



OSSERVATORIO MIGRAZIONI, ISTITUTO DI FORMAZIONE POLITICA "PEDRO ARRUPE" - CENTRO STUDI SOCIALI

# MIGRAZIONI IN SICILIA 2020

A CURA DI SERENELLA GRECO E GIUSEPPINA TUMMINELLI

 MIMESIS

Comitato Scientifico: Roberto Foderà, Serenella Greco, Simona La Placa, Fabio Massimo Lo Verde, Marilena Macaluso, Alessandra Pera, Nicoletta Purpura, Giuseppina Tumminelli.

Coordinamento: Serenella Greco, Giuseppina Tumminelli.

Autori: Mario Affronti, Carmelo Arezzo, Gabriella Argento, Annalisa Busetta, Silvia Buzzone, Gandolfa Cascio, Maria Cristina Cavallaro, Vincenzo Ceruso, Francesca Citarrella, Cinzia Conti, Deborah De Felice, Ginevra Demaio, Umberto Di Maggio, Silvia Di Meo, Roberta Teresa Di Rosa, Roberto Foderà, Roberta Giunta, Serenella Greco, Francesca Ieracitano, Alagie Jinkang, Simona La Placa, Francesca Licari, Fabio Massimo Lo Verde, Marilena Macaluso, Paola Maggio, Maria Chiara Monti, Organizzazione Internazionale per le Migrazioni (OIM), Letizia Palumbo, Francesco Parisi, Alessandra Pera, Roberto Petrillo, Emanuela Petrona Baviera, Sara Rigazio, Silvia Rignanese, Maria Laura Russo, Laura Serretta, Marianna Siino, Giuseppina Talamo, Tiziana Tarsia, Marco Tofani, Giuseppina Tumminelli, Fulvio Vassallo Paleologo, Francesco Vigneri.

Mimesis Edizioni (Milano – Udine)

[www.mimesisedizioni.it](http://www.mimesisedizioni.it)

[mimesis@mimesisedizioni.it](mailto:mimesis@mimesisedizioni.it)

Isbn: 9788857579320

© 2021 – Mim Edizioni SRL

Via Monfalcone, 17/19 – 20099

Sesto San Giovanni (MI)

Phone: +39 02 24861657 / 24416383

# MIGRAZIONI IN SICILIA 2020

La pubblicazione è stata realizzata con il supporto del CeSVoP - Centro di Servizi per il Volontariato di Palermo e del Progetto "PRISMA Piano Regionale Integrato per una Sicilia Multiculturale e Accogliente", finanziato a valere sull' Obiettivo Specifico 2 Integrazione/Migrazione legale - Obiettivo nazionale 2 Integrazione, del Programma Nazionale del Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione (FAMI) 2014-2020, Codice Progetto: Prog-2450, CUP G69F18000630007.



CE.S.VO.P.

Centro di Servizi per il Volontariato di Palermo



PRISMA

PIANO REGIONALE INTEGRATO PER UNA  
SICILIA MULTICULTURALE E ACCOGLIENTE



PROGETTO  
CO-FINANZIATO  
DALL'UNIONE EUROPEA



FONDO ASILO, MIGRAZIONE E INTEGRAZIONE (FAMI) 2014 - 2020

OS2 Integrazione/Migrazione - ON2 Integrazione - Avviso pubblico multi-azione n. 1/2018 - Piano Regionale Integrato per una Sicilia Multiculturale ed Accogliente - PRISMA (PROG-2450)

Il rapporto è a cura di Serenella Greco e Giuseppina Tumminelli.

La foto in copertina è di Giuseppina Tumminelli.

Il rapporto è stato completato nell'aprile 2021.

La pubblicazione può essere consultata su Internet, al sito <https://istitutoarrupe.gesuiti.it>.

Gli autori possono essere contattati all'indirizzo: [osservatorio@istitutoarrupe.it](mailto:osservatorio@istitutoarrupe.it).

La riproduzione è consentita citando la fonte.

LO *STATUS* DI STRANIERO IRREGOLARE  
E LE FINALITÀ RIEDUCATIVE  
DELL’AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE

di Paola Maggio  
(Professore Associato di Diritto Processuale Penale,  
Dipartimento di Scienze Politiche e Relazioni Internazionali, Università degli Studi di Palermo)

## 1. La questione sul tappeto

Con la decisione del 30 gennaio 2020 la prima sezione della Corte di Cassazione<sup>1</sup> ha segnato un deciso punto a favore di una visione convenzionalmente e costituzionalmente orientata delle misure alternative al carcere, destinata a prevalere sulla considerazione del mero *status* soggettivo di straniero irregolare privo del permesso di soggiorno<sup>2</sup>.

Viene in particolare sovvertita la decisione del Tribunale di sorveglianza di Firenze che aveva rigettato l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale di un immigrato detenuto in espiazione di pena inflitta per i reati di rapina impropria e lesione personale. Il quadro personologico globale fornito dal tribunale di Sorveglianza denotava l'assenza di ulteriori condanne o pendenze

penali, la regolarità della condotta penitenziaria, la adeguata partecipazione alle attività trattamentali, la disponibilità di un familiare ad accoglierlo, nonché la possibilità di svolgere volontariato in parrocchia, in caso di concessione della misura alternativa. Il gruppo di osservazione e trattamento, pur non sottacendo la tendenza del condannato a minimizzare le sue responsabilità, aveva espresso parere favorevole.

Nonostante tali elementi positivi, l'organo della sorveglianza escludeva di potere pronosticare ragionevolmente un reinserimento sociale per il soggetto immigrato e la non recidiva, data la mancanza di una vera e propria offerta lavorativa e del permesso di soggiorno.

La Corte di legittimità ha capovolto tale esito, escludendo che l'assenza di lavoro e la mancanza del permesso di soggiorno possano fungere da presupposti ostativi all'ottenimento della misura alternativa per eccellenza, ovvero l'affidamento in prova al servizio sociale. A detta dei giudici di legittimità il sistema delle misure alternative assegna prioritariamente all'istituto, disciplinato dall'art. 47 Ord. pen., lo scopo di realizzare la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost., comma 3, ogniqualvolta sulla base dell'osservazione della personalità del condannato condotta in istituto, o del comportamento da lui tenuto in libertà, si ritenga che il relativo regime, anche attraverso l'adozione di opportune prescrizioni, possa contribuire ad assicurare la menzionata finalità, prevenendo il

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. I, 30 gennaio 2020, n. 10315, in *CED*, n. 278690.

<sup>2</sup> E. Santoro, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro «destino» a fine pena*, in *«Dir. imm. citt.»*, 2004, p. 23.

pericolo di ricaduta nel reato. Poiché il momento centrale valutativo per la concessione del beneficio è l'evoluzione della personalità successivamente al fatto-reato, nella prospettiva di un ottimale reinserimento sociale<sup>3</sup>, a detta della Cassazione, il processo di emenda deve essere significativamente avviato, ancorché non sia richiesto il già conseguito ravvedimento, che caratterizza il diverso istituto della liberazione condizionale, previsto dal codice penale<sup>4</sup>. In linea con i precedenti più attenti a una piena realizzazione della umanità della pena non si ritiene, peraltro, necessaria la sussistenza di un lavoro già disponibile, potendo tale requisito essere surrogato da un'attività socialmente utile, anche di tipo volontaristico<sup>5</sup>. Nè – ed è questo il punto

---

<sup>3</sup> Cass., Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 10586, in *C.E.D. Cass.*, n. 274993.

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, 7 ottobre 2010, n. 43687, in *C.E.D. Cass.*, n. 248984.

centrale della decisione – appare di ostacolo alla concessione della misura alternativa la mera condizione di straniero irregolarmente soggiornante<sup>6</sup>. Si ribadisce inoltre la necessità di improntare l'apprezzamento sull'idoneità o meno, ai fini della risocializzazione e della prevenzione della recidiva, e l'effettuazione della prognosi sottostante alla esigenza di massima realizzazione della decarcerazione<sup>7</sup>, tenendo conto delle cornici normative di garanzia e con l'onere di una adeguata motivazione giustificatrice<sup>8</sup>.

Per la Corte di legittimità la prognosi di recidiva effettuata dal tribunale di sorveglianza appare, per conseguenza, priva di fondamento, non trovando riscontro alcuno nell'esito del trattamento. Quel che peggio, secondo la

<sup>5</sup> Cass., Sez. I, 26 febbraio 2013, n. 18939, in *C.E.D. Cass.*, n. 256024.

<sup>6</sup> Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 14500, in *C.E.D. Cass.*, n. 233420.

Corte, è l'aver desunto dallo *status* di straniero irregolare, automaticamente, la carenza di prospettive di reinserimento nel tessuto familiare e sociale che necessita invece di specifici e concreti elementi dimostrativi, del tutto mancanti nel caso di specie.

Il mero *status* di straniero irregolare – lo chiariscono con efficacia i giudici di legittimità – non può divenire appiglio esperenziale succedaneo a una valutazione approfondita e completa della evoluzione personalistica del reo.

## **2. L'affidamento in prova: un istituto in divenire**

Costruito intorno al modello della *probation* anglosassone, l'affidamento in prova al servizio sociale ha incarnato lo spirito migliore della riforma

<sup>7</sup> Cass., Sez. I, 10 febbraio 2010, n. 16442, in *C.E.D. Cass.*, n. 247235.

<sup>8</sup> Cass., Sez. I, 1 febbraio 1992, n. 652, in *C.E.D. Cass.*, n. 189375-01.

dell'Ordinamento Penitenziario del 1975 e ha da sempre rappresentato il «fiore all'occhiello»<sup>9</sup> delle misure alternative al carcere.

Esso è volto a consentire una fuoriuscita dal circuito detentivo, seppure sotto la diretta supervisione dei servizi sociali e attraverso un programma anche rigoroso di prescrizioni. Accanto alla realizzazione della vocazione retributiva della pena, l'istituto mira a valorizzare l'atteggiamento collaborativo del soggetto<sup>10</sup>.

Per essere ammesso alla misura alternativa, come affermato anche dalla Corte di legittimità nella vicenda in

analisi, deve emergere la concreta possibilità che attraverso un appropriato programma di prescrizioni obbligatorie e facoltative si favorisca la rieducazione del reo e lo si allontani dai rischi di una ricaduta nel reato. Soprattutto a fronte di pene detentive di non lunga durata è maturata la sicura consapevolezza della inadeguatezza del trattamento *intramoenia*, così come della assoluta disutilità della custodia in carcere.

Nonostante l'incidenza statistica conclamata sul contenimento dei tassi di recidiva<sup>11</sup>, la disciplina normativa dell'istituto non sempre ha saputo

esaltare i tratti di prezioso ausilio rispetto a una concezione effettivamente risocializzante della sanzione penale. Gli innesti normativi e le riscritture della Consulta ne hanno modellato i contenuti in modo non del tutto coerente<sup>12</sup>, tanto che può dirsi negli ultimi anni l'istituto abbia subito differenti mutazioni. Esso si è trasformato da strumento di trattamento progressivo a strumento sostitutivo *ab initio* della pena detentiva<sup>13</sup>. Accanto ai presupposti originari della prognosi di positiva rieducazione e di non recidiva hanno sempre più assunto un ruolo centrale le esigenze di contenimento della

---

<sup>9</sup> Nella celebre affermazione di F. Bricola, *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello della riforma penitenziaria"*, in «*Quest. crim.*», 1976, p. 373. Centralità riconosciuta dalla giurisprudenza Cass., Sez. I, 19 marzo 1980, Tummino, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1408.

<sup>10</sup> F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento Penitenziario Commentato*, Padova, 2015, p. 502.

<sup>11</sup> Le statistiche fornite nel novembre del 2020 indicano 90.471 soggetti in esecuzione penale esterna ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)). Cfr. S. Carnevale, F. Siracusano, M.G. Coppetta, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, p. 155 ss.

<sup>12</sup> T. Travaglia Cicirello, *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma -*

*l'affidamento in prova al servizio sociale: da misura "alternativa" alla detenzione a "misura penale di comunità" a contenuto riparativo?* in «*Giur. it.*», 2016, p. 1517.

<sup>13</sup> A. Della Bella, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in «*Riv. it. dir. proc. pen.*», 2005, p. 1492.

popolazione carceraria, con una distorsione finalistica della misura, che rischia di trasformarsi impropriamente in valvola di sfogo di un sistema incapace di far fronte all'emergenza del sovraccollamento<sup>14</sup>.

La prassi degli ultimi anni ha assegnato all'affidamento anche un obiettivo ulteriore che si somma ai precedenti, ovvero la finalità riparativa in cui le misure alternative finiscono per assumere anche i caratteri propri della *restorative justice*.

Va detto che solo parzialmente la riforma Orlando (l. 23 giugno 2017 n. 103) tradottasi nella emanazione dei d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124, si è fatta carico di una revisione organica e di un potenziamento dell'affidamento in prova anche in funzione delle diverse modulazioni assunte in

concreto dall'istituto. Tra le rinunce a esercitare la Delega su molti punti o, meglio, tra le vere e proprie "retromarcie" rispetto alle conclusioni cui erano pervenuti gli Stati generali dell'Esecuzione penale, deve stigmatizzarsi proprio l'abbandono da parte del legislatore delegato della facilitazione di accesso alle misure alternative.

In perfetta corrispondenza con la "stretta" alle preclusioni e con il principio di "progressione trattamentale" la lett. b) del comma 85 delle legge-delega fissava infatti l'obbligo di «revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative». Il criterio, pensato in funzione di una massiccia decarcerazione si ispirava alle tipologie di reato per i quali la detenzione *intra moenia* si configura come proporzionata rispetto alla gravità oggettiva

del fatto e al grado di pericolosità del soggetto.

In realizzazione del c.d. *net widening effect*<sup>15</sup>, la scelta si poneva in stretta continuità con la l. 9 agosto 2013, n. 94, che aveva rimosso alcuni ostacoli nell'accesso alla detenzione domiciliare e alla semi-libertà per i recidivi (introdotti dalla ex-Cirielli nel 2005) e ridotto la possibilità di applicare la custodia cautelare.

La risistemazione e il riordino delle molte misure alternative vigenti, nonché il necessario innalzamento dei limiti di pena e la modifica della disciplina di alcuni benefici penitenziari, così da favorire un più ampio accesso all'esecuzione *extra moenia* per i soggetti che beneficino della sospensione dell'esecuzione in stato di libertà (articolo 656, comma 5, c.p.p.), erano

---

<sup>14</sup> M. Bortolato, *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma*, in «Giur. It.», 2016, p. 1517.

<sup>15</sup> G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 27 giugno 2014; P. Sechi, *Contrasto al*

*sovraccollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in «Riv. it. dir. proc.pen.», 2015, p. 201.

pertanto apparso come logici e ineludibili sviluppi delle buone soluzioni *medio tempore* avviate.

Su questo versante, non si era mancata di osservare l'eccessiva latitudine della Delega troppo imperniata sul versante oggettivo di deflazione dei carichi per il ricorso alle misure alternative rispetto all'esigenza di individualizzazione della scelta, o alle evidenziate istanze riparative, ma era evidente che essa segnasse comunque un ulteriore passo di avvicinamento della giurisdizione sul momento sanzionatorio verso i canoni della 'giusta esecuzione'. Percorso per molti versi inarrestabile, come conferma il parallelo innalzamento, sebbene a livello interpretativo, dei limiti del *quantum* di pena per la sospensione

dell'ordine di esecuzione e il conseguente accesso alle misure alternative che, pure sfuggito all'intervento del legislatore delegato, è stato addirittura e favorevolmente parametrato dalla Consulta<sup>16</sup>.

Nell'attuazione della 'Riforma Orlando' l'abbandono delle fondamentali scelte risocializzative sugli adulti appare solo parzialmente riequilibrato dal potenziamento delle misure penali di comunità pensate a vantaggio dei minori<sup>17</sup>, con il risultato ulteriore di rendere il modello sanzionatorio globale più sbilenco rispetto al passato, anche perché non accompagnato da una rivisitazione complessiva del sistema.

Rispetto all'ampio disegno tratteggiato dalla Delega, possono dunque

segnalarsi riduttivamente solo alcune novità in materia di misure alternative alla detenzione, introdotte dall'art. 7 del d.lgs. n. 123 del 2018.

Il comma 1, lett. *a)* dell'art. 7 integra la disposizione dell'art. 47, comma 2, Ord. pen., sull'affidamento in prova al servizio sociale, riformulandone in parte i contenuti. In attuazione del criterio di cui alla lett. *d)* della l. n. 103 del 2017, si è fissato l'obbligo di osservazione della personalità nell'ottica di potenziare l'indagine conoscitiva a disposizione della magistratura di sorveglianza in merito all'efficacia risocializzante della misura e ai rischi di recidiva del soggetto anche quando si tratti di un condannato "libero sospeso". In questo secondo caso la posizione del

---

<sup>16</sup> La Corte costituzionale con sentenza 6 febbraio 2018, n. 41, in [www.giur.cost.it](http://www.giur.cost.it), ha dichiarato l'art. 656, comma 5, c.p.p. costituzionalmente illegittimo nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della

pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni.

<sup>17</sup> Cfr. L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle*

*pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 novembre 2018.

condannato farà sì che la relazione di sintesi acquisibile nel procedimento di sorveglianza in ambiente esterno sarà effettuata dall'U.E.P.E., con un'osservazione personalistica che si aggiungerà ai dati del suo profilo giudiziario, all'inchiesta condotta dagli assistenti sociali e alle informazioni acquisite dalle Forze dell'ordine, entro le scadenze temporali ora scandite dall'art. 656 comma 6 c.p.p. L'abbinamento alla tradizionale osservazione del recluso *intra moenia* da realizzare per almeno un mese in istituto vedrà certamente amplificate le funzioni degli uffici dell'U.E.P.E..

Come detto, il testo del "rinnovato" comma 2 dell'art. 47, Ord. pen., stabilisce che l'U.E.P.E. svolga nei confronti dei condannati in stato di libertà non più una semplice indagine socio-familiare, bensì una più approfondita osservazione della personalità da tradurre in una relazione di sintesi. In vista

dell'applicazione di misure alternative, si prevede il coinvolgimento di un'équipe multidisciplinare, ricalcata sul modello di quella operante all'interno del carcere e capace di esprimere pareri anche sui dati comportamentali del condannato. Per l'espletamento di questa attività, presso gli uffici dell'esecuzione penale esterna dovranno necessariamente essere incardinate (o coinvolte mediante idonee forme di collaborazione) altre figure professionali che affianchino gli assistenti sociali nell'inchiesta da inviare alla magistratura di sorveglianza.

Va detto che l'espressa modifica in questi termini dell'art. 72 Ord. pen. non si è tuttavia abbinata a un impegno economico nel settore, con intuibili malumori degli stessi uffici, unitamente a difficoltà e lentezze nell'espletamento del nuovo gravoso compito che incidono sulla tempistica globale del rito di sorveglianza.

Pure a fronte di questi riaggiustamenti limitati, il comune denominatore dell'affidamento in prova resta sempre il necessario superamento della logica carcerocentrica nella percezione sociale della sanzione penale, utile a frammentare il preteso connubio tra reclusione e sicurezza collettiva.

### **3. Una scelta in linea con la massima realizzazione della finalità rieducativa**

Nella decisione in analisi, la Cassazione mostra piena consapevolezza di questo percorso evolutivo così come delle linee giurisprudenziali improntate a una lettura costituzionalmente orientata delle finalità della pena, insuscettibile di sopportare trattamenti improntati alla disegualianza fra cittadino e straniero.

Da ciò l'esigenza di un evidente allineamento a quelle decisioni che hanno correttamente ritenuto la condizione

di irregolarità non ostativa alla concedibilità della misura<sup>18</sup>. Tra le molteplici considerazioni poste a base di questa visione garantista rientrano: un'esegesi orientata della disciplina legislativa che non contiene alcun espresso divieto di applicazione delle misure penitenziarie al condannato straniero; la negazione di un rapporto d'inconciliabilità logica o giuridica tra espiazione penale esterna e l'eventuale condizione di espulso o espellendo del condannato, dato che l'espiazione della pena rappresenta essa stessa il titolo che, sospendendo l'irrogazione o l'esecuzione dell'espulsione amministrativa, legittima la temporanea presenza dello straniero irregolare in territorio italiano; un concetto di reinserimento e recupero sociale sistematicamente

ampio ed inclusivo, nel settore penale, dei condannati extracomunitari.

Del resto, nessuna norma di ordinamento penitenziario vigente discrimina, ai fini dell'accesso ai benefici, il cittadino dallo straniero irregolare. Né è legislativamente rinvenibile alcun divieto, anche di tipo implicito, per quest'ultimo, rispetto alla fruizione di misure penitenziarie che comportino, in tutto o in parte, l'allontanamento dalla struttura carceraria. Tale visione ha trovato un significativo riconoscimento da parte delle Sezioni unite<sup>19</sup> che hanno correttamente rilevato come nel vigente sistema di esecuzione penale non esista, e non possa essere costruita a livello interpretativo, pena la violazione dei principi costituzionali d'uguaglianza e di finalità rieducativa della pena, una sorta di «regime

speciale» deteriore, che riguardi un'intera categoria di soggetti, gli stranieri clandestini o comunque irregolari. Anzi, i principi di garanzia che improntano la materia penitenziaria impongono l'adozione – ai fini dell'applicazione di una misura alternativa, funzionale al recupero e al reinserimento sociale del condannato – di schemi valutativi che bandiscano soluzioni predefinite astratte. Tale sarebbe una seppure soltanto ipotizzata presunzione assoluta di pericolosità, derivante dalla condizione di clandestino o di soggetto illegalmente soggiornante. Nella visione della Consesso nomofilattico si predilige giustamente l'apprezzamento specifico della posizione individuale del singolo condannato, di qualunque nazionalità, e del suo percorso trattamentale e rieducativo che

---

<sup>18</sup> Cass., Sez. I, 26 febbraio 2013, n. 18939, in C.E.D. Cass., n. 256025; Cass. Sez. I, 9 maggio 2006, n. 21836, *ivi*, n. 234702.

<sup>19</sup>Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 14500, *cit.*

impongono la permanenza nel territorio dello Stato al fine di svolgere eventualmente attività lavorativa. È proprio la condanna penale, col provvedimento del tribunale di sorveglianza che ne fissa le modalità d'esecuzione in forma alternativa al carcere, a costituire titolo idoneo a giustificare quella permanenza, sospendendo l'efficacia dell'espulsione amministrativa altrimenti decretata, e a consentire l'attività lavorativa da svolgere con modalità derogatorie alla normativa restrittiva vigente in quest'ultima materia. Né tali istanze superiori possono essere contemperate dalle esigenze poste alla base dell'eventuale espulsione o peggio da finalità deflative generali

---

<sup>20</sup> G. Di Gennaro, M. Bonomo, R. Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1987, p. 41.

<sup>21</sup> A. Caputo, *L'immigrazione: ovvero la cittadinanza negata*, in «Attacco ai diritti», a cura di L. Pepino, Roma- Bari, 2003, p. 40.

del sistema penale. Decisioni, quelle citate, cui si allinea correttamente il provvedimento in analisi, che appaiono espressive di un moderno diritto dell'esecuzione penale, proprio di uno Stato democratico in cui emerge il carattere non discriminatorio del sistema penitenziario<sup>20</sup>, così come ulteriormente sviluppatosi negli ultimi anni. Esse sanciscono l'incompatibilità di un diritto penale speciale dei migranti fondato essenzialmente sulla repressione<sup>21</sup>, nonché l'ampia portata della funzione rieducativa della pena, che non può essere esclusa – vale la pena ribadirlo – in rapporto allo straniero «clandestino» pur destinato a rientrare nel suo Paese d'origine. In

<sup>22</sup> C. Renoldi, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in «Dir. imm. citt.», 2004, p. 87. Deve segnalarsi una nota del 9 dicembre 2020, redatta dal Procuratore generale della Corte di Cassazione (leggibile in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 18

entrambi i casi, lo straniero si trova in regime d'esecuzione di pena e che è proprio questo il titolo legittimante la sua presenza sul territorio dello Stato<sup>22</sup>. La previsione della possibilità di emettere ordini di esecuzione sospesi, nei casi previsti dall'art. 656 comma 5 c.p.p., anche nei confronti di extracomunitari irregolari, comprova che questi ultimi non possano ritenersi esclusi dal circuito delle misure alternative, alla cui concessione quel regime di sospensione è strettamente funzionale

Si tratta di un'impostazione risalente e diffusa<sup>23</sup> semplicemente riassumibile nelle enunciazioni secondo cui «le misure alternative trovano applicazione

gennaio 2021) volta a favorire la fruizione delle misure alternative anche da parte di soggetti che, pur avendo i requisiti per beneficiarne, siano privi di un domicilio idoneo.

<sup>23</sup> Cass., Sez. I, 31 gennaio 1985, n. 315, in «Giur. it.», 1985, II, p. 257.

nei confronti di tutti coloro che si trovano ad espriare pene, inflitte dal giudice italiano, in istituti italiani, senza distinzione di nazionalità»; il reinserimento sociale del condannato non può distinguere tra società italiana ed estera e «la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici»<sup>24</sup>. Una visione prospettica confortata anche dalla Consulta laddove si è affermato che la condizione di clandestinità non può essere considerata di per sé indice di pericolosità sociale e pertanto non può precludere che si raggiunga l'obiettivo della rieducazione attraverso l'applicazione di una misura extramuraria<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> L. Pagano, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in «Guida dir.», 2006, n. 22, p. 58.

<sup>25</sup> Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, in «*Giur. cost.*», 2007, p. 745, con nota di F. Della Casa, *Sconfessata in nome dell'art. 27 comma 3 Cost. una "debordante" interpretazione della*

Quello che emerge dal sistema è dunque un rifiuto netto verso la logica dello straniero irregolare quale condannato "speciale", totalmente estranea alle direttive costituzionali che esigono la finalizzazione della pena verso l'obiettivo della rieducazione<sup>26</sup>.

#### **4. La ciclica riproposizione del paradigma dello straniero come nemico del sistema penale**

Se queste sono le premesse teoriche, gli sfondi normativi e le migliori applicazioni giurisprudenziali, v'è da chiedersi su cosa poggino le ragioni del Tribunale di Sorveglianza – opportunamente corrette qui dalla Cassazione – che hanno indotto a formulare

*normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, ivi, p. 756.

<sup>26</sup> G. Fiandaca, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 20 novembre 2020.

pericolose equazioni fra il mero *status* del soggetto privo del permesso di soggiorno e il diniego della misura alternativa.

Si tratta infatti di meccanismi valutativi cui è sotteso un inaccettabile etichettamento dello straniero come «immigrato illegale» (condizione normale per lui, in assenza di permesso di soggiorno), che lo rende tuttavia fuorilegge.

Illegali, paradossalmente, appaiono semmai le varie forme di detenzione "amministrativa" presupposto per l'espulsione<sup>27</sup> che hanno subito un notevole incremento negli ultimi anni<sup>28</sup>. Il dato che complessivamente preoccupa è che la considerazione dello

<sup>27</sup> F. Resti, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in «*Ind. pen.*», 2006, p. 181 ss.

<sup>28</sup> Sia consentito rinviare a P. Maggio, *Decreto sicurezza, migranti e garanzie processuali*, in «*Crit. dir.*», 2018, p. 194 ss.

straniero come altro, diverso, nemico, da parte del sistema penale, anziché rafferarsi, in quanto del tutto privo di fondamento normativo, torna prepotentemente e ciclicamente in auge.

Basti pensare alle prese di posizione politiche degli ultimi due anni nei confronti dei fenomeni migratori<sup>29</sup>, tali da indurre uno dei più sensibili filosofi del diritto del nostro tempo, Luigi Ferrajoli, ad etichettare amaramente le «derivate populiste, antipolitiche e xenofobe del nostro sistema politico», non lesinando critiche alla crisi evidente dei valori fondanti la democrazia costituzionale<sup>30</sup>. Non si tratta, purtroppo, di

un fenomeno esclusivamente nazionale. Meccanismi xenofobi analoghi hanno imperato nell'America trumpana<sup>31</sup>, emulativamente richiamata a modello dal governo italiano proprio nella recente e tristissima stagione italiana dei respingimenti in mare.

Scelte legislative e politiche che ci sono costate sonore censure da parte delle Nazioni Unite attraverso l'Ufficio del Commissario per i Diritti Umani di Ginevra. Le recenti direttive governative<sup>32</sup> su migranti e Ong l'Italia è stata tacciata senza mezzi termini di «grave violazione delle convenzioni internazionali» sui Diritti dell'uomo e della

protezione dei migranti e rifugiati, con particolare riguardo a «the climate of hostility and xenophobia against migrants». Tutte manifestazioni riconducibili al più deteriore dei significati del populismo penale, non a caso tornato prepotentemente al centro del dibattito pubblico<sup>33</sup>.

Quando il sistema penale instrada nei confronti dello straniero (der Fremde), – in base esclusivamente orientata dalla sua diversità – il conflitto<sup>34</sup> si innesca una contrapposizione sempre più netta tra italiani e migranti anche con riguardo al sistema penitenziario. Lo «straniero», portatore di culture

---

<sup>29</sup> L. Masera, *Il diritto penale "dei nemici" - la disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2020, p. 805 ss.

<sup>30</sup> L. Ferrajoli, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in «Quest. giust.», 21 marzo 2019, p. 1 ss.

<sup>31</sup> C. Mainwaring, M. Walton Roberts, *Governing Migration from the Margins*, in «Soc. & leg. stud.», 2018, vol. 27 (2), p. 131 ss.

<sup>32</sup> La lettera dell'Ufficio del Commissario dei diritti umani del 15 maggio 2019 è leggibile sul sito [www.open.online](http://www.open.online), 18 maggio 2019.

<sup>33</sup> Fra i principali scritti degli ultimi si segnalano: E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in

*Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in «Quest. giust.», 2019, n. 1, c. (c. 353), p. 10 ss.; v. pure A. Cucinotta, *Legittimità, legalità e la deriva «populista» in occidente*, in Foro it., 2018, V, p. 353 ss.

<sup>34</sup> Nella locuzione usata da C. Schmitt, *Le categorie del politico*, trad. di P. Schiera, Bologna, 1972, p. 108 ss.

antagoniste diviene esso stesso un pericolo per lo Stato o per la società. Da questo punto di vista la nota formula di un eminente giurista tedesco Günther Jakobs (diritto penale del cittadino/diritto penale del nemico<sup>35</sup>) non presenta solo un valore puramente descrittivo, ma normativo, e, aggiungeremo, anche interpretativo. Essa dà cittadinanza giuridica a fenomeni di esclusione sociale radicale, di lotta e di guerra, senza chiarire i limiti di legittimità delle categorie introdotte<sup>36</sup>.

Non si tratta di novità assolute o isolabili geograficamente: episodi analoghi le società multiculturali le registravano già a metà dell'800 quando si guardava

come a «non cittadini», e dunque non titolari dello status normale delle persone americane<sup>37</sup>. Soggetti diversi sui quali concentrare le violenze e le repressioni<sup>38</sup>: estranei alla comunità in questo caso perché provenienti da altra etnia o altro Paese.

In maniera analoga lo straniero irregolare è divenuto il più recente dei “nemici” verso cui rivolgere l'attenzione del sistema punitivo<sup>39</sup>: “il clandestino”, secondo il linguaggio stigmatizzante spesso usato dai media, è diventato il principale bersaglio della risposta repressiva, il nemico sacrificale da offrire all'opinione pubblica per alimentare diffuse sensazioni di insicurezza. Le

dimensioni di neutralizzazione e di *deterrance* sono così prevalenti rispetto a quelle di retribuzione e di colpevolezza, con una marcata strumentalizzazione della persona per finalità simboliche e generalpreventive<sup>40</sup>.

Germi culturali nefasti, che giungono sino a negare ogni possibilità di reinserimento al detenuto, per fortuna efficacemente neutralizzati e disinnescati da letture giurisprudenziali, salvifiche e in linea con i valori costituzionali, quali quelle propugnate dal provvedimento in commento.

---

<sup>35</sup> G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in «Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)», 2004, p. 88 ss.

<sup>36</sup> Per tutti, M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in «Cass. pen.», 2006, p. 735 ss.

<sup>37</sup> Tali erano stati qualificati giuridicamente i neri americani dalla Supreme Court degli Stati Uniti nel caso *Dred Scott v. Stanford* del 1857, in

cui si è esclusa l'estensione dei diritti di cittadinanza dei bianchi ai negri di discendenza africana (*Dred Scott v. Stanford* in 60 U.S. 393 (1857), in . B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York-Oxford, 1993, p. 105 ss.).

<sup>38</sup> A. Portelli, *Il ginocchio sul collo. L'America, il razzismo, la violenza tra presente, storia e immaginari*, Roma, 2020.

<sup>39</sup> M. I. Bianco, *Il diritto penale “contro” lo straniero. Teoria e pratica delle politiche d'integrazione*, in «Freed. Sec. & Just.», 2018, f. 2, p.1 ss.

<sup>40</sup> Ancora M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., p. 754.