



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2015
I DIRITTI DEI DETENUTI

Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni

di PATRIZIO GONNELLA

Le identità e il carcere: donne, stranieri, minorenni

di PATRIZIO GONNELLA

Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto - Università di Roma Tre – Presidente di Antigone

Abstract

Il trattamento individualizzato è dalla nostra legge penitenziaria connesso ‘ai bisogni della personalità’. E’ questa una formula che rinvia a una nozione rischiosa di trattamento che assume un sapore clinico, pedagogico e disciplinare. Il sistema penitenziario invece necessiterebbe un cambio di paradigma che metta al centro i bisogni della persona anziché quelli della personalità. Un obiettivo riformatore che si persegue attraverso un’attenzione specifica a categorie di detenuti (donne, stranieri, minorenni) oggi invece sottostimate normativamente. Un contributo in questa direzione arriva dalla *softlaw* europea.

Our penitentiary law declares that personalized treatment is related to ‘personality needs’. This is a dangerous statement that refers to a merely clinical, pedagogical and correctional nature of treatment. A paradigmatic change of the prison system is needed, in order to focus primarily on person's needs instead. A reformatory purpose that should be pursued with a specific attention to some prisoners' groups (women, juveniles, foreign nationals) that are now underrated by the law. European soft-law gives a solid contribution in this sense.

SOMMARIO: 1. *Bisogni della personalità e bisogni della persona*; 2. *Identità e dignità*; 3. *Le identità nell'ordinamento penitenziario del 1975 e nel Regolamento del 2000*; 4. *Le donne*; 5. *Gli stranieri*; 6. *I minorenni*.

1. *Bisogni della personalità e bisogni della persona*

È un'ipocrisia pensare che una norma, per sua natura astratta e generale, possa essere capace di occuparsi complessivamente e olisticamente dei bisogni profondi della singola persona. Ogni persona è il frutto di infinite caratteristiche, alcune delle quali non identificabili all'esterno. Solamente attraverso l'uso di categorie intermedie, seppur necessariamente anch'esse generiche, il diritto per approssimazione potrà avvicinarsi con meno astrazioni ed errori ai bisogni dell'individuo.

Il trattamento è individualizzato: così è scritto in apertura dell'Ordinamento Penitenziario all'articolo 1. Il successivo articolo 13 connette il trattamento «*ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto*». I bisogni dunque non sarebbero quelli della persona bensì quelli della personalità. Uno scivolamento linguistico non casuale. D'altronde, subito dopo, nello stesso articolo 13 si scrive che: «*nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale*»¹.

Dunque viene disarticolato il binomio bisogni-diritti della persona e costruito un binomio di tipo medico-terapeutico.² Quest'ultimo è corroborato da un'enfasi pseudo-scientifica. La personalità evoca immediatamente il carattere. Nel linguaggio medico 'caratteriale' è colui che nelle relazioni si propone agli altri attraverso un'esasperazione di alcuni dei propri tratti. Qualcosa dunque di cui non si è consapevoli. Il 'caratteriale' non agita un conflitto perché intende conflagrare ma perché è indotto a farlo da una tendenza del carattere. Il reato è dunque spiegato come se fosse il frutto di un mancato adattamento alla vita sociale ordinaria provocato da disturbi di personalità. Classico lo stereotipo che ricorre in questa visione: il reato sarebbe sempre qualcosa che segna un disadattamento o comunque delle carenze di dote fisica o psichica.³ Si nega che il reato sia comunque produzione artificiosa del legislatore, che la sua commissione possa essere decisa in piena coscienza e libertà di azione ma soprattutto che ciò che oggi è considerato reato può non essere più tale con il passare del tempo. È facile ricordare che alcune condotte che erano considerate criminose ai tempi dell'entrata in vigore del codice Rocco nel 1930 sono successivamente divenute legali o finanche occasioni di vanto pubblico o comunque meritevoli di apprezzamento.

Il trattamento individualizzato per essere autenticamente tale, ovvero affinché tenga conto non dei 'caratteri' ma delle 'identità' e delle 'biografie',⁴ andrebbe sganciato da ogni riferimento medico-psichiatrico alla personalità e viceversa agganciato ai bisogni della persona.⁵ È questo un cambio di paradigma che richiede una collocazione della dignità umana e dei diritti delle persone private della libertà fuori dall'arco dell'offerta trattamentale. Ogni subordinazione dei diritti economici, sociali, culturali, civili e

politici alla logica correzionale del trattamento derubrica i diritti a tasselli di un progetto che lo Stato mette discrezionalmente a disposizione dei detenuti.

Se dunque è ai bisogni della persona e non ai bisogni della personalità che il trattamento deve guardare allora sarà possibile costruire progetti realmente individualizzati, ovvero effettivamente mirati al rispetto delle singole identità e non invece pretenziosamente diretti a tenere conto dei caratteri e dei problemi psico-fisici individuali.

Il tema del trattamento deve essere sottratto il più possibile alle ambiguità che lo circondano.⁶ Deve essere demedicalizzato.⁷ Non deve essere una forma di «*addomesticamento di corpi*»⁸. Deve essere deideologizzato e de-eticizzato. Solo così, ovvero solo allorquando si esca dal ragionamento clinico stretto nell'arco di orizzonte 'diagnosi-prognosi', il trattamento potrà non essere più considerato una 'cura'. Solo quando sarà del tutto fuori dalla logica clinica il trattamento riuscirà con maggiore efficacia a tenere conto in modo pragmatico delle diverse identità penitenziarie.⁹

Le norme penitenziarie per guardare alla persona devono necessariamente usare le categorie intermedie del genere, dell'età, dell'origine. Esse servono a individualizzare le norme il più possibile, a evitare che gli eccessi di astrattezza penalizzino alcuni appartenenti a minoranze che andrebbero a soffrire l'indeterminatezza delle disposizioni. Pertanto il trattamento individualizzato *de jure condendo* dovrebbe essere sganciato dalla personalità, dovrebbe essere agganciato alla persona, dovrebbe spingere il legislatore a dedicare spazio e attenzione alle macro-categorie delle donne, degli stranieri, dei minorenni.

2. *Identità e dignità*

«*La dignità dell'uomo è intangibile. E' dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla*».¹⁰ I costituenti tedeschi non ritennero dover definire cosa fosse quel parametro giuridico posto dalle Nazioni Unite a fondamento del sistema dei diritti umani.¹¹ La definizione della dignità umana è tutta in chiave negativa. È intuitivo infatti cosa significhi violarla. Lo era ancor più per chi aveva negli occhi l'Olocausto e i campi di concentramento. «*Non vi è libertà ogniqualvolta le leggi permettano che l'uomo cessi di essere persona e diventi cosa*».¹² Senza la dignità, per Kant,¹³ vi è la degradazione dell'uomo a oggetto. La degradazione dell'uomo a oggetto, per Beccaria, fa perdere la libertà. Senza la dignità non vi può essere libertà. Esiste quindi un rapporto di causa-effetto tra dignità e libertà. Se si perde la dignità si perde anche la libertà. Se l'uomo perde la libertà non perde la dignità.¹⁴ Non è un caso che le norme che proibiscono la tortura vietano anche i trattamenti inumani o degradanti. La degradazione è quindi perdita totale o parziale di dignità umana.

È intuitivo cosa significhi violare la dignità umana in quanto usiamo l'empatia.¹⁵ L'empatia ci rivela che esistono gli altri. Nella sua teoria Lynn Hunt intende dimostrare che grazie ai grandi romanzi nel Settecento che contenevano storie e biografie di uomini e donne appartenenti a classi sociali subalterne fosse evidente ai lettori che gli esseri umani fossero tutti uguali. L'uguaglianza dunque come prodotto dell'empatia.¹⁶ Il diritto avrebbe preso coscienza e positivizzato ciò che era auto-evidente in quanto razionalmente ovvio. Nonostante A è A e al contempo è anche Non-A, l'empatia

funziona in quanto esiste un unico genere umano, in quanto tutte le persone risultano dotate di umanità, ovvero di dignità umana. Siamo tutti uno. L'identità è individuale. Tutti noi abbiamo una carta di identità utile all'altrui 'identificazione'. Luogo, data di nascita e sesso sono elementi costitutivi dell'identità. Neanche la carta di identità però potrà mai tracciare l'identità completa di ciascuno. Nella carta d'identità giustamente non vi è traccia dell'orientamento sessuale né della propria percezione identitaria. Si discute da qualche decennio intorno alla non coincidenza di sesso e identità di genere¹⁷. Esistono infinite identità, tante quante sono le differenze ovvero tante quante sono le persone. Solo proteggendo la dignità umana su scala universale si potrà tenere conto delle infinite identità. La società libera – e imitativamente quella reclusa – dovrebbero occuparsi delle infinite identità. Per comodità o per semplificazione le si riassume in categorie. I riassunti di identità favoriscono i processi empatici.

Il trattamento individualizzato in un carcere dovrebbe essere capace di tenere conto delle singole identità. Per farlo non deve guardare ai bisogni della personalità ma ai bisogni della persona. Non essendo possibile costruire norme che si adattino in modo calzante alle infinite persone, sono evidentemente necessari contenitori normativi che tengano conto di caratteristiche comuni. Il legislatore penitenziario, per considerare in modo efficace i bisogni degli individui, deve sottrarre gli stessi dall'indistinzione e raggrupparli in insiemi più ampi che favoriscono a loro volta i percorsi di empatia, in quanto fanno avvicinare gli altri all'uno. Le azioni positive nel mondo del lavoro sono servite a ridurre il gap delle disuguaglianze tra uomo e donna. Ugualmente il sistema penitenziario deve partire dall'individualità dei bisogni e dei diritti sapendo che per farlo ha bisogno di ricorrere a insiemi che non siano troppo indistinti, altrimenti si vanno a perdere le biografie e si rende faticosa l'empatia. Anche il mondo penitenziario, così come il mondo del lavoro, necessita che siano previste azioni positive a promozione e protezione di alcune 'identità' carcerarie.

3. Le identità nell'ordinamento penitenziario del 1975 e nel Regolamento del 2000

Donne, stranieri, minori, sono alcune delle 'identità' carcerarie rispetto alle quali va verificato quanto la legislazione penitenziaria in vigore sia capace di tenere conto della specificità dei bisogni. Se da un lato vi è enfasi pseudo-clinica intorno al trattamento individualizzato e all'osservazione scientifica della personalità, dall'altro vi è una standardizzazione normativa che appare lontana dai bisogni di particolari tipologie di detenuti. Ai tempi dell'entrata in vigore della legge penitenziaria, si era nel 1975, la composizione socio-criminale della popolazione reclusa era in parte differente rispetto all'attuale. Gli stranieri rispetto a oggi erano percentualmente pochi, i minori erano in numero più alto rispetto a quello attuale ma non interessavano ancora il legislatore, le donne infine erano presenti nelle carceri in numeri percentuali e assoluti bassi e dunque corrispondenti a quelli odierni. Si trattava pertanto di minoranze penitenziarie alle quali nel 1975 non si prestò attenzione normativa adeguata. Nei venticinque anni intercorsi tra la legge del 1975 e il Regolamento di Esecuzione dell'Ordinamento Penitenziario del 2000¹⁸ sono successe molte cose nella società e nella giurisprudenza italiana, solo alcune delle quali hanno trovato adeguata codificazione nel Regolamento. Nel 2000 ad esempio uno spazio maggiore è stato dedicato ai bisogni linguistici e culturali delle persone detenute straniere, essendo queste ultime divenute numericamente sempre più numerose. La contemporanea riduzione dei ragazzi reclusi negli istituti penali per

minori dovuta alle nuove norme di procedura di fine anni '80 non ha favorito la previsione di norme *ad hoc* per la loro condizione detentiva. Nel caso delle donne l'attenzione si è fermata, retoricamente e a tratti, al sotto-insieme delle detenute madri. Nei quindici anni che invece sono trascorsi dall'approvazione del Regolamento di Esecuzione fino a oggi, soltanto a livello di normativa secondaria è emersa, seppur a tratti e non compiutamente, la consapevolezza di preoccuparsi delle identità penitenziarie sia nell'ottica di elevare gli standard di trattamento sia in quella di ridurre i tassi di conflittualità infra-penitenziari. Chi è infatti impegnato nella gestione dell'esecuzione penale non ha potuto ignorare le tante e diverse identità penitenziarie avendole sotto i propri occhi. Il legislatore invece è rimasto sostanzialmente inerte nonostante le sollecitazioni provenienti dall'ambito Onu, europeo e giudiziario-costituzionale.

4. *Le donne*¹⁹

Nella legge penitenziaria del 1975 non vi è una norma dedicata in modo specifico, articolato e completo ai bisogni e ai diritti delle donne detenute a differenza di quanto accade nelle Regole Penitenziarie Europee del 2006.²⁰ Nell'Ordinamento Penitenziario tutto è declinato al maschile, a partire dal linguaggio. Vi sono riferimenti alle donne qua e là in ordine sparso, con uno sguardo rivolto prioritariamente (o meglio quasi esclusivamente) alla donna qualora si trovi nella condizione di madre di bambino piccolo. Vi è una considerazione normativa indiretta per la madre in quanto genitrice di un bambino di cui ha la potestà di cura. All'articolo 11 si prevede che alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni.²¹ Gli articoli 21-bis e 21-ter, introdotti in epoca più recente,²² assimilano il lavoro all'esterno all'assistenza dei figli.²³ Queste norme insieme a quelle che seguono, in materia di donne in stato di gravidanza o di neo-madri, mettono al centro dunque non la donna in quanto tale ma la donna nel suo rapporto con il figlio che verrà o che è appena nato. Come detto è la relazione madre-figlio che si vorrebbe preservare nell'interesse superiore del minore. Con le due leggi del 2001 e del 2011²⁴, approvate nell'arco di un decennio, il legislatore, sull'onda dell'emozione data dall'innocenza ristretta dietro le sbarre, ha cercato soluzioni che consentissero di andare oltre il modello detentivo classico, ogniquale volta ci fossero donne con bimbi piccoli. Il legislatore ha provato a disegnare nei confronti della detenuta-madre un sistema di speciali misure alternative alla detenzione e di attenuazioni alla reclusione ordinaria.²⁵ Dunque più che un'attenzione specifica all'identità femminile nel tempo si è strutturata un'attenzione all'identità di madre. Un'attenzione che però non è rivolta alla madre *tout court*, ovvero anche a quella con figli piccoli o grandi fuori dall'Istituto, bensì alla sola madre di bimbo molto piccolo costretto a stare in carcere per mancanza di altre soluzioni familiari. Sono i soli articoli 13, in materia di ubicazione delle donne e loro netta separazione dagli uomini²⁶, e 42-bis in materia di traduzioni (articolo introdotto nel 1992 in occasione delle modifiche dirette a irrigidire la legislazione penitenziaria nei confronti delle persone accusate o condannate per taluni crimini ritenuti più gravi)²⁷ a occuparsi della donna in quanto donna e non del solo caso della donna-madre. Come si può vedere l'insieme delle disposizioni di legge non guarda in profondità alla differenza femminile. Una maggiore consapevolezza dell'identità femminile è presente invece all'interno del Regolamento di esecuzione del 2000.²⁸ All'articolo 8 a proposito di igiene personale e all'articolo 9 in materia di vestiario e corredo si introduce, seppur con molta cautela, il tema della specificità dei bisogni delle donne.²⁹ Alle sole donne viene concessa la

presenza del bidet in cella.³⁰ Dunque nel tempo sono state la condizione di madre e la relazione con il figlio ad avere un'attenzione crescente, nonostante i numeri dei bambini piccoli reclusi insieme alle loro mamme in carcere non sia mai stato particolarmente alto. I dati più recenti, risalenti a fine dicembre 2014, indicano in ventotto i bambini rinchiusi nei dodici asili nido funzionanti. Tre sarebbero, secondo le generose rilevazioni statistiche ufficiali del Ministero della Giustizia, gli Istituti a custodia attenuata per detenute madri. Ai tempi dell'entrata in vigore della prima legge (nel 2001) che si è occupata in modo sistematico delle detenute madri i bambini erano invece settantotto.

Tabella numero 1 -Detenute madri e asili nido - Anni 2000 – 2014

Data rilevazione	Detenute madri con figli in carcere	Bambini minori 3 anni in carcere	Detenute in stato di gravidanza
31/12/2000	70	78	33
31/12/2001	61	63	15
31/12/2002	56	60	16
31/12/2003	53	56	25
31/12/2004	56	60	24
31/12/2005	64	64	31
31/12/2006	48	51	17
31/12/2007	68	70	23
31/12/2008	53	55	18
31/12/2009	70	73	11
31/12/2010	42	43	6
31/12/2011	51	54	13
31/12/2012	40	41	5
31/12/2013	40	40	17
31/12/2014	27	28	9

Fonte Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

L'obiettivo normativo è dunque inequivocabilmente 'la protezione del minore'. La donna è in secondo piano. Un obiettivo che potrebbe portare nel futuro anche a ulteriori modifiche della legge dirette a trovare soluzioni radicali alternative al carcere per i bambini costretti alla detenzione con le loro mamme. È questo l'interstizio che può favorire un cambiamento delle modalità di esecuzione della detenzione femminile e addirittura di quella maschile?

Le donne delinquono molto meno degli uomini (non hanno mai rappresentato negli ultimi vent'anni più del 5% della popolazione detenuta), ma soffrono il sovraffollamento da loro prodotto. Il massimo della rappresentanza in termini percentuali vi è stato nel 1992 con il 5,43%. Oggi è pari al 4,3%. In totale le donne al 31

marzo 2015 erano 2.354. Forse proprio il fatto che sono molto poche (rispetto ai circa attuali 51 mila uomini) ha prodotto una sotto-considerazione normativa.

Tabella numero 2 - I luoghi e i numeri della detenzione femminile in Italia al 31 marzo 2015

Roma Rebibbia	351
Venezia Giudecca	84
Trani	155
Pozzuoli	30
40 Sezioni presso Istituti maschili	1.734
Totale	2.354

Rielaborazione su fonte del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

Oltre a una sotto-considerazione normativa vi è anche una sotto-considerazione amministrativa e organizzativa? Poco più di una donna su quattro vive in un carcere del tutto femminile. Le altre sono ristrette in sezioni ubicate all'interno di carceri maschili con una media di presenza per sezione di poco superiore alle quaranta unità. Capita in queste sezioni che la gran parte delle attenzioni sia rivolta dagli operatori a chi rappresenta la maggioranza della popolazione reclusa ovvero agli uomini. Nell'organizzazione penitenziaria centrale esiste un Ufficio detenuti e trattamento. Non esiste un ufficio di pari dignità amministrativa che si occupi di detenute e trattamento. Il trattamento dell'intera popolazione detenuta è affidato un magistrato che dirige un ufficio declinato al maschile. Non è certo il pubblico ministero la figura professionale più competente circa i bisogni psico-sociali delle donne.

La detenzione di una donna non è assimilabile a quella di un uomo per mille motivi e non solo per la questione della maternità o per le necessità igieniche. Nelle Regole penitenziarie europee del 2006 vi è questa consapevolezza nonostante le percentuali di presenze femminili siano basse praticamente in tutti i paesi europei, a prescindere dalla cultura più o meno emancipativa del paese stesso, dall'essere un paese mediterraneo o nordico, protestante o cattolico.³¹

Tabella numero 3 – Le percentuali delle donne in carcere in alcuni paesi europei- Anno 2013

Spagna	7.6%
Finlandia	7.3%
Germania	5.7%
Paesi Bassi	5.4%
Grecia	5.2%
Regno Unito	4.6%
Italia	4.3%
Polonia	3.3%

Rielaborazione su dati Space - Università di Losanna, Consiglio d'Europa

Alle donne è dedicato l'articolo 34 che vuole andare oltre ogni forma di standardizzazione e omogeneizzazione del trattamento penitenziario.³² Esso tra l'altro prevede che: *«Le autorità devono porre un'attenzione particolare ai bisogni fisici, professionali, sociali e psicologici delle donne detenute al momento di prendere decisioni che coinvolgono qualsiasi aspetto della detenzione»*. Dunque si parla di bisogni non solo fisici, ma anche professionali, sociali e psicologici, così delineando un'identità femminile che non è solo biologica ma è anche biografica e sociale. Nel successivo articolo 81 si prevede che debba esserci un personale penitenziario formato e specializzato a lavorare con le donne (oltre che con minorenni, stranieri e malati psichici). Dunque le identità penitenziarie richiedono attenzione su tanti livelli, compresi quelli organizzativi, formativi, strutturali. La donna nell'ordinamento penitenziario italiano è considerata nella sola sotto-identità di madre. In parte se ne è resa conto la stessa amministrazione penitenziaria, che pur non facendo il passo lungo e necessario di una più complessa riorganizzazione degli uffici, per colmare il gap che divide la nostra legge rispetto alle regole europee, nel 2008³³ ha proposto un regolamento ministeriale per le sezioni e gli istituti femminili. Viene messo a disposizione degli istituti periferici un regolamento-tipo che dovrebbe valere dappertutto a esclusione delle sezioni di Alta Sicurezza. Si ammette in modo esplicito che la circolare *«mira a colmare una grave lacuna dell'organizzazione penitenziaria, favorendo l'introduzione su tutto il territorio nazionale, pur con gli adattamenti necessari a ciascuna realtà locale, di una regolamentazione specifica che tenga conto delle peculiarità dell'esecuzione penale riguardante il genere femminile»*. Compare la parola 'genere'. Si riconosce che *«forse anche a causa dell'esiguità della percentuale di donne detenute, rimasta pressoché costantemente attestata intorno al 5% delle presenze complessive, si riscontra un'evidente difficoltà del sistema a elaborare accorgimenti organizzativi e offerte riabilitative idonei a cogliere e valorizzare la specificità della popolazione detenuta femminile»*. Addirittura si scrive che: *«nel mondo penitenziario, sono andati diffondendosi linguaggi e codici valoriali riferibili essenzialmente agli uomini, basati su meccanismi di dominio e su modalità relazionali fondate sul potere e sulla forza. Ciò ha determinato un'oggettiva difficoltà nel riconoscere ed accogliere la complessità del 'femminile' inteso non solo come differenza di sesso ma anche come diversità di sistemi simbolici e valoriali... Si rende, quindi, necessario un lavoro di sensibilizzazione finalizzato all'attivazione e alla costruzione di un impianto concettuale, metodologico e di intervento politico e sociale che riconosca e valorizzi la differenza di genere, così dando piena attuazione alle norme, nazionali ed internazionali, che tutelano i diritti delle persone ristrette»*. Dopo queste premesse ci si sarebbe potuti attendere una maggiore ambizione regolamentare. Invece restano ancora eccessive le assimilazioni tra uomo e donna nella vita quotidiana. Eppure le donne evadono meno, non commettono quasi mai atti di violenza e i magistrati di sorveglianza si fidano maggiormente di loro nella concessione di misure alternative alla detenzione. Seppur meritoriamente ispirato a una idea nuova di regolamentazione specifica della identità femminile, tornano anche nella circolare alcuni stereotipi. Ad esempio sulle vocazioni e le passioni femminili. L'identità femminile di cui occuparsi pare sia in alcune regole quella della donna casalinga appassionata di sartoria, per cui la si autorizza a tenere con sé il kit per il cucito, cosa che mai sarebbe pensabile prevedere anche per il più tranquillo e 'sicuro' degli uomini.

Facciamo però un passo indietro e torniamo alle detenute-madri anche al fine di rispondere alla domanda se attraverso il cuneo delle norme che le riguardano (si pensi

alla previsione normativa della esecuzione della pena nelle case protette e non nelle carceri) si può modificare il modello di detenzione per tutte le altre e tutti gli altri. Vanno segnalati una sentenza della Corte Costituzionale e una tesi di studio. La sentenza è la numero 239 del 2014. I giudici sostengono testualmente: *«l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-quinquies della medesima legge [...] nonché la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge, ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti»*. Così la Consulta scardina il sistema giuridico del trattamento carcerario senza prospettiva di rilascio anticipato, a partire da una identità penitenziaria, ovvero quella della donna-detenuta-madre. La tesi invece è quella presente all'interno di un recente libro scritto a otto mani (Stefano Anastasia, Valentina Calderone, Luigi Manconi, Federica Resta)³⁴ secondo cui è a partire da alcune specificità detentive che si può raggiungere l'obiettivo dell'abolizione del carcere e della sua sostituzione con altre pene meno violente e invasive. Tema questo che ritornerà a proposito della detenzione dei minorenni. Secondo gli autori la lenta erosione di pezzi di carcerazione per alcune tipologie di detenuti potrebbe lasciare in vita un piccolo nucleo reclusorio di cui un giorno si potrebbe fare più facilmente a meno. Dunque si ritiene che dalla decarcerizzazione della detenuta-madre si possa arrivare alla decarcerizzazione della detenuta donna e a seguire del detenuto uomo. Così l'attenzione normativa verso la figura della detenuta-madre riacquista una sua funzione che va oltre l'interesse superiore del minore. È questa un'ipotesi di lavoro che spiega come la considerazione legislativa possa fluire nel tempo dalla donna detenuta in quanto madre alla donna detenuta in quanto donna.

5. *Gli stranieri*³⁵

I riferimenti ai 'bisogni della personalità' e al reato quale indice di 'carenze psico-fisiche' risultano ancora più macroscopicamente ideologici e illiberali qualora riferiti agli stranieri detenuti. Allo straniero detenuto, circostanza che non sarebbe potuta accadere al detenuto autoctono, potrebbe essere capitata l'esperienza della detenzione provocata dalla condizione esclusiva di straniero. Il luogo di nascita, che di certo la persona non si sceglie, diviene esso stesso parte del reato imputatogli. Sino al 2011³⁶ e per quasi un decennio lo status di straniero è stata la concausa di un'ipotesi di responsabilità penale; per due anni nel nostro ordinamento è stata la causa esclusiva dell'applicazione di un aggravio di pena.³⁷ Dunque, il trattamento individualizzato nel caso dello straniero perde ogni collegamento possibile e razionale con una concezione clinica e patologica del reato. Quale carenza psico-fisica mai può avere una persona che vede allungarsi la pena a causa del fatto che è nata in una nazione piuttosto che in un'altra? Il trattamento individualizzato, affinché non scada in trattamento sanitario il quale se applicato allo straniero fa venire in mente brutti ricordi, non può che essere un'operazione ben più articolata e complessa. I bisogni della persona straniera sono connessi a circostanze sociali, economiche, politiche e culturali.

Il conflitto identitario è alla base di tutti gli stereotipi che governano l'immigrazione. È difficile unificare i bisogni e i diritti degli stranieri all'interno di un'unica indistinta identità. I bisogni religiosi, igienico-sanitari, sociali, culturali di una persona che arriva dal Maghreb non sono evidentemente gli stessi di quelli di una persona che arriva

dall'est Europa o dall'estremo oriente. Nonostante ciò è risultato comunque chiaro al legislatore europeo, più che a quello italiano, che vi sia necessità di norme *ad hoc* per l'insieme degli stranieri. È sicuramente possibile standardizzare alcuni bisogni all'interno della categoria dei non autoctoni. Ritornano i concetti di empatia e di approssimazione.

La nostra legislazione penitenziaria intesa in senso largo, ovvero non solo l'Ordinamento penitenziario del 1975 ma anche le norme sull'organizzazione dei servizi e sulla smilitarizzazione del corpo degli agenti di custodia del 1990³⁸, è pensata per un detenuto tipo maschio e italiano, scarsamente alfabetizzato. Eppure i numeri dei detenuti stranieri, molto cambiati negli ultimi decenni, avrebbero dovuto imporre una revisione normativa, mai invece avvenuta. Tra il 1981 quando i detenuti stranieri rappresentavano il 5,7% della popolazione detenuta globale e oggi che costituiscono il 32,5%³⁹ sono passati trentaquattro anni, sono state approvate tre leggi organiche sull'immigrazione, sono nate forze politiche che vivono di sentimenti xenofobi, è nata una tendenza all'etnicizzazione del diritto penale.⁴⁰

Tabella n.4 - Gli stranieri detenuti nelle carceri italiane rispetto al totale della popolazione detenuta a partire dagli anni ottanta

<i>1981</i>	<i>1985</i>	<i>1996</i>	<i>1998</i>	<i>2015</i>
<i>5.7%</i>	<i>10%</i>	<i>19.95%</i>	<i>25.04%</i>	<i>32.5%</i>

Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

La legge sull'immigrazione del 2002 (la c.d. Bossi-Fini⁴¹) accostò in via definitiva il tema dell'immigrazione a quello della sicurezza e della criminalità⁴². Nacquero nuove fattispecie incriminatrici direttamente legate ai flussi migratori. Eppure i dati statistici evidenziano come solo in parte le presenze in carcere di detenuti stranieri siano uno specchio dei movimenti migratori.⁴³

Tabella n.5 - Tasso di detenzione delle comunità straniere in Italia.

<i>Numero di detenuti per numero di residenti regolari – anno 2013</i>	
MAROCCO	704
ALBANIA	518
ROMANIA	309
MOLDAVIA	127
INDIA	110
CINA	104
UCRAINA	88
FILIPPINE	35

Rielaborazione propria su dati Istat

Il lavoro di approssimazione normativa che favorisce l'empatia richiederebbe ben altra attenzione organizzativa, istituzionale e statistica intorno alla persona detenuta straniera. Invece non sufficienti sono le norme generali che si occupano delle stranieri in carcere e scarsamente significativi sono i dati ministeriali differenziati per nazionalità. In particolare l'elemento che più sconcerta è il trattare a livello statistico la comunità straniera come se fosse un unico grande contenitore demografico e sociale indifferenziato. La comprensione, ai fini preventivi e diagnostici, di un fenomeno sociale e criminale richiederebbe invece informazioni puntuali, estremamente dettagliate. Nelle statistiche ufficiali non vi è alcun riferimento differenziato per nazionalità sui dati che riguardano i reati, le pene, lo status personale, il livello di istruzione, la qualifica professionale pregressa. Se questi dati fossero presenti sarebbe anche più facile l'elaborazione normativa standardizzata per l'insieme degli stranieri.⁴⁴

Le statistiche si occupano dello straniero quale macro-categoria. Le norme invece non riescono neanche a fare questo. Dai dati a disposizione si desume che la popolazione detenuta straniera è molto più giovane rispetto a quella italiana. Si pensi che rispetto al totale dei detenuti in Italia appartenenti alla stessa fascia di età gli ultrasessantenni detenuti stranieri sono solo il 2%, mentre coloro che hanno meno di trent'anni sono ben oltre il 50%. Man mano che cresce l'età diminuisce dunque il peso percentuale della comunità migrante. È dunque quella immigrata una popolazione detenuta molto giovane. Questo è segno evidente che molti di quei detenuti sono ragazzi o giovani adulti che avevano messo in piedi da poco un progetto di migrazione, seppur fallito.

Tabella n.6 - L'età degli stranieri – dati 2014

<i>Percentuale detenuti stranieri rispetto agli italiani divisi per fasce d'età</i>	
18-20 anni	58%
21-24 anni	51%
25-29 anni	54%
30-34 anni	46%
35-39 anni	36%
40-44 anni	28%
45-49 anni	22%
50-59 anni	13%
60-69 anni	6%
70 e oltre	2%

Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

Sempre dalle statistiche ufficiali emerge che il numero degli stranieri con un livello di educazione medio o addirittura alto – laureati e diplomati – è in percentuale corrispondente a quella degli italiani. In generale (vale dunque per tutti) i livelli di alfabetizzazione sono molto bassi e ricordano un'Italia di altri tempi. Altissimo è il numero delle persone il cui titolo di studio non è rilevato. In effetti anche i dati sul

livello di educazione sono molto approssimati: non vi è distinzione per nazionalità, per tipo di laurea conseguita, per legame con una precedente significativa esperienza professionale.

I dati sull'età anagrafica e sul livello di educazione potrebbero essere funzionali alla programmazione di interventi di reintegrazione sociale e lavorativa, ovviamente ben più facili da strutturare qualora i destinatari siano persone particolarmente giovani o formate. La concessione di misure alternative o di benefici premiali quali il lavoro all'esterno, di cui all'articolo 21 dell'ordinamento penitenziario, dovrebbero essere più congeniali per persone mediamente giovani (così come accade nella vita libera) posto che trattasi di misure comunque agganciate a occasioni di lavoro o di studio. Ma questo di fatto non avviene.

Vi è un chiaro gap discriminatorio nei confronti degli stranieri per quanto concerne il sistema dell'esecuzione penale esterna. Al 30 aprile 2015 erano complessivamente 12.539 le persone in affidamento in prova al servizio sociale, 789 in semilibertà, 9.635 in detenzione domiciliare, 5994 soggette a lavori di pubblica utilità. La percentuale degli stranieri, a seconda della misura, varia tra il 5 e il 25%. Meno del 10% nel caso dell'affidamento in prova per tossicodipendenti dallo stato di detenzione, intorno al 25% nel caso della detenzione domiciliare ottenuta dallo stato di detenzione. Gli stranieri sono dunque intorno al 17% del totale delle persone in misura alternativa. Lo scarto negativo è evidente rispetto a chi invece è detenuto in carcere. Ben quindici punti percentuale in meno. Gli stranieri fruiscono meno delle opportunità di reintegrazione sociale rispetto agli italiani, eppure sono più giovani, commettono delitti meno gravi ed espiano pene meno lunghe. I motivi possono essere riassunti in tre grandi sottoinsiemi: minore fiducia nei loro confronti da parte della magistratura di sorveglianza, minore fiducia da parte dei servizi sociali, minori risorse economiche e legali a disposizione.

E guardando al reato contestato e alle pene comminate che si capiscono meglio la dimensione criminale e i bisogni socio-educativi dei detenuti stranieri. Come si vede i reati degli stranieri sono principalmente connessi alla loro condizione di migranti, volontari o forzati.

Tabella n.7- I reati degli stranieri - Anno 2014

<i>Tipo di reato</i>	<i>Percentuale italiani</i>	<i>Percentuale stranieri</i>
Ass. stampo mafioso	98.4%	1.6%
Legge armi	91.1%	8.9%
Contro il patrimonio	72.3%	27.7%
Contro la persona	69.7%	30.3%
Legge droga	62.9%	37.1%
Prostituzione	22.6%	77.4%
Legge immigrazione	8.5%	91.5%

Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

Lo sguardo rivolto alle pene inflitte ugualmente segnala come man mano che la pena si allunga (segno della gravità del reato) diminuisce la percentuale degli stranieri.

Tabella n.8- Le pene inflitte agli stranieri

Percentuali rispetto agli italiani- Anno 2014	
Condanne a meno di 1 anno	50.4%
Tra 1 e 2 anni	47.6%
Tra 2 e 3 anni	45.5%
Tra 3 e 5 anni	37%
Tra 5 e 10 anni	26.8%
Tra 10 e 20 anni	21.7%
Oltre 20 anni	12.2%
Ergastolo	5.5%

Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

Il dato sulla pena residua da scontare segna come gli stranieri sono quelli in proporzione più vicini alla fine del periodo di carcerazione. Questo dato li renderebbe potenzialmente più pronti per percorsi esterni di reinserimento sociale visto che il limite del residuo di pena è quello previsto dalla legge per l'accesso a talune delle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario. Eppure come visto gli stranieri accedono meno rispetto agli italiani alle varie ipotesi di esecuzione penale esterna. È questo il segno di un sistema che vive di giudizi e di pregiudizi.

Tabella n.9 - La pena residua da scontare degli stranieri

Percentuali rispetto al totale della popolazione detenuta – Anno 2014	
Meno di 1 anno	44.3%
Tra 1 e 2 anni	38.3%
Tra 2 e 3 anni	32.1%
Tra 3 e 5 anni	31.1%
Tra 5 e 10 anni	22%
Tra 10 e 20 anni	18%
Oltre 20 anni	14.3%
Ergastolo	5.5%

Rielaborazione propria su dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria

L'insieme dei dati sociali e criminali relativi alla popolazione detenuta immigrata segna in modo inequivoco quanto il sistema della giustizia penale è messo a disposizione di un'idea fortemente selettiva su base etnica e sociale delle opportunità di integrazione.

Le norme penitenziarie del 1975 e del 1986 sono italianocentriche. L'organizzazione della vita penitenziaria, il modello prescelto di trattamento rieducativo e di osservazione scientifica della personalità, il sistema delle misure alternative alla detenzione, le figure professionali che compongono lo staff penitenziario guardano a un detenuto tipo che è italiano. Dunque le leggi italiane che regolamentano l'esecuzione della pena non tengono conto della specificità della condizione di migrante. Vi è in apertura della legge del 1975 un riferimento generico di natura anti-discriminatoria.⁴⁵ La nozione di imparzialità, in apertura di una legge che regolamenta doveri pubblici nonché doveri e diritti individuali, rinvia alla nozione generica di uguaglianza ma non risolve la questione della presa in carico delle differenze e di una gestione autenticamente attenta al trattamento individualizzato. Nel corpo della legge italiana le differenze nazionali, etniche, religiose non sono adeguatamente prese in considerazione. Mancano norme *ad hoc* sulla condizione del detenuto straniero. Esse sono necessarie invece sia dal punto di vista reale che simbolico. Pensiamo a tre punti cardine del regime penitenziario: religione, rapporti con la famiglia e disciplina.

L'articolo 26 dell'Ordinamento Penitenziario afferma quanto segue: «*I detenuti e gli internati hanno libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto. Negli istituti è assicurata la celebrazione dei riti del culto cattolico. A ciascun istituto è addetto almeno un cappellano. Gli appartenenti a religione diversa dalla cattolica hanno diritto di ricevere, su loro richiesta, l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti*». Ognuno ha dunque diritto a professare la propria religione ma solo il cappellano fa parte dello staff istituzionale e solo lui tra i ministri di culto è retribuito dallo Stato.⁴⁶ È questa una norma che guarda alla popolazione detenuta di un'altra stagione storica ovvero di quel periodo nel quale la quasi totalità di essa era costituita da italiani di fede cattolica. Ai fini dell'esercizio in concreto della propria fede religiosa non è proprio la stessa cosa autorizzare l'ingresso occasionale in carcere di ministri di culti di altre religioni o pagarne uno che possa esercitare il proprio ruolo praticamente *full time*. In tutte le carceri vi è la cappella cattolica ma raramente vi sono altri luoghi ufficiali di culto. Il cappellano, seppur informalmente e indirettamente, non è estraneo ai percorsi di reinserimento verso la società esterna. In alcuni casi l'équipe composta dal direttore, dall'educatore e dall'assistente sociale incaricata per legge di elaborare il programma individualizzato di trattamento tiene conto anche delle opinioni e dei suggerimenti operativi del cappellano. È la sua una voce in più che però non potrà levarsi, se non casualmente, a sostegno materiale dei detenuti stranieri di altre religioni⁴⁷.

All'articolo 28 dell'Ordinamento Penitenziario si afferma che «*particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie*». Ma le modalità degli incontri tra i detenuti e i loro cari sono tutte pensate in funzione di una famiglia vicina e mobile. È presumibile che un detenuto straniero abbia i propri parenti e amici non proprio nella città dove è temporaneamente recluso. Ogni detenuto può ricevere visite dai familiari per non più di sei ore al mese e fare non più di una telefonata di dieci minuti a settimana. Non vi è intercambiabilità tra colloquio visivo e corrispondenza telefonica. Inviare mail o sentirsi via Skype non è quasi in nessun luogo consentito essendo vietato per tutti collegarsi alla rete internet.

Così è evidente che i rapporti personali delle persone straniere sono a forte rischio di rottura e dispersione. Qualora uno straniero potesse intrattenere rapporti telefonici quotidiani, anche a proprie spese, con la famiglia residente all'estero tutto sarebbe più facile. Inoltre nella maggior parte delle carceri non vi è possibilità di telefonare quando si vuole bensì solo nelle ore di ufficio; si fa domanda e sarà un agente di polizia penitenziaria a fare materialmente la telefonata. Così, ad esempio, in tutti i casi di presenza di un fuso orario che ribalta il giorno con la notte il detenuto vedrà nei fatti preclusa tale opportunità di colloquio. Negare la rete internet a tutti fa però più male ai detenuti stranieri. Contingentare le telefonate a tutti determina ugualmente un danno maggiore ai detenuti stranieri.

Infine, in carcere il sistema disciplinare è decisivo rispetto al percorso di anticipazione del rientro in libertà. È spesso sufficiente che la sola imputazione di un'infrazione (dunque il non esserne ancora condannati) sia alla base della decisione della magistratura di sorveglianza di negare la liberazione anticipata⁴⁸ il cui presupposto normativo è l'adesione alle regole di trattamento. Seppur vero che il sistema disciplinare è governato dal principio di legalità per cui «*i detenuti e gli internati non possono essere puniti per un fatto che non sia espressamente previsto come infrazione dal regolamento*»⁴⁹ è altresì evidente come il mancato richiamo espresso al fatto che allo straniero sia data la possibilità di avere un interprete che gli spieghi la procedura e quali siano i suoi diritti depotenzia sino a rendere evanescente il principio di legalità. Inoltre le infrazioni disciplinari sono legate a episodi di vita carceraria che molto spesso riguardano le modalità di relazionarsi o le abitudini quotidiane. La previsione regolamentare di una vita omologata per lo straniero e l'italiano, dove il primo deve assumere le abitudini giornaliere del secondo (orario e qualità dei pasti, disponibilità dei canali televisivi, tipologia delle attività culturali) sul cui standard di vita è modellata la quotidianità penitenziaria, lo rende vulnerabile e soggetto al rischio di continue infrazioni.

Ci vorrebbe pertanto una rivoluzione organizzativa che tenga conto di come sia cambiata l'utenza penitenziaria e ridisegni il tutto alla luce della presenza non minoritaria dello straniero in carcere. Andrebbe rivisto lo staff penitenziario inserendo per via istituzionale figure nuove capaci di guardare alla composizione etnica e nazionale della popolazione detenuta. Pertanto l'enunciazione di principi anti-discriminatori, per essere effettiva, richiederebbe ulteriori modifiche legislative, organizzative e operative. Essa resta una petizione di principio qualora non si modificano le norme prevedendo regole *ad hoc* per i detenuti stranieri in modo da specificarne condizione e diritti, e non si faccia un passo in avanti dal punto di vista manageriale e culturale. Ogni carcere deve avere un numero sufficiente di mediatori culturali⁵⁰, traduttori e interpreti pagati dallo Stato e inseriti a pieno titolo nella vita penitenziaria. Non deve trattarsi di figure, come oggi avviene, parificate al volontariato, pagate poco e male dalle Regioni o dai Comuni, prive di spazio e tempo per occuparsi di situazioni umane complesse e di attenuare le sofferenze prodotte dalla detenzione. Devono essere professionisti assunti con concorso pubblico. Inoltre il restante personale deve avere competenze linguistiche e avere al proprio interno anche operatori di altre etnie o provenienti da altre nazioni.

La legge penitenziaria come detto ha un proprio Regolamento di Esecuzione del 2000. Il Regolamento dettaglia la vita interna al carcere, puntualizzando quanto previsto nella legge ma mai, ovviamente, potendo andare oltre i contenuti della stessa. La precedente versione del Regolamento di Esecuzione era del 1976. Nei 24 anni trascorsi

tra una versione e la successiva, come descritto precedentemente, è cambiata la composizione della popolazione detenuta. Nel giugno del 2000, il mese della sua entrata in vigore, gli stranieri erano il 27,86% del totale dei reclusi, ovvero una percentuale ai limiti della soglia del 30%. Un numero relativo e assoluto così grande che non avrebbe potuto essere rimosso dall'attenzione ministeriale. Così in quel Regolamento c'è un'attenzione meno episodica alla condizione detentiva dello straniero. L'articolo 35 è dedicato ai detenuti e internati stranieri.⁵¹ Una norma che apre uno squarcio di attenzione specifica ma che appare anch'essa eccessivamente programmatica e dunque priva di forza cogente. Non si dice nulla su come si debba fare ad affrontare le difficoltà linguistiche e culturali. Si indica un generico favore verso la presenza di mediatori culturali, ma non se ne prevede l'assunzione e si rimanda il tutto alla buona volontà di enti locali e organizzazioni di volontariato. Così a tredici anni dall'approvazione del Regolamento di Esecuzione si legge nelle rilevazioni statistiche del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria che i mediatori sono circa due ogni cento detenuti stranieri. Un dato molto basso e comunque non veritiero. Infatti molti dei mediatori censiti sono operativi per un numero di ore settimanali del tutto insufficiente. Non si tratta dunque di presenze quotidiane. Nulla, inoltre, si dice rispetto alla presenza obbligatoria per esigenze processuali degli interpreti o dei traduttori alla cui funzione sono invece assegnati impropriamente i mediatori. Altre norme presenti nel decreto del 2000 hanno invece un tasso di effettività maggiore essendo direttamente dispositive. Ad esempio al secondo comma dell'articolo 18 si prevede che *«I detenuti o internati stranieri, apolidi o senza fissa dimora iscritti al servizio sanitario nazionale, ai sensi della vigente normativa, ricevono l'assistenza sanitaria a carico del servizio sanitario pubblico nel cui territorio ha sede l'istituto di assegnazione del soggetto interessato»*. Non è questa una norma dal carattere universale, visto che non vi è in essa un riferimento espresso ai migranti irregolari non iscritti al servizio sanitario nazionale. Altri riferimenti espliciti allo straniero si trovano nella norma in materia di formazione professionale⁵² e di trasmissione di informazioni alle autorità consolari⁵³. Esse sono piccole specificazioni. Di più ampio respiro è invece l'articolo 69 che dispone che: *«All'atto dell'ingresso, a ciascun detenuto o internato è consegnato un estratto delle principali norme di cui al comma 1, con l'indicazione del luogo dove è possibile consultare i testi integrali. L'estratto suindicato è fornito nelle lingue più diffuse tra i detenuti e internati stranieri»*. Questa è una norma che nasce dall'esigenza di informare intorno al complesso delle regole carcerarie le quali hanno fonti diversificate e non facili da reperire (non solo leggi ma anche regolamenti ministeriali, circolari e ordini di servizio del direttore). Molti aspetti della vita penitenziaria (ad esempio beni e generi alimentari consentiti, possibilità di adornare le celle con fotografie o poster, orari delle docce o della socialità) sono disciplinati da ordini di servizio poco noti agli italiani e ancor meno agli stranieri con difficoltà linguistiche. Il migrante detenuto non deve trovarsi nella condizione di ignorarli altrimenti il principio di legalità nel procedimento disciplinare è evidentemente disatteso. Il Regolamento del 2000 si rende conto di questa esigenza elementare di trasparenza, democrazia, uguaglianza e legalità.

Nel 2012 viene adottata la Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati⁵⁴ così come previsto dall'articolo 69 del Regolamento di Esecuzione del 2000. A proposito di detenuti stranieri si scrive: *«I detenuti stranieri hanno il diritto di chiedere che le autorità consolari del loro Paese siano informate dell'arresto, di ricevere l'estratto delle norme nella propria lingua, di effettuare telefonate e colloqui con l'ausilio di un interprete. Hanno il diritto di soddisfare le proprie abitudini alimentari e le loro esigenze di vita religiosa e spirituale. I detenuti stranieri che devono scontare*

una pena, anche residua, inferiore ai due anni, hanno il diritto di essere espulsi verso il loro Paese di origine. Con la condanna penale può essere applicata la misura di sicurezza dell'espulsione, eseguita dopo aver scontato la pena detentiva. In ogni caso non può essere espulso il detenuto che nel suo paese di provenienza rischia di subire persecuzioni per motivi razziali, politici, religiosi, di sesso, lingua, cittadinanza, ecc. Il detenuto può chiedere il trasferimento nel Paese di cui è cittadino per scontare la condanna (superiore a sei mesi) subito in Italia; la relativa richiesta va presentata al Ministero della Giustizia dell'Italia oppure, se il fatto costituisce reato in entrambi i Paesi, al Ministero della Giustizia dello Stato di cui è cittadino.» È questa la prima norma che ricostruisce in modo organico quali siano i diritti dei detenuti stranieri. Primo fra tutti è indicato il diritto alla informazione, mancando il quale tutto il resto va a cadere come un castello di carta. I diritti di giustizia – in ambito processuale e penitenziario – resteranno insoddisfatti nel caso di incomprendimento linguistica. Compaiono nella Carta riferimenti espressi ai bisogni alimentari e religiosi. Si tratta di un'indicazione importante che recepisce quanto già presente in circolari dell'amministrazione penitenziaria che si sono stratificate nel tempo.

Di rilievo, per le future implicazioni pratiche ovvero al fine di evitare il passaggio dello straniero extracomunitario detenuto dal carcere al centro di identificazione ed espulsione (Cie), è anche quanto contenuto nella legge n.10 del 21 febbraio 2014. All'articolo 6 si prevede che debbano essere avviate in carcere le procedure d'identificazione. Quale trattamento mai potrà esservi se non si conosce neanche l'identità della persona reclusa? È questa una norma di buon senso che prende atto della legislazione sulle espulsioni e mira ad evitare che un detenuto dopo la fine della pena sia trasferito in un Cie per essere lì identificato. Il tempo della pena, anche quello più breve, è più che sufficiente per identificare lo straniero così evitando il calvario della detenzione amministrativa. A tal proposito va ricordato che la Legge 30 ottobre 2014, n. 161, recante *“Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-bis”*, entrata in vigore il 25 novembre 2014, contiene disposizioni volte ad adeguare l'ordinamento giuridico italiano all'ordinamento europeo, e all'art. 3 riduce a un massimo di novanta giorni il periodo di trattenimento nei centri di identificazione e di espulsione degli stranieri destinatari di provvedimento di respingimento o di espulsione da eseguirsi con accompagnamento alla frontiera. Nel caso di straniero che abbia avuto una pregressa carcerazione la nuova legge prevede che: *«Lo straniero che sia già stato detenuto presso le strutture carcerarie per un periodo pari a quello di novanta giorni indicato al periodo precedente, può essere trattenuto presso il centro per un periodo massimo di trenta giorni»*. Pertanto diventa importante quanto accade nel passaggio carcerario per evitare successive reclusioni amministrative.⁵⁵

Nel complesso la legislazione penitenziaria primaria e secondaria italiana resta comunque insufficiente nel trattare la condizione specifica del detenuto straniero. Sarebbe necessaria una modifica legislativa che adatti al detenuto migrante ogni ambito della vita carceraria. Il principio di anti-discriminazione si assicura attraverso azioni positive, norme specifiche e trattamenti differenziati. La parte regolamentare dovrebbe addirittura iniziare a porsi il tema dell'ulteriore differenziazione di regime in base ai bisogni individuali, che non potranno che cambiare da etnia a etnia, da nazione a nazione. Esiste una coscienza a livello normativo europeo intorno al fatto che la condizione del detenuto straniero sia talmente diversa da quello del detenuto autoctono tanto da richiedere previsioni regolamentari mirate. Il Consiglio d'Europa nel tempo ha

prodotto un ampio numero di norme, sentenze e rapporti periodici in ambito penitenziario. Dalla totalità di essi è emerso un interesse crescente verso il trattamento differenziato anti-discriminatorio dei detenuti migranti. Gli articoli 37 e 38 delle Regole Penitenziarie Europee del 2006⁵⁶ dedicano ai cittadini stranieri e alle minoranze etniche o linguistiche un'attenzione specifica. L'articolo 37 prevede che: «*I detenuti cittadini stranieri devono essere informati immediatamente del diritto di prendere contatto con i loro rappresentanti diplomatici o consolari e ragionevoli agevolazioni devono essere concesse loro a tale fine. I detenuti cittadini di uno Stato che non ha rappresentanti diplomatici o consolari nel paese, nonché i rifugiati e gli apolidi, devono beneficiare delle stesse facilità ed essere autorizzati a rivolgersi ai rappresentanti dello Stato incaricato dei loro interessi o ad ogni altra autorità nazionale o internazionale la cui missione è di proteggere tali interessi. Le autorità penitenziarie devono cooperare in modo stretto con questi rappresentanti diplomatici o consolari nell'interesse dei cittadini stranieri detenuti che possono avere dei bisogni particolari. Ai detenuti cittadini stranieri devono essere fornite le informazioni specifiche sull'assistenza legale. I detenuti cittadini stranieri devono essere informati della possibilità di richiedere il trasferimento verso un altro paese per l'esecuzione della loro pena*». L'articolo 38 dispone che: «*Devono essere presi provvedimenti speciali per i bisogni dei detenuti appartenenti ad una minoranza etnica o linguistica. Per quanto possibile, le pratiche culturali dei diversi gruppi devono poter continuare ad essere osservate in carcere. I bisogni linguistici devono essere soddisfatti ricorrendo ad interpreti competenti e consegnando degli opuscoli di informazione redatti nelle diverse lingue parlate in ogni istituto*». È dunque riconosciuta, in particolare all'articolo 38, la necessità di provvedimenti speciali per coloro i quali hanno bisogni sociali, giuridici o culturali legati a una data minoranza etnica o linguistica. Ogni diritto ha la sua origine in un bisogno. Il riconoscimento normativo dei bisogni è il compito del legislatore. Così anche alla luce della lettura dei rapporti periodici del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle sentenze della Corte europea dei diritti umani che nel tempo hanno evidenziato la questione complessa degli 'stranieri in carcere', il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha elaborato nel 2012 una Raccomandazione (la numero 12) che è esclusivamente dedicata ai detenuti migranti. Partendo da essa è possibile ricostruire *ex post* uno statuto *ad hoc* dei diritti dei detenuti stranieri. Ripercorrendo la Raccomandazione, norma per norma, si possono efficacemente identificare tutti i bisogni dei detenuti migranti e dunque tutti i diritti sottesi. La Raccomandazione è un atto privo di efficacia vincolante. Fa parte di quella *penal and prison soft law* internazionale che però riesce a impattare sulle legislazioni nazionali ben oltre la propria forza normativa.⁵⁷ La Raccomandazione si compone di quarantuno articoli che hanno un commentario ufficiale. Affrontano tutti i nodi problematici della detenzione straniera, classificano tutti i diritti che spettano agli stranieri in quanto tali, chiariscono in che modo i diritti di tutti i detenuti possano divenire effettivi per i migranti, e infine quali sono i maggiori rischi di discriminazione nel trattamento. La Raccomandazione n.12 del 2012 è pertanto un corpus autonomo di norme che cerca di ridurre i gap di tutela. In qualche modo andrebbe recepita nella legislazione interna.

6. I minorenni

La carcerazione non deve cancellare il futuro. Volendo visualizzare plasticamente la funzione rieducativa della pena essa consiste nel lasciare aperte o nell'aprire nuove possibili vie da percorrere nel futuro post-detentivo. Un settantenne di professione

ingegnere non ha davanti a sé lo spazio di vita per trasformarsi da ingegnere in medico. È una via preclusa dallo scorrere del tempo. Il tempo è invece dalla parte dei bambini, dei ragazzi, dei giovani.⁵⁸ Consente cambi radicali di percorso, svolte impossibili per un adulto. Il tempo è dalla parte dei non adulti. Il sistema penale e più specificatamente quello sanzionatorio dovrebbero tenere conto della variabile temporale e non ragionare con un minore come se questi fosse un adulto. Traducendo questa affermazione in pratiche penitenziarie significa che al minore deve essere offerta la possibilità di scegliere tra un numero ampio di opzioni compatibili con l'arco della vita a disposizione non tra una o due opzioni predeterminate come nel caso dell'adulto ristretto in un carcere per grandi. L'adolescente o il giovane hanno tanto tempo per studiare, conoscere, scegliere, imparare una professione, trovare un lavoro. Possono permettersi di sbagliare senza che il tempo funzioni come una ghigliottina. Nel loro caso – ancor più che per un adulto – va costruita una proposta trattamentale capace di guardare ai propri bisogni affettivi, culturali e sociali profondi. Eppure ai minorenni si applicano ancora le norme penitenziarie degli adulti, nonostante le diverse e più moderne regole di procedura penale. L'articolo 79 dell'Ordinamento Penitenziario aveva previsto che: *«le norme della presente legge si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge. Nei confronti dei minori di cui al comma precedente e dei soggetti maggiorenni che commisero il reato quando erano minori degli anni diciotto, le funzioni della sezione di sorveglianza e del magistrato di sorveglianza sono esercitate, rispettivamente, dal tribunale per i minorenni e dal giudice di sorveglianza presso il tribunale per i minorenni»*. Una norma transitoria che per ora ha collezionato quarant'anni di vita nonostante i solleciti più o meno espliciti della Corte Costituzionale a dirigersi verso norme *ad hoc* per i minorenni. In modo molto chiaro e senza lasciare spazio a fraintendimenti la Consulta prima nel 1978 a proposito di libertà provvisoria⁵⁹, poi nel 1994 in tema di ergastolo⁶⁰, nel 1995 a proposito di giudizio abbreviato⁶¹, poi ancora nel 1997 a proposito di sanzioni e misure alternative⁶² e nel 1998⁶³ e 1999⁶⁴ a proposito di benefici premiali ha ricordato la specificità della condizione di minorenne. Nella sentenza del 1998 i giudici in modo esplicito stigmatizzano *«la perdurante inerzia del legislatore che protrae nel tempo l'estensione provvisoria ai condannati minori dell'ordinamento penitenziario generale»*. La Corte con il passar del tempo ha mitigato la sua forza propulsiva e il legislatore si è adagiato nella sua inerzia. Ai minorenni dunque si applicano le regole penitenziarie degli adulti nelle quali sono pochi i riferimenti espressi ai minori: nella legge del 1975 in materia di durata massima dei permessi premio (articolo 30-ter) e di detenzione domiciliare (articolo 47-ter), mentre nel Regolamento di esecuzione del 2000 in materia di vestiario (articolo 19), vitto (articolo 21), formazione e lavoro (articolo 47), lavoro all'esterno (articolo 48), comunicazioni al momento dell'ingresso in istituto (articolo 62). L'inerzia legislativa ha persistito nonostante dal diritto internazionale pattizio e dalla *soft-law* europea siano giunte nel tempo indicazioni nitide sulla necessità di costruire un sistema di regole pensate in funzione dell'interesse superiore e non negoziabile del minore.⁶⁵ L'unica novità normativa significativa è quella introdotta recentemente con Decreto legge del 26 giugno 2014 n. 92, convertito con modificazioni nella legge dell'11 agosto 2014, n.117, che modificando l'articolo 24 del codice di procedura penale per minorenni del 1989 ha esteso la competenza dei servizi minorili anche nei confronti di coloro che nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età. Ciò vale anche se l'esecuzione ha inizio dopo il compimento dei diciotto anni. Una sorta di spostamento verso il basso, in termini di età, della condizione giovanile. Si è preferito contaminare i ragazzi adolescenti con quelli un tantino più grandi, piuttosto

che lasciare i giovani insieme agli adulti. Si è fatto questo per ragioni di prevenzione criminale e di natura organizzativa. In realtà negli istituti penali per minorenni (Ipm) valgono, salvo le eccezioni prima elencate, le stesse regole e lo stesso impianto pedagogico-disciplinare previsto per gli adulti. Inoltre le eccezioni normative valgono per i minori e non per i maggiorenni che vengono reclusi negli Ipm.

La mancata realizzazione di un ordinamento penitenziario apposito per i minorenni è avvenuta nonostante il sistema processuale e organizzativo della giustizia minorile a partire dal 1989 si è fortemente differenziato rispetto a quello degli adulti e nonostante una nuova cultura dell'adolescenza nel tempo si sia consolidata⁶⁶. La risposta carceraria al reato è diventata infatti residuale. Sono 15.940 i ragazzi presi in carico dai servizi della giustizia minorile. Di questi 4.255 sono stranieri e 1.748 donne. Il 37% della totalità dei ragazzi in carico ha commesso reati nel 2014. La parte restante è un'eredità degli anni precedenti. 3.274 hanno più di diciotto anni. 19.947 hanno commesso reati contro il patrimonio. 9.994 sono quelli che hanno commesso reati contro la persona. 82 hanno commesso un omicidio. 3.876 sono i reati in violazione della legge sugli stupefacenti e 2.005 quelli in violazione della legge sulle armi. Ovviamente a ogni ragazzo possono essere imputati anche più di un reato. Infatti il totale dei reati ascritti agli utenti del servizio della giustizia minorile è pari a 41.886.⁶⁷ Ciò significa che vi è una media di 2,6 reati a ragazzo coinvolto. Rispetto ai 15.940 presi in carico dai servizi della giustizia minorile solo 1.548 hanno fatto ingresso nei centri di prima accoglienza, di cui 821 stranieri. Poco meno dunque del 10%. La maggior parte escono con misure come la permanenza in casa, prescrizioni da rispettare o il collocamento in comunità. Questi ultimi sono stati nel 2014 complessivamente 1.716 di cui 737 riguardanti gli stranieri. Solo 77 sono stati i ragazzi collocati nelle comunità ministeriali e ben 587 nelle comunità private convenzionate. Solo il 6,2% dei ragazzi autori di reato è finito in un istituto penale per minorenni, ovvero in carcere. 992, di cui 469 stranieri, sono stati gli ingressi negli Ipm nel 2014. Di questi un quarto circa costituito da maggiorenni. La presenza media giornaliera nel 2014 è stata di soli 365 tra ragazzi e ragazze, di cui 140 stranieri. Al 15 maggio 2015, forse quale effetto della legge del 2014 che prevede il trasferimento dal sistema degli adulti agli Ipm degli ultra ventunenni, i maggiorenni hanno superato il 50% del totale delle presenze. Questa lunga sequenza di numeri dimostra che il sistema della giustizia minorile è riuscito a contenere il peso della risposta custodiale entro numeri bassi resistendo alle campagne che nel tempo hanno cercato di cambiare le regole, ora chiedendo l'abbassamento dell'età imputabile ora rimettendo in discussione il buon funzionamento di alcuni istituti processuali. Anzi, è sorprendentemente accaduto il contrario. Il sistema della messa alla prova è fortunatamente traciato dalla giustizia minorile a quello degli adulti. È stato introdotto nell'ordinamento processuale di questi ultimi nell'aprile del 2014⁶⁸. Ad aprile del 2015, ovvero in un anno di applicazione, ben 2.587 sono stati i provvedimenti di messa alla prova per gli adulti e 9.380 sono le indagini in corso da parte dei servizi sociali della giustizia. Ciò sicuramente ha contribuito a ridurre fortemente gli ingressi nel sistema penitenziario degli adulti. Per cui una buona pratica minorile è stata esportata nel sistema dei grandi, quasi a confermare la tesi che a partire da alcune macro-identità penitenziarie si riesce a ridurre l'impatto della detenzione. Anche per questo sarebbe opportuno che finalmente si arrivi a un vero e proprio ordinamento penitenziario minorile che non si limiti a regolamentare alcuni aspetti della vita in carcere adattandoli all'età giovane dei ristretti ma che codifichi una nuova filosofia penitenziaria ispirata al pieno rispetto della norma internazionale del 'superiore interesse del minore'. Dunque non solo più flessibilità nelle misure alternative o diverse e più lasche regole in materia

di cibo o vestiario, ma qualcosa che metta in discussione la filosofia pedagogico-clinico-disciplinare che governa le carceri degli adulti. L'intervento deve essere educativo e non rieducativo, deve allargare l'area delle opportunità e non restringerla, non deve mai incidere sui corpi in formazione. Le regole per i minori dovrebbero superare il modello premio-punizione, nonché rivedere le figure professionali necessarie alla loro crescita e favorire senza limitazioni i rapporti con la società libera. In data 23 dicembre 2014 il Governo ha depositato un disegno di legge recante «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*». All'articolo 24 tra i criteri direttivi compare anche uno che così recita testualmente: «*adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei detenuti minori di età*». Sarebbe stato meglio dire esplicitamente che non si tratta di un intervento di adeguamento ma di scrittura *ex novo* di un ordinamento che debba ispirarsi al principio del 'superiore interesse del minore'. A quarant'anni dall'entrata in vigore dell'Ordinamento Penitenziario si apre finalmente una discussione parlamentare intorno al superamento della transitorietà della norma sui minori presente all'articolo 79. È intuitivo che i minori abbiamo bisogno di regole *ad hoc* e che hanno necessità educative, sociali, culturali, affettive, psicologiche non comparabili a quelli di una persona adulta. La speranza è che una regolamentazione più avanzata e aperta della loro vita detentiva, una volta verificata l'impatto positivo in termini di riduzione della recidiva e di abbassamento dei costi sociali ed economici della detenzione, possa poi pian piano condizionare anche il sistema degli adulti così come è accaduto nel caso della *probation*. Ovviamente perché ciò funzioni non vanno assecondate quelle tendenze, provenienti dall'estero, dirette a rivedere l'età imputabile del minore. Il tema della responsabilità penale riporta a quello della responsabilità nella vita.⁶⁹ È solo nella vita vera, non in quella fatta di sbarre, di premi e punizioni continue, di allontanamento dalla famiglia e dagli affetti, che si può progressivamente imparare a collegare in modo consequenziale il mondo dei valori a quello dei fatti. Il carcere così come lo conosciamo non ha nulla a che fare con l'etica della responsabilità.⁷⁰ Dunque un nuovo ordinamento penitenziario minorile dovrebbe avere l'ambizione di andare oltre il tradizionale immaginario carcerario, rinunciando a sbarre e poliziotti (e dunque al carcere stesso), affidandosi a percorsi educativi e non disciplinari, contribuendo a rafforzare il senso di responsabilità dei ragazzi. Nella speranza che questo un giorno possa fluire dal sistema dei minori a quello degli adulti come è avvenuto nel caso della messa alla prova.

NOTE:

¹ Intorno all'osservazione della personalità, scientifica o meno, si sono cimentati studiosi sin dagli anni '50. Si veda N. Reale, *L'osservazione scientifica della personalità del delinquente*, in 'Rassegna di studi penitenziari', fasc. 1, 1958; G. Di Gennaro, *L'osservazione della personalità del detenuto*, in Secondo corso di perfezionamento per uditori giudiziari, Ministero di grazia e giustizia, Giuffrè, Milano, 1959; Ministero di Grazia e Giustizia, Quaderno dell'Ufficio Studi, Ricerche e Documentazione della Direzione Generale per gli istituti di prevenzione e pena, *L'osservazione penitenziaria: metodologia ed analisi dell'osservazione di un'équipe*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato P.V., Roma 1985.

² La disarticolazione tra bisogni e diritti della persona e l'enfasi alla 'personalità' e al 'disadattamento' sono corroborati all'articolo 80 dell'OP dalla previsione di esperti in criminologia clinica per lo svolgimento delle attività di osservazione.

³ Guardando all'attualità della discussione internazionale, le neuroscienze hanno occupato parte del dibattito negli Usa. Vedi A. Lavazza, G. Sartori, M. De Caro, *Siamo davvero liberi. Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, Torino, 2010.

⁴ Eligio Resta ha dedicato alla distinzione tra biografia e biologia parte della riflessione su diritto e vita presente in E. Resta, *Diritto vivente*, Laterza, Bari, 2008.

⁵ Stefano Rodotà ha ricostruito la catena logico-giuridica dignità, bisogni, diritti in S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Laterza, Bari, 2012.

⁶ Massimo Pavarini ha raccontato ampiamente questa ambiguità inserendola all'interno del progetto egemonico della cultura penitenziaria positivista in M. Pavarini, B. Guazzaloca, *Corso di diritto penitenziario*, Università di Bologna, 2004.

⁷ Il rapporto tra corpo e carcere è in D. Gonin, *Il corpo incarcerato*, Ega Edizioni, Torino, 1994.

⁸ La formula è di Enrico Redaelli in E. Radaelli, *Foucault e il potere. Discipline dispositivi, biopolitica* in Rossella Fabbrichesi, *Corpo e comunità*, Cuem, Milano, 2010, pp.145-183.

⁹ Alle ambiguità della parola trattamento è dedicato un capitolo del libro, P. Gonnella, *Carceri. I confini della dignità*, Jaca Book, Milano, 2014.

¹⁰ Articolo 1 della legge fondamentale (Grundgesetz) della Repubblica Federale Tedesca del 23 maggio 1949.

¹¹ La dignità umana è richiamata nel Preambolo della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948.

¹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Milano, 2007.

¹³ I. Kant, *La metafisica dei costumi*, Laterza, Bari, 2009.

¹⁴ M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

¹⁵ L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, Bari, 2010.

¹⁶ R. Lorelli, *L'invenzione del romanzo. Dall'oralità alla lettura silenziosa*, Laterza, Bari, 2010.

¹⁷ La teoria della identità di genere fu proposta per primo da R. Stoller, *Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity*, Science House, New York City, 1968.

¹⁸ Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà approvato con d.p.r. n. 230 del 30 giugno del 2000 ed entrato in vigore il successivo 6 settembre.

¹⁹ La condizione delle donne detenute è stata indagata negli Stati Uniti da K. Burkhart, *Women in Prison*, Popular Library, New York, 1976; in Inghilterra da P. Carlen, *Women's imprisonment*, Routledge and Kegan Paul, London 1983. Su scala europea comparata vedi la ricerca *Women, integration and prison. Ana analysis of the processes of sociolabour integration of women prisoners in Europe* Mip Project, finanziata dalla Commissione Europea, 2002 consultabile on line all'indirizzo http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/mip_en.pdf. In Italia vi sono i lavori di F. Faccioli, V. Giordano, T. Pitch, E. Campelli, *Donne in carcere. Ricerca sulla detenzione femminile in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1992; L. Ravagnani, C. A. Romano, *Women in prison. Indagine sulla detenzione femminile in Italia*, Pensa Multimedia, Lecce, 2013; G. Zuffa, S. Ronconi, *Recluse. Lo sguardo della differenza femminile in carcere*, Ediesse, Roma, 2014. Per quanto riguarda invece lo specifico della condizione di detenuta madre vedi C. Scanu, *Mamma è in prigione*, Jaca Book, Milano, 2013.

²⁰ Raccomandazione R (2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee adottata dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006, in occasione della 952 esima riunione dei Delegati dei Ministri.

²¹ Articolo 11 dell'O.P.: «*In ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere. Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido*».

²² Rispettivamente con leggi n. 40 dell'8 marzo del 2001 e n. 62 del 22 aprile del 2011, ovvero le due leggi che hanno cercato, senza riuscirci del tutto, di residualizzare la presenza in carcere di bambini sotto i tre anni costretti alla reclusione insieme alle loro mamme condannate.

²³ Articolo 21-bis:«*Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21. Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre*». Articolo 21-ter:«*In caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia. La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute*».

²⁴ Vedi nota n.12.

²⁵ L'articolo 47 ter prevede che: «La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette, quando trattasi di: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente». L'articolo 47-quinquies dell'Ordinamento Penitenziario introdotto per l'appunto nel 2011 prevede che: «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-bis, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (Icam) ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite». Dunque si individua un ventaglio di soluzioni alternative alla pena del carcere. Dalla ipotesi che più gli assomiglia – la reclusione in un istituto a custodia attenuata – a quella più lontana per caratteristiche. Anche il precedente articolo 39 della legge, seppur in materia di isolamento per motivi disciplinari, è pensato principalmente in funzione dell'esigenza prioritaria di conservare intatto il rapporto con la prole e di non creare danni irreversibili a quest'ultima. Esso prevede che: «L'esecuzione della sanzione della esclusione dalle attività in comune è sospesa nei confronti delle donne gestanti e delle puerpere fino a sei mesi, e delle madri che allattino la propria prole fino ad un anno». Il successivo articolo 50 prevede che: «Se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni, essa ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà di cui all'ultimo comma dell'articolo 92 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431».

²⁶ Articolo 13 Ordinamento Penitenziario: «Le donne sono ospitate in istituti separati o in apposite sezioni di istituto».

²⁷ Articolo introdotto con la legge 1992 n.492. Prevede che: «Le traduzioni dei detenuti e degli internati adulti sono eseguite, nel tempo più breve possibile, dal Corpo di polizia penitenziaria, con le modalità stabilite dalle leggi e dai regolamenti e, se trattasi di donne, con l'assistenza di personale femminile».

²⁸ Anche nel Regolamento del 2000 approvato con d.p.r. n.230 vi sono norme dedicate alle donne-mamme e precisamente l'articolo 14 (che non prevede limitazioni alla ricezione dei pacchi per le detenute madri con prole in carcere) e l'articolo 19 (che assicura alle gestanti e alle madri con bambini l'assistenza di specialisti in ostetricia e ginecologia. Prevede anche che il parto debba essere preferibilmente effettuato in luogo esterno di cura. Inoltre dedica attenzione all'assistenza pediatrica e ostetrica oltre che alla vita stessa del bambino).

²⁹ Articolo 8 del Regolamento di Esecuzione dell'ordinamento Penitenziario approvato con d.p.r. n. 230 del 2000: «Gli oggetti necessari per la cura e la pulizia della persona sono indicati con specifico riferimento alla loro qualità e quantità in tabelle, distinte per uomini e donne, stabilite con decreto ministeriale. Per gli uomini e per le donne sono, rispettivamente, organizzati servizi di barbiere e parrucchiere, di cui essi possono usufruire periodicamente secondo le necessità». Articolo 9 sempre dello stesso Regolamento del 2000: «Gli oggetti che costituiscono il corredo del letto, i capi di vestiario e di biancheria personale, nonché gli altri effetti di uso che l'amministrazione è tenuta a corrispondere ai detenuti e agli internati, sono indicati, con specifico riferimento alla loro qualità in tabelle, distinte per uomini e donne, stabilite con decreto ministeriale».

³⁰ L'articolo 134 del Regolamento di esecuzione prevede che: «Entro cinque anni dalla data di entrata in vigore del presente regolamento, negli istituti in cui i servizi igienici non sono collocati in un vano annesso alla camera, si provvederà, attraverso ristrutturazioni, ad adeguarli alla prescrizione di cui all'articolo 7, secondo gli interventi di edilizia penitenziaria resi possibili dalle disponibilità di bilancio. Analogamente si provvederà per dotare i servizi igienici di doccia e, particolarmente negli istituti e sezioni femminili, di bidet, là dove non ne siano dotati». La pratica penitenziaria non si è mostrata però così generosa, visto che in molte carceri il bidet è ancora inesistente.

³¹ Si va dalle tesi positiviste di Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero esposte in *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, et al. edizioni, Milano, 2009 fino a F. Adler, *Sisters in Crime, The Rise of the New Female Offender*, McGraw-Hill, New York, 1974; S. Ambroset, G. Pisapia, *Numero oscuro della devianza femminile e questione criminale. Spunti teorici e verifica empirica*, Bertoni, Verona, 1980; C. Smart, *Donne, crimine e criminologia*, Armando Editori, Roma, 1981. Per quanto riguarda il tema del ruolo delle donne nella criminalità organizzata vedi R. Siebert, *Donne in terra di mafia: i riflessi del processo di emancipazione femminile*, Il Mulino, Bologna, 1998.

³² Le Nazioni Unite vi dedicano un'intera Risoluzione dell'Assemblea Generale n.2010/16 del 2010 ovvero le United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (note come le Bangkok Rules).

³³ Circolare numero PU-GDAP-1a00-17/09/2008-0308208-2008 del 17 settembre del 2008 che istituisce il Regolamento interno per gli istituti e le sezioni femminili.

³⁴ S. Anastasia, V. Calderone, L. Manconi, F. Resta, *Abolire il carcere*, Chiarelettere, Roma, 2015. Nel libro si spiega come sia innaturale la privazione della libertà. È evidentemente innaturale costringere una persona alla reclusione forzata. Oltre a essere innaturale è anche ingiusto, irragionevole, irrazionale, improduttivo, inefficiente, anti-moderno? Luigi Manconi, Stefano Anastasia, Valentina Calderone e Federica Resta non si limitano a darne una risposta ma vanno oltre e delineano una piattaforma pragmatica di abolizione del carcere. Sottraggono la prospettiva abolizionista al campo semantico dell'utopia e la inseriscono nel solco riformista del diritto penale minimo di Luigi Ferrajoli. Manconi, Anastasia, Calderone e Resta dunque provano a smantellare pezzo a pezzo l'orgia repressivo-carceraria speranzosi che attraverso un'operazione erosiva di tutte le asperità punitive si possa giungere all'abolizione del carcere stesso. Abolisci l'ergastolo oggi, cancella le misure di sicurezza domani, cambia le sanzioni per donne e minorenni dopodomani e pian piano del carcere rimarrà ben poco. L'abolizione del carcere viene sottratta al campo degli abolizionisti del diritto penale e inserita all'interno del movimento per le libertà civili. L'abolizionismo – si racconta nel libro- negli ultimi due secoli ha vinto battaglie storiche il cui esito positivo era inimmaginabile a quei tempi: si pensi alle lotte contro la schiavitù, la pena di morte, l'apartheid. Guardando alla più recente storia italiana vanno ricordate la chiusura dei manicomi civili e degli ospedali psichiatrici giudiziari. Quest'ultima è vicenda in via di soluzione. Pertanto l'abolizione delle carceri diventa compatibile con il paradigma del diritto penale minimo di Luigi Ferrajoli che ci ha insegnato che vanno minimizzati i reati e minimizzate le pene allo scopo di ridurre l'immissione di violenza nella società. Il punto è per gli autori modificare il sistema delle sanzioni, inventarne di altre e nuove nella consapevolezza che il carcere è un prodotto della modernità e che la post-modernità potrebbe consegnarci pene meno afflittive, meno disumane e più utili. È questa una prospettiva umanistica (con influenze filosofico utilitaristiche) di tipo social-liberale del tutto compatibile con l'attuale organizzazione del potere. Alle domande sul perché, chi e come punire non si può rispondere in quanto esperti della micro-disciplina penalistica. Il diritto penale attiene alle scelte di democrazia di un Paese. Quelle domande richiedono risposte di tipo olistico. Il diritto penale ha a che fare con la sovranità dello Stato, con il modello sociale, fiscale ed economico prescelto, con la religione e l'antropologia. Non c'è ambito come quello penale e penitenziario dove gli Stati rivendicano in modo così forte la loro sovranità ritenendola intangibile. Quando il banchiere svizzero Jean-Jacques Gautier, nella metà degli anni settanta del secolo scorso, decise di sostenere il movimento anti-tortura e a seguire la nascita di un organismo europeo istituzionale che avesse compiti ispettivi di tutti i luoghi di detenzione, le resistenze degli Stati furono tutte nel nome delle proprie prerogative e della propria sovranità punitiva. Ogni prospettiva abolizionista non può non tenere conto del rapporto tra pena e sovranità statale. Manconi, Anastasia, Calderone e Resta non mettono dunque in discussione il diritto di punire dello Stato sovrano ma le modalità della punizione stessa. Quarant'anni fa, mentre in Italia si approvava in Parlamento la prima legge penitenziaria dell'era repubblicana, alcuni criminologi del nord-Europa invece mettevano in discussione lo stesso diritto di punire sostenendo l'illegittimità del diritto penale. Louk Hulsman e Nils Christie, di recente scomparso, sono considerati i padri fondatori dell'abolizionismo penale che dunque non è abolizione del carcere ma rinuncia all'intero sistema sanzionatorio criminale. «*Il crimine non esiste*» scriveva Christie, è un artificio umano. Quella proposta, nel momento stesso in cui metteva in discussione l'ontologia del diritto di punire da parte dello Stato, si andava a configurare come un'opzione politica (e non solo giuridica) anti-statale con influenze marxiste, cristiane e anarchiche. Manconi, Anastasia, Calderone e Resta, invece, ritengono che si possa abolire il carcere senza mettere in discussione l'attuale assetto politico-istituzionale.

³⁵ Questo paragrafo aggiorna e riprende considerazioni in larga parte già presenti nel libro pubblicato all'interno della collana Diritto penitenziario e Costituzione curata da Marco Ruotolo: P. Gonnella, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

³⁶ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 28 aprile 2011, nel caso *El Dridi*, ha stabilito che non sia possibile introdurre, neanche surrettiziamente, sanzioni di carattere penale qualora il meccanismo dell'espulsione non sia effettivo e la persona immigrata si sottrae allo stesso. Le procedure di rimpatrio devono essere del tutto depenalizzate. L'Italia invece aveva nel suo ordinamento dal 2002 il reato di inottemperanza all'obbligo di espulsione del questore. Circa 10 mila persone l'anno facevano ingresso nel circuito penitenziario per questa sola fattispecie di reato. Con legge n.129 del 2011 il legislatore italiano ha dato esecuzione alla direttiva Rimpatri della Ue 2008/115/CE e ha abrogato il reato di inottemperanza all'obbligo di espulsione del questore.

³⁷ Con legge n.125 del 2008 viene introdotta all'art. 61, comma primo, n. 11-bis, del codice penale, la circostanza aggravante della clandestinità successivamente dichiarata illegittima con sentenza n. 249 del 2010 della Corte costituzionale.

³⁸ Legge 15 dicembre 1990, n. 395.

³⁹ L'ultima rilevazione è del 30 aprile del 2015.

⁴⁰ Vedi V. Scalia, *Migranti, devianti e cittadini. Uno studio sui processi di esclusione*, Franco Angeli, Milano, 2005 e A. Sbraccia, *Migranti tra mobilità sociale e carcere. Storie di vita e processi di criminalizzazione*, Franco Angeli, Milano, 2007.

⁴¹ Legge 30 luglio 2002, n.189.

⁴² Una ricostruzione dei contenuti normativi della legge e dei processi di stigmatizzazione penale degli stranieri è presente in A. Ballerini, A. Benna, *Il muro invisibile. Immigrazione e legge Bossi-Fini*, Genova, Frilli editore, 2002.

⁴³ Per quanto riguarda il complesso dei dati statistici sull'immigrazione punto di riferimento nel tempo è divenuto il Dossier Statistico Immigrazione inizialmente pubblicato dalla Caritas di Roma e ora da Idos.

⁴⁴ I dati statistici raccolti dall'amministrazione penitenziaria sono consultabili in www.giustizia.it.

⁴⁵ Articolo 1 legge 354 del 1975: «*Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose*».

⁴⁶ Un'indagine sull'Islam, la religione più professata dopo quella cattolica, negli istituti di pena, è presente in M.K. Rhazzali, *L'Islam in carcere. L'esperienza religiosa dei giovani musulmani nelle prigioni italiane*, Franco Angeli, Milano, 2010.

⁴⁷ Nel Rapporto di Antigone 2015 consultabile all'indirizzo web www.associazioniantigone.it si legge che a fine 2014 secondo rilevazioni ufficiali DAP sarebbero 5.786 i detenuti di fede islamica. 30.794 quelli di fede cattolica. I dati non corrispondono fino in fondo a quelli reali visto che di 5.513 stranieri (e 7.437 italiani) l'appartenenza religiosa non è stata rilevata. Dieci sarebbero gli Imam autorizzati ad entrare nelle carceri.

⁴⁸ L'articolo 54 della legge penitenziaria prevede uno sconto di 45 giorni a semestre di pena espiata nei casi di riscontrata «*partecipazione all'opera di rieducazione*».

⁴⁹ Articolo 38 della legge n.354 del 1975.

⁵⁰ In tutta Italia erano a fine dicembre 2014 352.

⁵¹ Articolo 35 RE: «*Nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle differenze culturali. Devono essere favorite possibilità di contatto con le autorità consolari del loro Paese. Deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato*».

⁵² Articolo 42 del D.p.r. 230 del 2000.

⁵³ Rispettivamente articoli 62 e 92 del Regolamento di cui alla nota precedente.

⁵⁴ Con Decreto del Ministro della Giustizia del 5 dicembre 2012.

⁵⁵ A più di un anno dall'entrata in vigore della legge, per stessa ammissione dell'amministrazione penitenziaria, ancora in buona parte delle carceri non sono state avviate procedure standardizzate per l'identificazione degli stranieri detenuti.

⁵⁶ Vedi nota n.20.

⁵⁷ Vedi a riguardo P. Gonnella, *La soft law internazionale e la sua coerenza in ambito penitenziario*, in *Democrazia e Diritto*, Franco Angeli, Milano, fascicolo 3, 2014

⁵⁸ Il tempo è oggetto del patto che deve essere fatto tra le generazioni. Sono gli adulti a condannare i ragazzi. Vedi E. Resta, *L'infanzia ferita. Un nuovo patto tra le generazioni è il vero investimento politico per il futuro*, Laterza, Bari, 1998.

⁵⁹ Sentenza n.46 del 1978.

⁶⁰ Sentenza n.168 del 1994.

⁶¹ Sentenza n.125 del 1995.

⁶² Sentenze n.109 e n.403 del 1997.

⁶³ Sentenza n.450 del 1998.

⁶⁴ Sentenza n.439 del 1999.

⁶⁵ In sede Onu l'attenzione ai minori nella giustizia penale nasce nel lontano 1924 con la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo; a seguire la Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dalle Nazioni Unite nel 1959, gli articoli 23 e 24 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, l'articolo 10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali anch'esso del 1966, la risoluzione del 1985 n.40/33 dell'Assemblea generale che adotta le regole minime delle Nazioni Unite per l'amministrazione della giustizia minorile (cosiddette Regole di Beijing), gli articoli 37 e 40 della Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'Assemblea generale nel 1989, le Regole di Riyadh per la prevenzione della delinquenza minorile adottate dall'Assemblea generale nel 1990, le Regole dell'Avana sui minori privati della libertà adottate con Risoluzione n.45/113 dell'Assemblea nel 1990. A livello del Consiglio d'Europa: la Raccomandazione del 1987 n.20 sulle Reazioni sociali alla delinquenza minorile, la Raccomandazione n.20 del 2003 sulle modalità di trattamento della delinquenza minorile ed il ruolo della giustizia minorile, gli articoli 11 e 35 delle Regole Penitenziarie Europee del 2006, la Raccomandazione n.11 del 2008 recante norme europee per i minori autori di reato destinatari di sanzioni o misure, la Raccomandazione del 2010 che introduce le linee guida sulla giustizia minorile amichevole. Infine vi è un embrionale interesse dell'Unione Europea con norme in ambito penitenziario all'interno di un programma per i diritti dei minori del 2011. Per un'analisi accurata e completa delle norme internazionali vedi M.G. Coppetta (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne e nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁶⁶ Vedi C.A. Moro, *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza*, Franco Angeli, Milano, 2006.

⁶⁷ I dati aggiornati al 2015 sono quelli ufficiali messi a disposizione *on line* dagli uffici centrali della giustizia minorile. La pagina web è http://www.giustiziaminorile.it/statistica/dati_statistici/DatiAggiornati/dati_aggiornati.pdf

⁶⁸ Legge del 28 aprile 2014, n. 67 che ha ripreso quanto previsto dal rito minorile agli articoli 28 e 29 del codice

⁶⁹ Nel codice penale del 1930 il legislatore, non potendo probabilmente fare altrimenti, ha scelto una età, sotto la quale ha dato per scontato che mancasse quella capacità di costruire relazioni consequenziali tra valori e fatti. L'età prescelta, in modo manicheo come solo la legge è capace di fare, è quella dei quattordici anni. Non tutte le legislazioni qua e là in giro per il mondo hanno scelto d'altronde la stessa età. Segno che si tratta di un artificio normativo. C'è chi ha fatto retrocedere l'assunzione di responsabilità addirittura ai sette anni come la Svizzera o altri vari Paesi asiatici (dalla Thailandia all'Iran), chi come la Scozia agli otto anni, chi ai nove anni come le Filippine, chi ai dieci anni come l'Irlanda del nord, chi agli undici come la Turchia. C'è chi, invece, ha diversamente e più coraggiosamente codificato che la responsabilità penale si acquisisce a quindici anni come la Finlandia, chi a sedici anni come l'Argentina, chi come il Brasile a diciotto anni. Riflessioni presenti in P. Gonnella, in (a cura di S. Marietti) *Non è una giustizia minore*, Antigone, gli e-book di Micromega, 2013.

⁷⁰ Lo ha ammesso il ministro della Giustizia Andrea Orlando in occasione di un evento pubblico tenutosi a Napoli il 9 giugno 2015. Queste le sue parole: «In Italia ci sono norme che producono e non riducono il crimine. Spendiamo tre miliardi di euro l'anno per l'esecuzione delle pene e abbiamo i tassi di recidiva più alti d'Europa. Perché la paura ha generato paura, ha innescato una spirale che non si interrompe mai».



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**
Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**