefonate al fine di consentire una relazione più significativa con i propri familiari tenuto conto proprio della difficoltà che gli stessi incontrano nel mettersi in contatto con i loro parenti.

³⁵ Le lettera dell'art. 2 comma 5° cit. di per sé non appare preclusiva a questa estensione poiché usa il termine straniero senza alcuna specificazione a differenza di quanto previsto al 2°,3° e 4° comma del medesimo articolo, ma la ratio della disciplina ,diretta solo ad assicurare parità di trattamento allo straniero regolare, fa propendere per la soluzione contraria.

³⁶ Circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria-Segreteria Generale dell'8/7/98 .

Nel nostro ufficio di sorveglianza, ad esempio, è invalsa la prassi di concedere agli stranieri permessi premio al fine di effettuare delle conversazioni telefoniche avvalendosi di un apparecchio situato nel corpo di guardia dell'istituto : in questo modo quei soggetti che , pur meritevoli del beneficio non vi possano essere ammessi per mancanza di punti di riferimento all'esterno, possono stabilire dei contatti più frequenti e più lunghi con i familiari.

Si ricordi, inoltre, che il colloquio visivo, il quale ha la durata massima di un'ora, può essere prolungato in caso di eccezionali circostanze e che comunque è prolungato sino a due ore quando i congiunti e conviventi risiedono in un comune diverso .

Devo, ancora, rilevare che anche in tema di ammissione ai permessi premio le opportunità degli stranieri con l'entrata in vigore della legge n. 189/02 nella pratica si sono ulteriormente ridotte .

I permessi premio costituiscono parte integrante del trattamento penitenziario e sono finalizzati al reinserimento del condannato nella società costituendo in genere la prima tappa di un percorso che si conclude con l'ammissione ai benefici più ampi quali le misure alternative .

Ora è ovvio che, laddove non si offre alcuna occasione di integrazione sociale, diventa ancora più alto il rischio del mancato rientro dal beneficio e che ciò indurrà i Magistrati di Sorveglianza a una maggiore prudenza nel valutare le istanze degli stranieri irregolari.

Ne consegue che parlare, rispetto a un detenuto extracomunitario, di un trattamento carcerario finalizzato al suo reinserimento nella società è ormai quasi un "non senso" : nella gran parte dei casi quel soggetto sarà allontanato dal territorio dello Stato o

durante l'esecuzione della pena se sussistono i presupposti dell'espulsione applicata dal Magistrato di Sorveglianza o successivamente in sede di espulsione amministrativa .

Infine va rilevato che, secondo il disegno legislativo, il numero dei detenuti stranieri nelle nostre carceri è destinato a diminuire, non solo a seguito dell' espulsione ma anche in virtù della introduzione da parte della legge n. 286/2002 di quella peculiare ipotesi di proscioglimento ante dibattimento prevista dall'art. 13 comma 3 quater T.U. : l'effettiva uscita dell'indagato dal territorio dello Stato a seguito di espulsione amministrativa implica, infatti, la definizione del procedimento penale con sentenza di non luogo a procedere qualora non sia stato ancora emesso il provvedimento che dispone il giudizio (fattispecie che non riguarda comunque i reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a e art. 12 T.U. n. 286).

Nella realtà i problemi applicativi della nuova disciplina (si pensi alla impossibilità in certi casi di accertare le esatte generalità dello straniero ai fini dell'espulsione applicata dal Magistrato di Sorveglianza e in generale alle difficoltà che la Questura incontra a far fronte ad infiniti adempimenti) ne ridurranno o ritarderanno inevitabilmente gli effetti.

Per contro l'impatto che la riforma ha comunque avuto in ordine al trattamento penitenziario degli stranieri non è stato certo "indolore" tenuto conto della "spada di Damocle dell'espulsione potenzialmente incombente sugli stessi"³⁷.

Maria Gabriella Pintus

³⁷ Così Massimo Niro in "L'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione: note critiche", pubblicata in *Diritto & Diritti*, rivista giuridica on line.

