

**STRANIERI E MISURE ALTERNATIVE
ALLA DETENZIONE CARCERARIA.
CONSIDERAZIONI SULLA SENTENZA
DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 78 DEL 2007***

ENRICO LANZA**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. Cenni sulle misure alternative alla detenzione, in particolare con riferimento alla condizione di estraneità. 3. Caratteristiche generali dell'affidamento in prova al servizio sociale. 4. La presenza degli stranieri negli istituti di pena italiani. 5. L'indirizzo giurisprudenziale che nega l'applicabilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione. La sentenza Calderon. 6. La giurisprudenza che afferma la compatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e le misure alternative alla detenzione. 7. Le critiche della dottrina alla sentenza Calderon. 8. L'espulsione come misura alternativa alla detenzione. 9. La tesi della Corte costituzionale sulla natura amministrativa dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione. 10. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 sull'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare. 11. La sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007. 12. Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

La questione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche agli stranieri, e in particolar modo dell'affidamento in prova al servizio sociale – che può essere considerato, fra le soluzioni di trattamento extramurario, quella più conducente al finalismo rieducativo –, è stata di recente oggetto di maggiore attenzione che in passato, soprattutto a seguito della decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 14500 del 2006 e poi della sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007, con le quali è stata ammessa questa possibilità¹.

* La sentenza è pubblicata in questo fascicolo nella sezione "Giurisprudenza".
** Università di Catania

¹ Per una sintetica rassegna delle posizioni giurisprudenziali antecedenti le sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 e della Corte costituzionale del 2007 vd. M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, pp. 1281 e ss.

La problematica concerne precipuamente coloro che si trovino in Italia in condizione di clandestinità o di irregolarità, che quindi, essendo privi del permesso di soggiorno, non hanno un titolo legittimo per circolare nel territorio dello Stato.

Nessuna preclusione opera, invece, rispetto a chi è presente regolarmente sul suolo nazionale.

A lungo si era discusso circa la correttezza della scelta di riconoscimento positivo per clandestini e irregolari, ma erano stati individuati motivi ostativi sovente insuperabili e comunque legati alla condizione di estraneità del reo, rispetto alla quale le soluzioni di deflazione carceraria apparivano contraddittorie. D'altronde, fino ad un certo momento, la presenza degli allogeni negli istituti di pena poteva essere considerata residuale; pertanto, il problema della mancata applicazione delle misure alternative alla detenzione nei loro confronti risultava marginale. Oggi questa stessa valutazione non è più attuale a causa della esosità numerica delle presenze all'interno delle nostre strutture detentive soprattutto di extracomunitari².

Di questa situazione ha tenuto conto il legislatore che nell'art. 35 del *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà* del 30 giugno 2000 n. 230 ha previsto disposizioni rivolte specificamente a costoro. Ai sensi di questo articolo, la cui rubrica è *Detenuti ed internati stranieri*, «1. Nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti di cittadini stranieri, si deve tenere conto delle difficoltà linguistiche e delle differenze culturali. Devono essere favorite possibilità di contatto con le autorità consolari del loro Paese». «2. Deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato»³. Nella riforma del regolamento di esecuzione della legge sull'ordinamento penitenziario si è ritenuto quindi importante prevedere forme di adeguamento della disciplina del trattamento alla specificità della condizione di detenuto straniero.

È possibile ritenere che anche da ragioni "quantitative" sia di-

² M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *questa Rivista*, 2003, n. 1-2, p. 209, evidenzia come, in alcuni contesti e per determinati periodi storici, sia possibile rilevare, fra l'altro, una correlazione positiva tra l'incremento della popolazione "penalizzata" e i tassi di migrazione, senza che ciò significhi necessariamente che la presenza degli stranieri abbia influito sulla recrudescenza della criminalità. Si vedano altresì le relazioni del Ministero degli Interni nel Rapporto sulla sicurezza 2007 al Parlamento.

³ In argomento vd. P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10, p. 1320.

pesa l'attenzione dei pratici, oltre che della dottrina, sulla questione della conciliabilità della condizione di estraneità – precipuamente di clandestini e irregolari – con la fruibilità delle soluzioni alternative all'espiazione intramuraria della sanzione penale⁴. Da un lato, così, v'è l'esigenza di deflazione carceraria, che costituisce un problema generale di gestione degli istituti di pena, oggi affollati di stranieri; dall'altro, è avvertito il bisogno della ricostruzione sistematica delle misure alternative alla detenzione in modo coerente con la funzione per la quale sono state previste, evitandosi discriminazioni a svantaggio delle categorie sociali più deboli, come possono essere appunto gli extracomunitari.

In questo quadro è apparso necessario anche alla giurisprudenza, a causa dei continui contrasti, definire in modo netto una linea di condotta che colmasse la deficienza normativa.

Malgrado il principio generale, contenuto nella legge sull'ordinamento penitenziario, del divieto di differenze nel trattamento per motivi anche di nazionalità, le analisi empiriche che sono state svolte sull'argomento evidenzerebbero, in generale, la discriminazione di fatto degli stranieri nella possibilità di fruire delle occasioni di reinserimento sociale, sia per ragioni legali (come la mancanza del permesso di soggiorno), sia per ragioni sociali (come l'assenza di lavoro o di un'abitazione), sia per ragioni pratiche (come la privazione di relazioni interpersonali, di un tessuto sociale di riferimento che renda più praticabili le varie soluzioni di espiazione extramuraria)⁵.

Appare d'altronde complementare a quello appena evidenziato il problema della eseguibilità del provvedimento espulsivo nei confronti degli stranieri ammessi al beneficio del trattamento extramurario, rispetto al quale anche la giurisprudenza ha prospettato soluzioni diversificate a seconda del tipo di misura alternativa alla quale era sottoposto l'allogeno. Un aspetto della problematica sembra consistere, cioè, nell'eventuale inibizione del rimedio ablativo (si ricordi che la questione concerne clandestini e irregolari, soggetti che vanno allontanati dal territorio dello Stato) derivante dall'espiazione della pena in forma alternativa.

Non credo, però, che il problema si ponga in concreto poiché, come vedremo, l'eventuale preclusione circa l'applicabilità del ri-

⁴ V'è da rilevare, però, che, secondo G. MAROTTA, *Detenuti stranieri in Italia: dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario*, in questa Rivista, 2003, n. 1-2, p. 47, in assoluto non sono molti gli stranieri che potrebbero godere dei benefici penitenziari per le motivazioni che verranno appresso esaminate.

⁵ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, pp. 39-40.

medio dell'espulsione del quinto comma dell'art. 16 del testo unico sull'immigrazione – che è stata da molti considerata l'unica misura alternativa prevista per gli extracomunitari illegalmente presenti nel territorio dello Stato – non esclude che, all'esito del periodo espriativo, lo straniero vada espulso comunque ai sensi dell'art. 13, secondo comma, t.u. Il dubbio principale ritengo riguardi il rapporto di gerarchia fra il quinto comma dell'art. 16 t.u. e le disposizioni generali sulle misure alternative alla detenzione, visto che si tratta di soluzioni che, in una certa misura, si escludono vicendevolmente.

2. Cenni sulle misure alternative alla detenzione, in particolare con riferimento alla condizione di estraneità

Le misure alternative alla detenzione sono state inserite nel nostro sistema mediante la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 con lo scopo precipuo di rendere effettivo, quantomeno nella fase esecutiva, il finalismo rieducativo della sanzione penale.

Oggi, inoltre, non è possibile discutere di questi istituti affermandone il carattere di eccezionalità. Secondo alcune rilevazioni, a decorrere dal 2000 la quantità delle pene che vengono espriate fuori dal carcere è superiore a quella delle pene eseguite nella struttura detentiva, tanto che il 60% delle sentenze definitive di condanna passerebbe al vaglio dei tribunali di sorveglianza proprio in ragione delle richieste di concessione delle soluzioni alternative alla sanzione tradizionale⁶.

Nel corso del tempo vi sono stati vari interventi novellistici ed ermeneutici, che hanno modificato l'assetto normativo originario concernente le misure alternative.

Come evidenziato da Pavarini⁷, si è assistito, innanzitutto, alla trasformazione delle misure alternative alla detenzione da sostitutivi delle pene di breve durata a modalità esecutiva di ogni sanzione detentiva. Nell'impianto originario della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario tali misure dovevano costituire, evidentemente, una possibilità diversa per chi aveva commesso reati di minore consistenza, precludendosi l'accesso al trattamento extracarcerario di chi si era reso autore di fatti gravi ed aveva

⁶ Così, A. MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in www.diritto.it del 12 giugno 2003.

⁷ Per le riflessioni che seguono vd. PAVARINI, *op. cit.*, pp. 215 e ss.

manifestato in tal modo, con la propria condotta, una peculiare pericolosità. Nel bilanciamento degli interessi che la questione dell'esecuzione penale pone veniva attribuita prevalenza, così, alle ragioni di prevenzione e di difesa sociale. In seguito questo approccio è mutato. Ne è riprova la variazione del concetto di "pena inflitta" – cui si fa riferimento nella disposizione sull'affidamento in prova al servizio sociale –, che al momento dell'emanazione della legge n. 354 del 1975 era la sanzione irrogata dal giudice della cognizione e che è divenuta in seguito, a causa delle interpretazioni giurisprudenziali prima e dell'intervento del legislatore poi, la pena che rimane da espiare. Il riferimento attuale al residuo di sanzione da scontare sottolinea invero il carattere progressivo del trattamento, come percorso che si snoda in più fasi successive. Rispetto a questa interpretazione, però, può essere rilevato che ammettere il condannato ai benefici penitenziari nell'ultimo periodo di esecuzione non dovrebbe costituire un rischio per le esigenze di difesa sociale, anche se l'intervento concerne chi si è reso autore di fatti particolarmente biasimevoli e puniti esosamente, poiché in quel momento il percorso trattamentale – che riguarda tutti i condannati – dovrebbe aver già prodotto gli effetti per i quali è stato concepito.

In secondo luogo, è stata per lo più eliminata – da ultimo con la legge Simeone-Saraceni – la necessità dell'ingresso in istituto per fruire delle forme di trattamento extramurario. In questo modo, secondo Pavarini, oggi potrebbe apparire improprio parlare di "alternative" al carcere, poiché il procedimento che porta all'applicazione della soluzione decarcerizzante fa sì che questa costituisca nei fatti più propriamente una forma di pena, definita, però, da un giudice diverso da quello della cognizione.

In terzo luogo, si è assistito alla sostituzione dei bisogni di prevenzione speciale prima con soluzioni premiali per favorire la collaborazione con la giustizia, poi con logiche di deflazione carceraria, connotate da un certo automatismo (come in alcuni casi di detenzione domiciliare), per arginare il problema del sovraffollamento delle strutture di contenimento.

Infine, si è verificato il tendenziale spostamento del parametro di giudizio sulla meritevolezza della misura dalla personalità del condannato, visto nella sua individualità, all'affidabilità dello stesso in ragione del suo contesto situazionale: famiglia, condizioni abitative, attività lavorativa. Ne è derivato che risultano svantaggiati nella fruizione delle misure alternative proprio gli stranieri, perché normalmente privi di quel sostrato di relazioni sociali che permettono di esprimere un giudizio prognostico positivo sul successo della soluzione decarcerizzante, malgrado spesso scontino

pene di modesta entità e non presentino una particolare pericolosità soggettiva⁸.

È evidente, però, che accanto alle questioni tecnico-giuridiche sulla fruibilità di tali soluzioni extramurarie – che verranno analizzate ampiamente –, esistono realmente delle difficoltà pratiche nell'attuazione delle varie misure alternative nei confronti degli allogeni, consistenti appunto, soprattutto, nell'assenza frequente di una rete di relazioni sociali (non solo di tipo familiare), che possa costituire un punto di riferimento per la definizione dei programmi trattamentali extracarcerari, nonché nelle condizioni di indigenza economica in cui tali soggetti versano normalmente.

Per affrontare in modo più chiaro la questione sarebbe opportuno effettuare un'analisi circa la compatibilità del regime delle misure alternative alla detenzione con la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero condannato avendo riguardo ai singoli benefici penitenziari, perché rispetto ad ognuno di questi possono essere avanzate prospettive diverse connesse con le loro specifiche modalità esecutive.

Va ricordato che le misure alternative in senso ampio, previste nel nostro ordinamento, sono costituite dall'affidamento in prova al servizio sociale, anche nella peculiare forma terapeutica, dalla detenzione domiciliare, dalla semilibertà, dalla liberazione anticipata e dalla liberazione condizionale. In una posizione di prossimità nella natura giuridica si collocano i permessi premio. Rispetto a questi ultimi, nonché alla liberazione anticipata, come evidenziato da certa dottrina, non si pongono problemi particolari, in quanto il loro carattere premiale li ha resi generalmente riconoscibili a chiunque⁹. Pertanto, anche chi nega in generale la concedibilità delle misure alternative a clandestini e irregolari ammette l'utilizzabilità del rimedio della liberazione anticipata – nonché dei permessi premio – per costoro in quanto ritenuto beneficio attinente all'esecuzione

⁸ PAVARINI, *op. cit.*, pp. 219-220, pone in evidenza difatti, da un lato, come, al momento del suo studio, gli stranieri detenuti costituissero un terzo della popolazione carceraria e la maggior parte fra loro, che fossero condannati in via definitiva, dovesse espriare una pena inferiore ai tre anni e, dall'altro, come a ciò non corrispondesse un numero proporzionale di misure alternative. Lo stesso tipo di discriminazione – ha rilevato l'Autore – opera nel rito minorile nella concessione dello strumento della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato, previsto nell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, normalmente precluso, malgrado possa essere considerato un rimedio ordinario per fronteggiare la criminalità minorile, ai giovani nomadi o figli di immigrati, per lo più rei di furti o di spaccio di sostanze stupefacenti. Sull'argomento mi si permetta il rinvio al mio *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁹ Cfr. G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 55.

della pena detentiva¹⁰. Le medesime considerazioni dovrebbero valere per la liberazione condizionale. Per quanto concerne l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà, v. oltre.

Con riferimento alla situazione dello straniero illegalmente presente nel territorio dello Stato, al di là delle posizioni interpretative che sono state sostenute da dottrina e giurisprudenza – sulle quali ci si soffermerà più oltre –, credo che un elemento, affermato in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità, non possa essere contestato agevolmente: la necessità che la misura alternativa abbia luogo in Italia. Una preclusione, cioè, nei confronti dello straniero alla fruizione di soluzioni espiative extramurarie – ritengo in modo indipendente dalla condizione di clandestinità o irregolarità – è la presenza all'estero del condannato, non tanto per ragioni – invero superabili – relative all'istanza e quindi al procedimento concessivo, quanto negli aspetti concernenti la fattibilità di tali misure, che richiedono attività di controllo e sostegno – soprattutto nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale – che diverrebbero troppo onerose se da effettuare al di fuori del territorio nazionale. In linea di principio è vero che ci si potrebbe attrezzare per consentire lo svolgimento di tali misure anche nel contesto di provenienza del condannato – che potrebbe costituire addirittura il luogo più idoneo perché il progetto d'intervento risulti efficace, vista la maggiore consonanza culturale e sociale fra lo straniero e il luogo da cui egli proviene –; tuttavia, ciò presupporrebbe una salda cooperazione internazionale e soprattutto un sistema sociale dotato di cospicue risorse. Sono ragioni pragmatiche, allora, che inducono ad una soluzione diversa¹¹.

D'altronde, come già rilevato, anche la Corte di cassazione ha manifestato, da tempo e in modo che si può ritenere costante, questo orientamento.

Con una decisione del 1988 la Cassazione aveva sostenuto che «Non è ammissibile l'affidamento in prova presso un consolato italiano, se l'interessato sia residente all'estero, in quanto destinatari di detto affidamento possono essere soltanto i centri di servizio sociale dipendenti dall'amministrazione penitenziaria»¹² (qui,

¹⁰ Vd., ad esempio, L. DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di polizia*, 2004, n. 1-2, p. 84.

¹¹ Anche se oggi l'attenuazione di questa rigidità potrebbe ipotizzarsi quantomeno per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea. Su alcune questioni relative a tale profilo vd. oltre nel testo.

¹² Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 febbraio 1988 (dep. 2 marzo 1988), Virga, in *Cassazione penale*, 1989, n. 307, pp. 286-287.

invero, la motivazione del diniego pare connessa esclusivamente con ragioni di competenza – del centro di servizio sociale rispetto al consolato italiano –, sebbene non sembri tenersi conto della possibilità – teorica – di una missione all'estero degli operatori sociali, difficoltosa certo per gli oneri di organizzazione e finanziari che ne deriverebbero, nonché per la necessità di un rapporto continuativo con l'affidato, ma non astrattamente irrealizzabile).

Con una decisione del 1997 il Supremo Collegio, in modo più generico e anticipatorio della posizione poi nuovamente sostenuta nel 1998, aveva stabilito che «Non è ammissibile la concessione di affidamento in prova presso un consolato italiano nel Paese estero in cui il condannato risiede, in quanto l'affidamento in prova è una misura alternativa alla detenzione e, come tale, non può svolgersi in uno Stato diverso da quello in cui la pena dovrebbe essere espiata»¹³. Viene così rilevata la sussistenza di un principio di nazionalità nell'esecuzione della pena, da ritenere d'altronde conforme all'impostazione statalistica del sistema penale.

Infine, nel 1999, in senso adesivo alle precedenti pronunce anche se in modo leggermente più articolato, i giudici di legittimità hanno affermato che «quantunque le misure alternative alla detenzione (nella specie, affidamento in prova al servizio sociale) siano applicabili sia ai cittadini italiani, sia agli stranieri, a nulla rilevando l'attualità della presenza dell'interessato al momento dell'istanza, tuttavia l'esecuzione della misura alternativa deve necessariamente svolgersi nel territorio dello Stato, in quanto i centri di servizio sociale per adulti svolgono soltanto nell'ambito territoriale di competenza la loro attività, che per sua specifica natura non rientra tra quelle funzioni statali esercitabili, in territorio estero, dagli uffici consolari italiani. (In motivazione, la S.C. ha avuto modo di precisare che è pienamente compatibile con la fruizione in Italia di beneficio penitenziario la possibilità, previa autorizzazione della competente autorità di sorveglianza, di recarsi, per contingenti e improvvisi motivi, all'estero per farvi fronte)»¹⁴. Incidentalmente, va notato come in questa sentenza non venga considerata proble-

¹³ Corte di cassazione, sez. I, ud. 29 gennaio 1997 (dep. 25 marzo 1997), n. 631, Vasta, in *Cassazione penale*, 1998, n. 1237, p. 2131. In senso conforme poi, appunto, Corte di cassazione, sez. I, ud. 6 ottobre 1998 (dep. 14 dicembre 1998), n. 4802, Antonacci, in *Cassazione penale*, 2000, n. 855, p. 1421, in cui si è evidenziato che «Non è ammissibile la concessione dell'affidamento in prova presso un paese straniero in cui il condannato risiede, in quanto si tratta di una misura alternativa alla detenzione e, come tale, non può svolgersi in una nazione diversa da quella in cui la pena dovrebbe essere espiata».

¹⁴ Corte di cassazione, sez. I, ud. 26 ottobre 1999 (dep. 30 dicembre 1999), n. 5895, Ceruti, in *Rivista penale*, 2000, pp. 516-517.

matica la possibilità di applicare agli stranieri le soluzioni extramurarie, ma questa sia normalmente ammessa (anche se il riferimento potrebbe essere inteso in modo esclusivo per gli allogeni in regola con le norme in materia migratoria).

Sulla questione dell'eseguibilità all'estero delle misure alternative si è in un certo senso pronunciata anche la Corte costituzionale con un'ordinanza del 2001, nella quale è stata dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario, sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta con riferimento agli artt. 3, 4, 16 e 27 della Carta fondamentale, nella parte in cui non è previsto che l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione come l'affidamento in prova al servizio sociale possa essere svolta anche nel territorio di un altro Stato appartenente all'Unione europea¹⁵.

La situazione che aveva costituito l'occasione per questo intervento della Consulta era rappresentata dalla vicenda di un condannato residente in Germania, dove viveva con la famiglia e svolgeva un'attività lavorativa e che possedeva quelle condizioni soggettive sufficienti per l'ammissione al trattamento extramurario, il quale aveva fatto istanza al Tribunale di sorveglianza di Caltanissetta di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale¹⁶. I giudici nisseni avevano evidenziato come sia la giurisprudenza della Cassazione che la prassi dell'amministrazione penitenziaria escludevano la possibilità di effettuare il *probation* all'estero in quanto la competenza dei centri di servizio sociale – che sono gli unici soggetti istituzionali ammessi a svolgere le funzioni di sostegno e di controllo nell'ambito di questa misura – è tipicamente nazionale. Purtuttavia, questa soluzione esegetica, adottata anche dal Supremo Collegio, ad avviso del Tribunale di sorveglianza poneva il problema della compatibilità con alcuni principi costituzionali, problema che dunque andava affrontato.

In particolare, era stata ravvisata la violazione del terzo comma dell'art. 27 Cost., poiché, dovendo comunque tendere la pena alla rieducazione del condannato, l'ordinamento avrebbe dovuto rendere operativo sempre questo principio; dell'art. 3 Cost., perché bisognava garantire a tutti i cittadini le condizioni di parità nell'ambito lavorativo, indipendentemente dal fatto che fossero residenti o meno nel territorio dello Stato; dell'art. 4 Cost., per l'esigenza di rendere effettivo il principio costituzionale del diritto al lavoro;

¹⁵ Corte costituzionale, ordinanza 17 maggio 2001, n. 146, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, n. 2, pp. 462 e ss.

¹⁶ Va notato che la questione riguardava un cittadino italiano.

del secondo comma dell'art. 16 Cost., perché il diritto di uscire dal territorio nazionale e di rientrarvi liberamente non doveva essere di fatto vanificato dall'impossibilità di svolgimento dell'attività lavorativa all'estero. Inoltre, la prassi amministrativa contestata, nel sistema dell'integrazione europea anche nei settori della sicurezza e della giustizia, appariva antistorica.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri si era opposta a questa ricostruzione per ragioni essenzialmente formali, consistenti, intanto, nell'assenza di una norma costituzionale che consenta l'esecuzione della pena al di fuori del territorio dello Stato in cui si esercita la potestà punitiva, sostenendo, in pratica, il carattere nazionale dello *ius puniendi*; inoltre, nella necessità comunque di una regolamentazione apposita, basata su un accordo internazionale, che in realtà mancava, il quale disciplinasse le modalità di esecuzione della pena all'estero.

La Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sottoposta al suo giudizio evidenziando, in sostanza, che il difetto di competenza, in assenza di una normativa internazionale apposita, non concerne solo i centri di servizio sociale, ma anche il magistrato di sorveglianza e l'autorità di pubblica sicurezza, che non potrebbero esercitare i loro poteri autoritativi connessi con le funzioni di controllo durante l'esecuzione della misura alternativa. In secondo luogo, la Corte ha rilevato che, pur sussistendo degli accordi sopranazionali che permettono l'esecuzione della pena all'estero, tali normative riguardano l'ipotesi del trasferimento del detenuto all'autorità straniera e non, come nel caso prospettato, l'esecuzione nel territorio straniero di una misura penale ad opera delle autorità italiane. Né può ritenersi contrastante con alcuna norma costituzionale, ad avviso del giudice delle leggi, la limitazione dell'esecuzione delle sanzioni penali nel territorio dello Stato. La disuguaglianza che si sarebbe venuta a creare fra cittadini condannati che vivono e lavorano in Italia e cittadini condannati che vivono e lavorano all'estero, nonché l'impedimento al pieno esercizio del diritto al lavoro sono situazioni di mero fatto e non derivano dai contenuti dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario. La libertà di circolazione dell'art. 16 è stata poi ritenuta argomento non pertinente rispetto alle esigenze di limitazione della libertà personale conseguenti ad una condanna penale. In ultimo, il finalismo rieducativo della pena non è apparso violato perché ogni forma di esecuzione penale può avvenire, secondo la Consulta, solo sul territorio nazionale ed è riconoscibile, dal punto di vista giuridico, anche nei confronti di chi vive all'estero, sebbene in questo caso possa risultare di fatto di più difficile applicazione.

Sembra, però, che su quest'ultimo punto – che è quello caratterizzante la questione – la Corte abbia omesso di effettuare i necessari approfondimenti. Nell'ottica del giudice rimettente, la preminenza a livello costituzionale del principio rieducativo della sanzione penale avrebbe dovuto comportare non soltanto la stimolazione dell'attività parlamentare verso la stipula di appositi accordi a livello internazionale per rendere effettiva questa finalità, ma l'adozione di soluzioni organizzative nello *status quo* per non porre ad aspetti tutto sommato burocratici i bisogni della persona umana. Lo scudo, che i giudici costituzionali hanno sollevato, è in fondo costituito dalla logica della sovranità nazionale e dalla necessità, quindi, che il diritto espleti le sue funzioni all'interno delle mura domestiche. Ed è proprio della correttezza di tale punto di vista che preme in questa sede dubitare.

Riprendendo la questione del trattamento degli allogeni, è stato evidenziato come l'obiettivo di promozione della risocializzazione del condannato, che il legislatore si era prefissato in generale con la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, rispetto agli stranieri in particolar modo non abbia avuto attuazione effettiva per una pluralità di ragioni, anche di carattere pratico.

In primo luogo, va considerata la frequente ignoranza della lingua italiana, che rende difficoltose le interrelazioni pure col contesto carcerario, oltre a limitare le possibilità di fruizione delle opportunità offerte dalla legislazione, in quanto appunto non se ne viene a conoscenza; questa condizione è d'altronde acuita dallo stato di clandestinità o irregolarità della gran parte dei detenuti stranieri, nonché dal fatto che una congrua percentuale di questi – stimata intorno al 33% – sono persone che usano l'Italia come punto di transito per giungere nei Paesi del centro e del nord dell'Europa.

In secondo luogo, è chiara la difficoltà di definire un percorso trattamentale adeguato alla personalità dell'allogeno, a causa della scarsa conoscenza del suo contesto di provenienza e, quindi, dei suoi bisogni e delle modalità con le quali soddisfarli. Si è, ad esempio, posto il problema di stabilire se i valori sociali ai quali deve essere improntato il trattamento dello straniero siano quelli del suo luogo di provenienza, quelli del luogo in cui si trova ad espiare la condanna o, piuttosto, dei non meglio definiti valori universali.

In terzo luogo, sussistono difficoltà di attuazione del percorso trattamentale, qualora si riesca a definirlo: sia per gli aspetti concernenti l'istruzione, visto che dalle risultanze statistiche sono pochi gli allogeni che partecipano a corsi di alfabetizzazione e professionali; sia per gli aspetti concernenti il lavoro all'esterno, dato che la gran parte degli stranieri detenuti è costituita da clandestini,

che difficilmente possono trovare un datore di lavoro, anche per la mancanza di una rete di relazioni esterne alla struttura di segregazione, e che, comunque, sono sfavoriti dalla legislazione che riconosce la precedenza, nell'assegnazione delle attività lavorative ai detenuti, a coloro che abbiano maggiore anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione, più carichi familiari, esperienze pregresse documentate e più congrue prospettive future¹⁷.

In quarto luogo, può risultare in molti casi arduo rendere effettivo il diritto di professare la propria fede religiosa.

Infine, vi è la possibilità ridotta di contatti col mondo esterno, in particolare con la famiglia, che sovente si trova nel Paese di origine del detenuto, con l'esito paradossale che sono gli stranieri collegati con la criminalità organizzata e quindi più pericolosi a possedere quelle condizioni oggettive che renderebbero possibile il trattamento extramurario¹⁸.

3. Caratteristiche generali dell'affidamento in prova al servizio sociale

L'affidamento in prova al servizio sociale può essere considerato la più importante fra le misure alternative alla detenzione poiché costituisce – o dovrebbe costituire – lo strumento tramite il quale il percorso trattamentale si rende più fattivo, eliminando lo stato di privazione della libertà personale e favorendo i contatti con l'ambiente esterno, da cui trarre le occasioni per il migliore reinserimento sociale. Già dal momento della sua introduzione nel sistema penitenziario l'istituto è stato considerato il «punto nodale» della riforma, in quanto costituisce un'alternativa al carcere di tipo integrale, a differenza della semilibertà che, secondo autorevole dottrina, può essere più correttamente qualificata come una «speciale modalità di esecuzione della pena detentiva», visto che lo stato di carcerazione permane pur se intervallato da contatti con l'ambiente esterno¹⁹.

¹⁷ Ai sensi del sesto comma dell'art. 20 della legge sull'ordinamento penitenziario, «Nell'assegnazione dei soggetti al lavoro si deve tener conto esclusivamente dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione, con l'esclusione dei detenuti e internati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14-bis della presente legge».

¹⁸ Per queste riflessioni cfr. MAROTTA, *op. cit.*, pp. 49 e ss. Vd. in particolare p. 62.

¹⁹ Così F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, p. 373.

Si tratta di un rimedio comunque sottoposto ad una serie di presupposti formali e sostanziali. In via principale, vanno considerate la condanna ad una pena non superiore a tre anni di reclusione – o, per opinione ormai diffusa, il residuo di pena del medesimo ammontare – e la prognosi positiva sul comportamento futuro del reo, nel senso sia dell'esclusione di condotte recidivanti sia della fattibilità del percorso rieducativo.

Il progetto d'intervento è il contenitore delle prescrizioni cui il condannato si sottopone e che vanno finalizzate proprio al trattamento. I servizi sociali sono il soggetto deputato a svolgere funzioni di controllo e di sostegno.

La prevalenza della finalità risocializzante di questo strumento è confermata anche dalle recenti posizioni ermeneutiche della giurisprudenza. Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato, per esempio, che «In tema di affidamento in prova al servizio sociale, ai fini della valutazione dell'esito della prova, è possibile prendere in considerazione anche comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l'esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia formulato il giudizio sul relativo esito, giacché essi, quantunque di per sé inidonei a giustificarne la revoca, possono, tuttavia, costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento di quell'obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la misura stessa è preordinata»²⁰, ritenendo così la natura sostanziale del giudizio. Anche se, come è stato rilevato, al Supremo Collegio è sembrato opportuno definire alcune condizioni perché questo prolungamento del periodo di esame operi: l'eliminazione di ogni automatismo valutativo e la preferenza per un giudizio massimamente individualizzato, in cui si tenga conto, complessivamente, della condotta dell'affidato durante l'esperimento della misura, del fatto compiuto all'esaurimen-

²⁰ Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 27 febbraio 2002 (dep. 13 marzo 2002), n. 5, Martola, in *questa Rivista*, 2003, n. 3, p. 101, con nota di R. Tucci, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, pp. 101 e ss., che analizza la differenza fra i casi della revoca della misura e della valutazione circa l'esito della stessa. Con riferimento, in particolare, al problema affrontato dalle Sezioni unite, va rilevato come esistesse un forte contrasto interpretativo fra i giudici di legittimità. In certe sentenze il periodo di prova era considerato una fase comunque chiusa, sulla cui valutazione non poteva incidere alcuna condotta successiva al completamento del periodo di esecuzione della misura, secondo un'impostazione molto formalistica. In altre, invece, veniva privilegiato l'effettivo conseguimento del fine rieducativo del provvedimento, che doveva costituire il vero parametro di giudizio circa l'esito della misura e che appariva inevitabilmente compromesso quando l'affidato avesse tenuto, dopo l'esaurimento del *probation*, un comportamento biasimevole. La sentenza è riportata anche in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1225 e ss., con nota di R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, pp. 1230 e ss.

to di questa, della distanza temporale fra la conclusione della prova e il comportamento censurabile (per verificare così che il proposito criminoso abbia avuto un suo sviluppo già nel periodo di prova, il cui eventuale andamento positivo era in verità solo apparente), nonché della pertinenza di questo comportamento con l'oggetto e le modalità del *probation*²¹, entro il limite – formale, in modo forse compromissorio rispetto all'opposto orientamento – del giudizio sull'esito della misura.

Con riferimento al problema dell'applicabilità del rimedio anche agli allogeni clandestini o irregolari, l'affidamento in prova al servizio sociale costituisce l'ipotesi forse più controversa, certamente più importante perché qui la persona è libera di circolare nel territorio pur essendo priva del permesso di soggiorno. Secondo Santoro²², la conferma dell'applicabilità del *probation* penitenziario allo straniero si evincerebbe proprio dalla disciplina dell'art. 16, quinto comma, t.u. (che, come si vedrà ampiamente, è stato indicato da certa dottrina e da certa giurisprudenza come la ragione formale ostativa alla concessione delle misure alternative agli stranieri presenti sul territorio dello Stato in condizione di illegalità), nel senso che quest'ultimo troverebbe attuazione solo se non si è ricorso all'affidamento ai servizi: sussisterebbe cioè tra le due misure incompatibilità. Infatti, mentre la disposizione dell'art. 47 o.p. trova applicazione per pene fino a tre anni normalmente, fino a quattro nel caso di affidamento terapeutico, l'espulsione è disposta per pene anche residue non superiori ai due anni. Inoltre – ed è questo l'aspetto saliente –, condizione necessaria per disporre il provvedimento ablativo è lo stato di detenzione dello straniero, che, se affidato, non può essere considerato detenuto; quindi, nei suoi confronti non è utilizzabile il rimedio dell'art. 16 t.u.

Tuttavia, questa interpretazione potrebbe essere contraddetta evidenziando che è proprio l'esistenza dell'art. 16, quinto comma, t.u. che potrebbe costituire l'ostacolo normativo – per le ragioni che verranno appresso esaminate – della ricorribilità al *probation*²³.

²¹ TUCCI, *op. cit.*, p. 104.

²² E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, p. 28.

²³ Qualche problematica interpretativa si è posta anche con riferimento all'affidamento in prova terapeutico. È stato evidenziato il rischio di un atteggiamento discriminatorio a danno degli stranieri clandestini o irregolari, in quanto nella legge è previsto che abbiano diritto all'assistenza sanitaria nazionale tutti gli stranieri, indipendentemente dalla condizione di regolarità, nel periodo di detenzione o internamento negli istituti penitenziari, mentre l'extracomunitario clandestino o irregolare, che non sia autore di illeciti penali, ha diritto alle cure urgenti ed essenziali. Il riferimento allo stato di detenzione per essere ammessi ai vantaggi dell'assistenza sanitaria comporta che

4. La presenza degli stranieri negli istituti di pena italiani

Una delle ragioni giustificative dell'attenzione dottrinale e giurisprudenziale verso il tema della concedibilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione è costituita, come già evidenziato, dall'incremento consistente del numero di detenuti allogenici negli istituti di pena italiani²⁴.

Secondo alcune stime dell'ISTAT²⁵, nell'arco temporale compreso fra il 1990 e il 1999 l'ingresso degli stranieri in carcere è più che triplicato, a fronte di un aumento generale degli ingressi negli istituti di pena del 35%. Inoltre, in assoluto nel 1990 la quota di stranieri della popolazione detenuta costituiva il 16% del totale, nel 1999 superava il 33%; rilevazione valida anche con riferimento alle detenute, che nel 1990 rappresentavano il 17% del totale, nel 1999 il 40%. L'andamento è sostanzialmente confermato dalle analisi del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria²⁶. Secondo altre rilevazioni, nel periodo compreso fra il 1996 e il 2006 il numero degli stranieri ristretti è più che raddoppiato in termini

lo straniero in affidamento terapeutico non verrà economicamente sostenuto dallo Stato nel programma di recupero, proprio perché la sua condizione non può essere definitiva detentiva e non si ritiene possa trattarsi di situazione di urgenza. Sul punto, diffusamente, SANTORO, *op. cit.*, pp. 33 e ss., che prospetta anche delle soluzioni di forzatura interpretativa, che consentirebbero di eliminare questa diversità di trattamento.

²⁴ Esprime analoga considerazione PAVARINI, *op. cit.*, p. 210, secondo cui esiste la tendenza nei Paesi occidentali – che non appare certo una novità della società contemporanea – ad applicare la sanzione detentiva nei confronti dei soggetti marginali, soprattutto giovani tossicodipendenti ed immigrati.

²⁵ I dati sono riportati da MAROTTA, *op. cit.*, che ha attinto dalle statistiche giudiziarie penali dell'ISTAT e dai documenti del Servizio per l'informatica e la statistica del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria per il periodo 1990-2002, nonché da alcune ricerche empiriche. Come pone in evidenza l'Autrice, le informazioni riguardano soltanto soggetti adulti perché la criminalità minorile presenta peculiarità che richiederebbero un'indagine apposita. Inoltre, Ella sottolinea come nelle rilevazioni statistiche il riferimento a coloro che sono entrati e usciti dagli istituti di pena non riguardi i soggetti nella loro individualità, bensì gli avvenimenti che hanno determinato l'insorgenza del rapporto con la struttura carceraria. Di conseguenza, una stessa persona potrebbe essere conteggiata più volte perché ha commesso più fatti e, quindi, è entrata in istituto un numero maggiore di volte. Ne deriva che la cifra complessiva di persone che hanno avuto contatti con le strutture di segregazione è in realtà inferiore rispetto ai dati riportati dalle statistiche.

²⁶ MAROTTA, *op. cit.*, p. 42-43. Anche in R. MAGI, *Stranieri e pericula libertatis: la giurisprudenza, tra rispetto dei principi e ricorrenti semplificazioni*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, n. 1, p. 44, si sottolinea che la popolazione carceraria è ormai costituita per il 30% da stranieri, per lo più giovani e maschi. I dati sono confermati pure da S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *questa Rivista*, 2006, n. 1, p. 183, e da S. CIAPPI, *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere*, in *Quaderni di sociologia*, 2006, n. 1, pp. 43-44.

assoluti, passando in percentuale da più del 19% della popolazione carceraria alla data del 31 dicembre 1996 al 30% alla data del 31 marzo 2006²⁷.

Motivi di questo incremento possono essere individuati nella maggiore presenza in generale degli stranieri nel territorio nazionale, cui consegue ragionevolmente l'aumento corrispondente degli allogeni che si rendono autori di fatti penalmente rilevanti; in un più ampio controllo realizzato dalle agenzie che si occupano di ordine pubblico nei confronti di coloro che presentano evidenti elementi di diversità; nella differenziazione della risposta istituzionale alla criminalità degli stranieri rispetto a quella degli autoctoni, anche a causa della maggiore difficoltà concreta nel godimento da parte dei primi delle soluzioni procedurali extracarcerarie²⁸. Inoltre, a queste considerazioni può essere aggiunto che i reati di cui si rendono prevalentemente autori gli stranieri sono quelli che presentano maggiore impatto sociale. Nell'ordine, secondo l'indagine della Marotta: reati in materia di sostanze stupefacenti, contro il patrimonio, contro la persona (ivi compresa la violenza sessuale), di sfruttamento sessuale dei minorenni, connessi con la prostituzione, contro la pubblica amministrazione (in particolare, violenza e resistenza al pubblico ufficiale), contro la fede pubblica²⁹. Si è così sostenuto come gli immigrati siano coinvolti soprattutto nelle economie illegali con ruoli subalterni e risultino autori di delitti predatori o di forme di criminalità opportunistica³⁰.

Com'è stato opportunamente evidenziato, nell'analizzare i dati a disposizione sul *quantum* delle presenze di allogeni negli istituti di pena italiani è necessario sottolineare come dalle statistiche possa risultare la sovra-rappresentazione della criminalità degli stranieri, in ragione del fatto che esiste una tendenza – anche inconsapevole – delle agenzie di controllo a procedere con maggiore facilità nei confronti degli allogeni, pure per ragioni oggettive. In particolare, rispetto ai clandestini e agli irregolari è più consistente il pericolo di fuga, come rispetto agli stranieri privi di fissa dimora non è concretamente applicabile la misura cautelare degli arresti domiciliari. Nei confronti di tali soggetti, allora, il ricorso alla custodia preventiva in carcere non costituisce una *ultima ratio*, ma la soluzione cautelare di fatto preferibile. Molte volte, poi, queste persone non vengono condannate, con la conseguenza che il loro

²⁷ Così L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 58.

²⁸ In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, p. 43.

²⁹ Cfr. MAROTTA, *op. cit.*, p. 46.

³⁰ Così PAVARINI, *op. cit.*, p. 210.

ingresso in carcere, determinato da motivazioni in fondo diverse dall'effettiva presunzione di colpevolezza, incide sulla rilevazione della quantità dei detenuti stranieri senza, tuttavia, influire sulla reale criminalità degli allogeni³¹.

A parere della Marotta, la conferma di questa tendenza potrebbe essere tratta, con le dovute cautele, dal confronto di alcuni dati forniti dall'ISTAT e dal D.A.P., secondo i quali vi sarebbe una cospicua differenza fra coloro che sono entrati in carcere nell'arco dell'anno e sono presenti alla fine dello stesso a seconda che siano italiani o stranieri; nel senso che, mentre quasi il 77% degli italiani che hanno fatto ingresso negli istituti di pena nel 2001 sono ancora presenti alla data del 31 dicembre, poco più del 58% degli stranieri è ancora detenuto alla fine dell'anno. Inoltre, mentre la percentuale dei condannati italiani in via definitiva presenti negli istituti è maggiore della percentuale degli autoctoni imputati, per gli stranieri vale il contrario. Da questi raffronti dovrebbe derivare la considerazione circa il più frequente ricorso della carcerazione preventiva a carico degli stranieri, anche qualora non sussistano effettive gravi motivazioni³².

Secondo alcuni studi, una certa discriminazione può essere rinvenuta anche nella sottoposizione degli stranieri alle misure alternative alla detenzione. Alla data del 30 giugno 2005 meno del 6% delle persone ammesse alle soluzioni trattamentali extracarcerarie erano stranieri³³. Su questo risultato ha potuto invece incidere cospicuamente la ritenuta incompatibilità fra la condizione di estraneo clandestino o irregolare e il godimento dei benefici penitenziari.

5. L'indirizzo giurisprudenziale che nega l'applicabilità agli stranieri clandestini o irregolari delle misure alternative alla detenzione. La sentenza Calderon

Come si è già evidenziato, certa giurisprudenza ha negato la possibilità di applicare le misure alternative alla detenzione nei

³¹In tal senso MAROTTA, *op. cit.*, p. 41. Una conferma di questa tendenza discriminatoria – o, quantomeno, l'esigenza di verificare se questi dati derivino davvero da una maggiore criminalità degli stranieri piuttosto che dalla selezione operata dalle agenzie di controllo – deriverebbe, secondo MAGI, *op. cit.*, p. 44, dal confronto fra la percentuale di stranieri ristretti (circa il 30% della popolazione carceraria) e la percentuale di stranieri presenti sul territorio nazionale (circa il 2% della popolazione residente).

³²Così MAROTTA, *op. cit.*, p. 44.

³³Così PAGANO, *op. cit.*, p. 59.

confronti degli extracomunitari presenti nel territorio nazionale come clandestini o irregolari in ragione dell'incompatibilità ontologica di questa condizione con le soluzioni trattamentali extramurarie.

Così, ad esempio, la Corte di cassazione, in una sentenza del 2003, Calderon, che può essere considerata la più rappresentativa di questo filone, ha sostenuto che «L'affidamento in prova al servizio sociale e, in genere, tutte le misure alternative alla detenzione, non possano essere applicate allo straniero extracomunitario che si trovi in Italia in condizioni di clandestinità, atteso che tale condizione rende illegale la permanenza del medesimo straniero nel territorio dello Stato e non può, d'altra parte, ammettersi che l'esecuzione della pena abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile detta illegalità»³⁴. In questa decisione l'incompatibilità rilevata è di tipo oggettivo; non risente cioè delle caratteristiche individuali di pericolosità del condannato o di fattibilità – in concreto – della soluzione di deflazione carceraria, ma attiene all'incongruenza strutturale fra le disposizioni che disciplinano la presenza degli extracomunitari nel territorio dello Stato e le modalità esecutive di tali misure, che non dovranno mai comportare, come si legge nella sentenza, «la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile detta illegalità».

Secondo la Corte, infatti, «La natura sanzionatoria delle misure alternative alla detenzione, in rapporto di immediata derivazione dalla pena, di cui costituiscono una modalità esecutiva, non comporta la loro indiscriminata applicabilità, quale corollario del principio di indefettibilità della pena stessa». «La loro concessione, infatti, è subordinata alla sussistenza delle condizioni per ciascuna specificamente previste, afferenti al titolo del reato e alla durata della pena in esecuzione, nonché alla personalità del reo». «Inoltre, e soprattutto, è immanente nell'ordinamento giuridico il limite (che attiene a essenziali esigenze di coerenza ed omogeneità dell'intero

³⁴ Cfr. Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, in *Rivista penale*, 2003, pp. 697-698, e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 185 e ss. La massima è riportata anche in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 717-718, con nota di A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, pp. 718 e ss. La vicenda concreta, che aveva fornito l'occasione al Supremo Collegio per esprimere il proprio orientamento, era stata costituita dalla concessione ad una straniera clandestina della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale da parte del Tribunale di sorveglianza di Taranto, che aveva fondato la propria decisione sull'esigenza della parità di trattamento fra condannati, rispetto alla quale ordinanza il procuratore generale presso la Corte d'appello di Lecce aveva proposto impugnazione.

sistema) riferibile alla legalità estrinseca di un provvedimento giurisdizionale, cioè alla assenza di contrasto con norme imperative». «A questo limite va rapportato il principio di inderogabilità della condanna: posto che è indubbiamente *contra legem* la permanenza nello Stato di uno straniero che vi ha fatto ingresso clandestinamente, l'esecuzione della pena nei confronti dello stesso non può avvenire se non con modalità che non comportino la violazione o la elusione delle *regulae iuris* che statuiscono tale carattere di illegalità». «Pertanto, va affermato il principio che lo *status* di clandestino dello straniero, anche se non preclusivo sotto il profilo soggettivo (non implicando alcuna presunzione di pericolosità, che va, invece, accertata specificamente), è, tuttavia, oggettivamente ostativo alla applicazione di misure alternative extramurarie, per la radicale incompatibilità delle loro modalità esecutive con l'osservanza delle norme [...]» contenute nel testo unico sull'immigrazione, com'è confermato d'altronde, secondo la Cassazione, dalla previsione, nell'art. 16 t.u., dell'espulsione come unica sanzione sostitutiva delle pene detentive brevi, pur essendo astrattamente applicabili anche le altre pene sostitutive contenute nella legge di modifiche al sistema penale del 1981. «Né la conclusione qui prospettata si presta a dubbi di costituzionalità, atteso che la disparità di trattamento riservato ai cittadini e agli stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato rispetto ai clandestini trova giustificazione nella differenza delle situazioni giuridiche che ad essi fanno capo»³⁵.

Riassumendo, secondo la Cassazione:

1. il ricorso alle misure alternative è comunque contingente e dipende dalla sussistenza delle condizioni che consentono di realizzare la finalità per la quale sono state previste nel sistema dell'esecuzione penale;
2. ogni provvedimento giurisdizionale non può essere preso in contrasto con norme imperative;
3. l'applicazione delle misure alternative a clandestini e irregolari contraddice, dal punto di vista oggettivo, i contenuti del testo unico sull'immigrazione, in cui è generalmente vietata la

³⁵ Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, cit., pp. 697-698. Condivide l'impostazione dei giudici di legittimità DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., pp. 83-84, secondo il quale, come già rilevato, non è contraddittorio con l'incompatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e la fruibilità delle misure alternative il fatto che gli stranieri possano essere ammessi alla liberazione anticipata o godere dei permessi premio (sebbene in concreto si possano verificare difficoltà di attuazione), poiché si tratta di benefici che attingono all'esecuzione della pena detentiva.

permanenza dello straniero privo del permesso di soggiorno sul territorio nazionale;

4. questa esegesi non viola il principio costituzionale di eguaglianza poiché le situazioni giuridiche che fanno capo a cittadini e stranieri non possono essere collocate sullo stesso piano.

Questo orientamento è stato confermato anche con riferimento all'affidamento in prova terapeutico³⁶.

Oltre a quelle così evidenziate nella sentenza Calderon, anche altre ragioni sono state portate a sostegno della tesi che nega l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari. Una di queste riguarda l'impossibilità che si instauri un'interrelazione fra i servizi sociali, il cui ruolo è di norma essenziale nello svolgimento delle soluzioni trattamentali extramurarie, e il condannato, che comunque, alla fine del periodo di espiazione, andrà espulso³⁷.

Un'ulteriore importante motivazione è stata individuata nel quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui è prevista l'espulsione come misura alternativa alla detenzione per gli stranieri clandestini o irregolari che devono scontare una pena, anche residua, di due anni, la quale è stata ritenuta da certa dottrina e giurisprudenza l'unico beneficio penitenziario applicabile a questa categoria di alloggi³⁸. È argomento che comunque è solo implicitamente ricavabile dalla sentenza Calderon.

³⁶ Cfr. Corte di cassazione, sez. I, 26 novembre 2004, n. 46085, Hadir, mass. 230.191, riportata da D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 1282, secondo cui sussiste incompatibilità fra la condizione di clandestino (o irregolare) e il ricorso alle misure alternative a causa della illegalità della permanenza dello straniero nel territorio dello Stato – in ragione appunto della mancanza del permesso di soggiorno –, presenza che non può pertanto neppure essere autorizzata dal giudice. Sulla base di questa considerazione, la Cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Firenze con cui era stato concesso allo straniero l'affidamento in prova terapeutico. Nella massima, riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 57, si stabilisce che «L'affidamento terapeutico previsto dall'articolo 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, così come ogni altra misura alternativa alla detenzione, non può essere applicato allo straniero che si trovi in condizione di clandestinità, per l'incompatibilità della sua posizione con misure alternative che comportino la permanenza nel territorio dello Stato, a lui vietata».

³⁷ Secondo Corte di cassazione, sez. I, ud. 5 giugno 2003 (dep. 9 luglio 2003), n. 29097, Mema, in *Rivista penale*, 2004, p. 458, le misure alternative non possono essere applicate agli extracomunitari da espellere perché manca la possibilità di instaurare quella interazione fra condannato e servizio sociale necessaria per l'efficacia di tali provvedimenti. Nella massima, la n. 225.219, riportata da DI ROSA, *op. cit.*, p. 57, si legge: «È inammissibile per manifesta infondatezza dei presupposti di legge, ex articolo 666, comma 2, del c.p.p. la richiesta avanzata dallo straniero espulso ai sensi dell'articolo 13 del d.lgs. 286/1998, e per il quale è previsto il divieto di rientrare nel territorio dello Stato per cinque anni, di affidamento al servizio sociale e di semilibertà, non essendo possibile instaurare una interazione tra condannato e servizio sociale, presupposto su cui si basano i due istituti».

³⁸ Sulla questione v. oltre diffusamente.

6. La giurisprudenza che afferma la compatibilità fra la condizione di clandestinità o irregolarità e le misure alternative alla detenzione

Nel corso degli anni, la giurisprudenza – soprattutto di legittimità –, direttamente o incidentalmente, ha riconosciuto in alcuni casi l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche nei confronti degli stranieri condannati in via definitiva che fossero privi del permesso di soggiorno.

Ad esempio, con una decisione del 1995, la Cassazione ha affermato che «Non può essere dichiarata inammissibile *de plano* l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale del condannato extracomunitario, del quale debba essere disposta l'espulsione dal territorio dello Stato, giacché quest'ultima sospende, ma non fa cessare l'esecuzione della pena, che deve riprendere qualora il condannato vi rientri; onde la permanenza di un suo interesse a una pronuncia sulla richiesta medesima»³⁹.

Anche certa giurisprudenza di merito, per ragioni di tipo formale, consistenti nell'assenza, all'interno dell'ordinamento, di alcuna norma preclusiva dell'applicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari, ha affermato la concedibilità a questi soggetti di tali provvedimenti. Così, il Tribunale di sorveglianza di Milano, nel 2003, ha sostenuto che «La situazione di cittadino extracomunitario privo di valida autorizzazione alla permanenza sul territorio nazionale, non può essere di per sé solo valido motivo di rigetto dell'istanza di affidamento in prova al servizio sociale, qualora sussistano gli ulteriori presupposti richiesti dalle norme sull'ordinamento penitenziario. L'espiazione di pena detentiva consente infatti a tutti i detenuti condannati in Italia anche se stranieri, non risultando nella legislazione italiana alcuna deroga in questo senso, di poter usufruire degli strumenti trattamentali previsti dalla legge. Non pare di ostacolo in tal senso l'art. 22 del d.lg. 25 luglio 1992 n. 256⁴⁰ che sanziona penalmente il datore di lavoro che assume alle proprie dipendenze un cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno. Dalle circolari ministeriali sul punto si evince, infatti, che non è richiesto il permesso di soggiorno per i detenuti e gli internati stranieri avviati al lavoro in misura alternativa ai sensi dell'art. 21 ord. penit., dovendo in tali casi gli Uffici

³⁹ Così, Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 ottobre 1995 (dep. 24 ottobre 1995), n. 4752, Padilla Chaves, in *Rivista penale*, 1996, p. 646.

⁴⁰ Credo che la citazione sia errata e il riferimento invero dovrebbe riguardare il testo unico sull'immigrazione, cioè il decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286.

del lavoro territorialmente competenti rilasciare un apposito atto di avviamento al lavoro. Diversamente, infatti, ne discenderebbe che i condannati extracomunitari privi di permesso di soggiorno, pur non potendo essere espulsi, di fatto non potrebbero accedere a quelle misure alternative che fondano sullo svolgimento di attività lavorativa il loro momento qualificante»⁴¹.

Più di recente, la Corte di cassazione, con una decisione del 2005⁴², in dichiarata contraddizione con quanto sostenuto dal medesimo Supremo Collegio con la sentenza Calderon (su cui v. ancora oltre), ha ammesso la possibilità anche per lo straniero entrato illegalmente nel territorio dello Stato e destinatario di un provvedimento di espulsione, da eseguire dopo l'espiazione della pena, di vedersi applicate le misure alternative alla detenzione per il preminente valore costituzionale della finalità rieducativa della pena, di cui tali provvedimenti costituiscono estrinsecazione. In tale ambito ogni discriminazione va bandita «per la decisiva ragione che le relative disposizioni di legge sono dettate a tutela della dignità della persona umana, in sé considerata e protetta indipendentemente dalla circostanza della liceità o non della permanenza nel territorio italiano: sicché un'eventuale disparità di trattamento normativo risulterebbe indubbiamente contraria ai principi di uguaglianza e al canone della ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzio-

⁴¹ Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 15 luglio 2003, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 521.

⁴² Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, pp. 252 e ss., in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2005, n. 3, p. 191, e in www.altalex.com, con nota di M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*. La massima della sentenza è anche in *Guida al diritto*, 16 luglio 2005, n. 28, p. 91. L'intervento del Supremo Collegio era conseguito al ricorso presentato dal difensore del condannato contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sottoposizione a misura alternativa, motivata con la sussistenza, a carico del condannato, di un decreto prefettizio di espulsione, che, secondo i giudici, precludeva conseguentemente – e, si potrebbe aggiungere, necessariamente – ogni prospettiva di reinserimento sociale sul territorio nazionale. Con l'annullamento del provvedimento impugnato, la Cassazione ha evidenziato il carattere apodittico della valutazione effettuata dal Tribunale di sorveglianza circa la possibilità di recupero sociale del condannato, connessa con la mancata permanenza del soggetto sul territorio nazionale dopo l'espiazione della pena, nonché la conseguenziale svalutazione del disposto dell'art. 27, terzo comma, Cost.

Sostiene la compatibilità fra condizione di estraneità e misure alternative altresì Corte di cassazione, sez. I, ud. 18 ottobre 2005 (dep. 23 novembre 2005), n. 42234, Tafa, in *Corte Suprema di Cassazione – Massimario delle decisioni penali*, marzo 2006, cc. 22-23, mass. 232.741, ove si afferma che «Le misure alternative alla detenzione in carcere ben possono essere applicate, ove ne sussistano i presupposti, anche nei confronti dei cittadini extracomunitari presenti in territorio italiano in stato di clandestinità e per tale ragione raggiunti da decreto prefettizio di espulsione».

ne»⁴³. Né d'altronde – hanno evidenziato i giudici – sussiste alcun divieto normativo, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari.

Inoltre, essi hanno sottolineato, da un canto, l'esistenza di una consolidata prassi amministrativa con cui si riconosce questa possibilità⁴⁴, dall'altro, l'erroneità della premessa dell'insanabilità della condizione di clandestino o irregolare, nonché dell'inesistenza di alternative al trattamento intramurario del detenuto da espellere alla fine del periodo di espiazione. «Quest'ultima posizione

⁴³ Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, cit., p. 253.

⁴⁴ Sono molteplici le circolari ministeriali nelle quali si fa riferimento a questo argomento. Possono essere citate: la circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 15 marzo 1993 n. 27, in cui si prevedeva il rilascio di un apposito atto di avviamento al lavoro a prescindere dall'iscrizione nelle liste di collocamento, dal possesso del permesso di soggiorno e dall'accertamento di indisponibilità, che avesse validità limitata al tipo di attività lavorativa e al periodo indicati nel provvedimento e che non costituisse titolo per l'iscrizione nelle liste di collocamento una volta cessato il rapporto di lavoro per il quale era stato concesso. Analoga disciplina era contemplata per i minorenni stranieri ammessi al *probation* processuale per lo svolgimento delle attività lavorative inserite come contenuto del progetto d'intervento; la circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del 23 marzo 1993 n. 691.858, trasmessa alle questure con la circolare del Ministero dell'interno del 2 marzo 1994 n. 8, secondo cui gli stranieri privi del permesso di soggiorno, obbligati a permanere sul territorio nazionale in forza di una decisione giurisdizionale, possono svolgere attività lavorativa in alternativa alla pena detentiva sulla base di un'ordinanza del tribunale di sorveglianza o di un provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno; la nota del Ministero della giustizia del 16 marzo 1999 (prot. n. 547.899), in cui, ribadendosi l'applicabilità della disciplina contenuta nella circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 27 del 1993, si chiarisce che il permesso di soggiorno non è necessario in quanto gli stranieri sono obbligati a permanere sul territorio nazionale in ragione di un provvedimento del giudice; la circolare del Ministero della giustizia del 12 aprile 1999 (prot. n. 547.671/10), in cui si evidenzia che non è necessario il permesso di soggiorno per i detenuti e gli internati extracomunitari ammessi al lavoro all'esterno o beneficiari di una misura alternativa, attesa appunto la condizione di detenzione; la circolare del Ministero dell'interno del 2 dicembre 2000 n. 300, successiva – è bene evidenziarlo – al testo unico sull'immigrazione del 1998, ove si specifica che per gli stranieri ammessi alle misure alternative non è previsto il rilascio di un apposito permesso di soggiorno, né per motivi di giustizia o ad altro titolo, visto che, d'altronde, l'ordinanza del magistrato di sorveglianza può costituire *ex se* un'autorizzazione a permanere sul territorio nazionale; la nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale dell'11 gennaio 2001, in cui, richiamata la circolare del Ministero della giustizia del 12 aprile 1999, si conferma l'applicabilità della procedura delineata nella circolare n. 27 del 1993; la circolare del Ministero dell'interno del 4 settembre 2001 n. 300/01, secondo cui, quando la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno proviene da un extracomunitario detenuto, l'istanza va respinta perché il provvedimento giurisdizionale in forza del quale lo straniero è detenuto contiene in sé l'autorizzazione al soggiorno vanificando ogni ulteriore intervento, peraltro di natura amministrativa. Cfr. C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, nota n. 4, pp. 88 e ss. e Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, cit., p. 254.

[...], ha evidenziato la Corte, «è certamente inaccettabile, dato che l'espiazione della pena rappresenta essa stessa il titolo che, sospendendo l'esecuzione dell'espulsione amministrativa, giustifica la presenza dello straniero nel territorio nazionale e che il provvedimento giurisdizionale che la legittima ben può determinare modalità di espiazione alternative al carcere»⁴⁵.

È chiaro che ammettere che anche lo straniero clandestino o irregolare possa fruire delle misure alternative alla detenzione non significa giustificarne la presenza sul territorio nazionale oltre il periodo strettamente necessario per l'esecuzione della sanzione penale al di fuori dell'istituto di pena. Una volta che la fase espiativa si è conclusa, permanendo le condizioni che imponevano l'allontanamento dallo Stato di colui che vi aveva fatto ingresso o vi era rimasto in violazione delle norme di legge, l'espulsione va eseguita⁴⁶.

Va, però, qui per inciso evidenziato che questa decisione della Cassazione si fonda, tra l'altro, su due presupposti che, in realtà, sono considerati dubbi dai sostenitori del filone ermeneutico opposto. La Corte, intanto, fa riferimento ai casi in cui l'espulsione va eseguita dopo la pena, inoltre, ritiene l'insussistenza di norme che, esplicitamente o implicitamente, vietino la concessione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari. Secondo l'orientamento avverso, tale divieto è deducibile dal disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui l'espulsione non è prevista come rimedio da eseguire all'esaurimento del periodo espiativo, ma in sostituzione di questo (con i limiti di cui si dirà più oltre).

Anche certa giurisprudenza di merito ha contraddetto la posizione assunta dalla Suprema Corte con la sentenza Calderon. Così, con un'ordinanza del 2005, il Tribunale di sorveglianza di Sassari ha ammesso al beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale uno straniero privo del permesso di soggiorno⁴⁷. I giudici hanno

⁴⁵ Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, cit., p. 254.

⁴⁶ Esprime un'opinione analoga M. PAGGI, *Misure alternative alla detenzione. In quale maniera possono usufruirne i cittadini extracomunitari irregolari*, in www.meltingpot.org del 13 dicembre 2005, il quale auspica altresì un intervento normativo con cui si prevedano dei rimedi per consentire agli extracomunitari clandestini o irregolari, che siano ammessi ai benefici penitenziari, di coltivare la speranza di permanere, una volta scontata la pena, nel territorio italiano, quando il percorso rieducativo ha dato buon esito, quando cioè il processo di risocializzazione, con la stabilizzazione delle relazioni lavorative, affettive, abitative, può essere considerato concluso.

⁴⁷ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Sassari, ordinanza 24 febbraio 2005, in www.alef-fvg.it. La vicenda concerneva un extracomunitario, condannato a tre anni di reclusione per detenzione illecita di un'ingente quantità di hashish, rispetto al quale sussistevano tutte le condizioni per l'ammissione alla misura alternativa: il detenuto aveva compiuto

basato la loro decisione, intanto, sulla preminente finalità rieducativa, nel dettato costituzionale, della sanzione penale, di cui costituisce chiara attuazione il sistema delle misure alternative contenuto nella legge sull'ordinamento penitenziario; in secondo luogo, sulla necessità della parità di trattamento, rilevabile dal medesimo testo normativo, non certamente derogabile per motivi di razza o nazionalità. Dalla combinazione di queste disposizioni deriverebbe l'illegittimità di modalità di esecuzione della pena specifiche per determinate categorie di condannati. Laddove, infatti, nella legge sull'ordinamento penitenziario sono previsti dei regimi detentivi speciali o limitazioni particolari, questi hanno durata temporanea e sono comunque legati a situazioni di particolare gravità e pericolosità, pronti a cessare, quindi, al venir meno delle condizioni che ne avevano giustificato l'instaurazione. Nel caso, invece, dell'esclusione degli stranieri clandestini o irregolari dalla possibilità di fruire delle misure alternative per incompatibilità ontologica connessa appunto con la loro condizione, si realizzerebbe la preclusione assoluta nell'accesso ai benefici penitenziari indipendentemente dalla condotta tenuta dai condannati in fase espiativa, compromettendosi in radice la stessa finalità rieducativa della pena. Così opinando, si precluderebbe la via non soltanto alle misure alternative in senso stretto, ma anche ai permessi premio e allo svolgimento di attività lavorativa all'esterno del carcere ai sensi dell'art. 21 della legge n. 354 del 1975.

Secondo i giudici del Tribunale di sorveglianza di Sassari, non vale neppure la considerazione dell'illegittimità dell'esecuzione della pena secondo modalità che violano le regole sulla presenza degli stranieri nel territorio dello Stato – come si verificherebbe ammettendo alle sanzioni extramurarie detenuti stranieri clandestini o irregolari –, perché questo argomento prova troppo, nel senso che allora anche il trattenimento presso gli istituti di pena italiani per

positivamente il percorso rieducativo e aveva fruito con regolarità dei permessi premio; vi erano condizioni familiari e lavorative adeguate, avendo egli moglie e una figlia ed essendo titolare di una licenza per lo svolgimento di attività commerciale su aree pubbliche; non emergevano controindicazioni rilevate dai Carabinieri, né collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; non sussistevano precedenti penali ulteriori a quello per il quale il soggetto stava scontando la pena, già in gran misura espiata, né carichi pendenti. L'unico ostacolo appariva costituito dalla posizione ermeneutica della Cassazione, avanzata appunto con la sentenza Calderon, circa l'incompatibilità ontologica fra la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero e la concessione delle misure alternative alla detenzione, a causa della contraddittorietà delle norme del testo unico sull'immigrazione in materia di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale con la possibilità di libera circolazione connessa con la fruizione delle sanzioni extramurarie.

scontare la sanzione ordinaria avviene in violazione delle norme del testo unico sull'immigrazione: tutti i condannati clandestini o irregolari andrebbero allora espulsi subito! Se questa soluzione non è accoglibile, di conseguenza le regole sulle modalità di espiazione della pena detentiva vanno applicate integralmente.

I giudici hanno considerato altresì inconducente il riferimento fatto nella sentenza Calderon all'art. 16 t.u. per sostenere il diniego della concessione dei benefici penitenziari agli stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità. Val la pena qui osservare, però, come sul punto vi sia stato un fraintendimento; nel senso che la Cassazione aveva inteso richiamare dell'art. 16 la parte relativa all'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione (i primi quattro commi), mentre il Tribunale di sorveglianza ha fatto riferimento all'espulsione come misura alternativa alla detenzione (del quinto comma). Questo organo ha evidenziato, sulla scorta della decisione della Corte costituzionale del 2004, la natura amministrativa di questa forma di espulsione che la rende del tutto diversa dalle misure alternative vere e proprie.

7. Le critiche della dottrina alla sentenza Calderon

La soluzione ermeneutica adottata con la sentenza Calderon è stata soggetta a critiche anche nell'ambito della dottrina per una pluralità di ragioni.

Intanto essa realizzerebbe disparità di trattamento nella fase dell'esecuzione penale – con connessa violazione, quindi, dell'art. 3 Cost. – fra cittadini italiani e stranieri in possesso del permesso di soggiorno da un lato, che possono, alle condizioni di legge, fruire delle misure alternative al carcere, e stranieri clandestini e irregolari dall'altro, che potrebbero al più beneficiare soltanto della liberazione anticipata e dei permessi premio. Tale esito interpretativo, d'altronde, si porrebbe in contraddizione non solo col precetto costituzionale dell'eguaglianza, ma altresì col disposto del secondo comma dell'art. 1 della legge sull'ordinamento penitenziario, secondo il quale «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». Ne conseguirebbe, poi, in certi casi, un'inaccettabile aporia applicativa qualora alla commissione del reato concorressero più persone, fra le quali solo una straniera clandestina o irregolare e, per questa sua condizione, impossibilitata a fruire delle soluzioni trattamentali ex-

tramurarie per ipotesi concesse agli altri concorrenti nel medesimo fatto⁴⁸. Si verrebbe a creare il c.d. doppio binario penitenziario, ispirato, come rilevato da certa dottrina, da ragioni di tipo contenitivo e di difesa sociale⁴⁹.

Inoltre, va altresì preso in considerazione il principio del finalismo rieducativo della pena del terzo comma dell'art. 27 Cost., che non può subire eccezioni, di cui appaiono strumento fondamentale proprio le misure alternative alla detenzione e che verrebbe compromesso irrimediabilmente tramite l'accoglimento della tesi sostenuta dalla Cassazione nella sentenza Calderon⁵⁰.

Come ulteriore argomento a sostegno della tesi della concedibilità ai clandestini e agli irregolari delle misure alternative si è evidenziata, come già rilevato, l'esistenza di una consolidata prassi amministrativa che riconosce anche ai clandestini e agli irregolari la fruibilità dei benefici penitenziari⁵¹.

Contro la decisione della Suprema Corte è stato evidenziato poi come l'affermazione di principio dei giudici di legittimità sia viziata dal punto di vista logico perché sembra ipotizzare che la condizione del detenuto *in vinculis* sia di extraterritorialità⁵². Se, cioè, il motivo ostativo alla concessione delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari è la contraddizione con le regole sulla presenza degli allogeni sul suolo nazionale, questa violazione si realizza anche quando la protrazione del loro soggiorno avviene negli istituti di pena, che non possono essere considerati come luoghi in cui la legge dello Stato subisce una sorta di sospensione dell'efficacia. Quindi, per un'esigenza di coerenza sistematica, o i clandestini e gli irregolari non possono mai permanere in Italia – e, quindi, nei loro confronti non può essere applicata alcuna sanzione reclusiva, che andrebbe in ipotesi svolta nel Paese di origine del

⁴⁸ In tal senso, vd. ROIATI, *op. cit.*, p. 719. In modo critico rispetto alla sentenza Calderon cfr. anche RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 87 e ss., e SANTORO, *op. cit.*, pp. 23 e ss.

⁴⁹ Così CIAPPI, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁰ Così G. LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Il corriere del merito*, 2006, n. 6, p. 780.

⁵¹ In tal senso anche RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., p. 88. Come rileva SANTORO, *op. cit.*, p. 30, se il legislatore avesse voluto escludere l'applicazione delle misure alternative nei confronti degli extracomunitari illegalmente presenti sul territorio dello Stato, lo avrebbe fatto espressamente, visto che esisteva una prassi amministrativa consolidata che ammetteva questa possibilità e di cui sarebbe stato irragionevole non tenere conto nell'effettuazione delle scelte di normazione.

⁵² L'obiezione è stata recepita, ad esempio, nell'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari, 24 febbraio 2005, cit.

migrante – oppure, se possono scontare la pena in carcere, possono altresì fruire delle soluzioni espiative extramurarie. Questa dottrina, evidenziando che intendimento della Cassazione non poteva certo essere quello di escludere *in toto* l'applicazione della sanzione detentiva nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari, ritiene, da un canto, che il Supremo Collegio abbia voluto affermare la diversità estrema fra l'espiazione della pena in carcere e la sottoposizione alle misure alternative alla detenzione e, d'altro canto, che solo in quest'ultimo caso, ad avviso dei giudici, si porrebbe il problema dell'assenza del titolo che permette all'extracomunitario di rimanere nel territorio nazionale. Secondo l'Autore, però, si tratterebbe di una differenziazione inaccettabile, poiché in entrambi i casi il titolo che legittima la permanenza dello straniero nel territorio nazionale – e che anzi la rende obbligatoria – è il regime di esecuzione penale, di cui al più, con il ricorso alle sanzioni alternative, possono variare le modalità esplicative⁵³.

Credo, però, sia incontestabile che la questione non concerna tanto la "presenza" dello straniero nel territorio nazionale, quanto la "libertà di circolazione" dello stesso: anche il clandestino o l'irregolare in attesa dell'esecuzione del provvedimento d'espulsione è legittimato a rimanere in Italia nelle more del procedimento, normalmente ristretto nei centri di permanenza temporanea ed assistenza.

In senso critico verso la decisione Calderon, è stato altresì sottolineato il paradosso derivante dal diniego delle misure alternative nei confronti di quei soggetti, che, pur essendo clandestini o irregolari, non sono sottoponibili ad espulsione perché rientranti nelle categorie protette dell'art. 19 t.u. Rispetto a costoro, le istanze di protezione della sovranità nazionale tramite l'allontanamento degli allogeni non legalmente presenti vengono subordinate a

⁵³ In tal senso SANTORO, *op. cit.*, pp. 25-26. L'Autore sottolinea il riferimento improprio effettuato dalla Corte alla condizione di "clandestinità", che letteralmente implicherebbe la non conoscenza dello straniero da parte delle autorità: clandestino è colui che è nascosto. Anche qualora si ignorino le esatte generalità della persona, tuttavia, come evidenzia l'Autore, lo straniero è stato identificato quantomeno con la rilevazione delle impronte digitali, tanto che nei suoi confronti è stato celebrato un processo; per questo sarebbe stato più opportuno riferirsi alla condizione di irregolarità.

Pare qui d'uopo precisare come normalmente i termini "clandestino" e "irregolare" siano utilizzati da sinonimi, malgrado tecnicamente possa essere qualificato clandestino colui che entra nel territorio dello Stato in violazione delle norme di legge, mentre è irregolare colui che ha fatto ingresso rispettando le prescrizioni, ma poi, per diversi motivi, ha perso il titolo che legittimava la sua presenza sul suolo nazionale. Sembra allora che la Cassazione, con l'uso del termine "clandestinità", abbia inteso riferirsi ad ogni situazione in cui lo straniero è presente sul territorio dello Stato in violazione delle norme di legge, senza che a ciò vada attribuita enfasi eccessiva.

ragioni prevalentemente umanitarie, senza che però si possano utilizzare rimedi ordinari come le alternative al carcere⁵⁴.

D'altronde, parte della dottrina⁵⁵, nel criticare l'affermazione della Corte secondo cui la violazione del principio di eguaglianza non si avrebbe a causa della diversità fattuale e giuridica delle condizioni di straniero regolare e di straniero clandestino o irregolare, ritiene che la questione vada affrontata a livello legislativo, piuttosto che giurisprudenziale, dimostrando, però, così che esiste un difetto di coordinamento fra le norme in materia di immigrazione e le norme in materia di misure alternative, rispetto al quale, in assenza di un intervento del legislatore per colmare la lacuna, ciò che rileva è la congruità degli argomenti portati a sostegno di ciascuna tesi interpretativa. E, in confronto a questa necessità, credo sia ineccepibile che sussista una certa differenza fra chi si trova legalmente nel nostro territorio e chi non abbia adempiuto alle prescrizioni di legge.

Con riferimento al rapporto fra principio di eguaglianza e condizione di estraneità, che costituisce problematica di tipo generale, in precedenza era stata lamentata dalla giurisprudenza l'incostituzionalità dell'istituto dell'espulsione a richiesta di parte⁵⁶, perché contrastante, fra l'altro, appunto con l'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento con il cittadino, che non poteva fruire di

⁵⁴ COSÌ SANTORO, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁵ Vd. ROIATI, *op. cit.*, pp. 719-720.

⁵⁶ In argomento, A. FRANCESCHETTI, *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, 2001, n. 4, pp. 263 e ss.; B. GIORDANO, *D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 - Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *Legislazione penale*, 1993, pp. 677 e ss.; A. GUIDO, *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Rivista penale*, 1996, pp. 608 e ss. Mi si permetta altresì il rinvio al mio *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in *questa Rivista*, 2002, n. 3, pp. 21 e ss.

Il rimedio dell'espulsione a richiesta dello straniero era stato ideato in un periodo di emergenza carceraria per ragioni di sovraffollamento, da ridurre attraverso l'allontanamento dal territorio dello Stato di tutti quei detenuti privi della cittadinanza, autori di illeciti di non particolare gravità e interessati al ritorno in patria piuttosto che alla prosecuzione del trattamento carcerario. Il Governo, con il decreto legge n. 187 del 14 giugno 1993, intitolato *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, convertito nella legge 12 agosto 1993, n. 296, introdusse appunto l'espulsione a richiesta dello straniero detenuto o in stato di custodia cautelare. Il requisito della richiesta, come evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, p. 1476, era volto «ad armonizzare la condizione dello straniero ai valori costituzionali cui il legislatore deve riferirsi nel prevedere una misura pur sempre incidente sulla libertà personale, cioè su un diritto inviolabile dell'uomo». La sentenza è anche in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 e ss. Per una critica della sentenza, P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2381 e ss.

questa possibilità; essa, infatti, andava ritenuta rimedio comunque vantaggioso, sia perché alternativo alla permanenza in carcere, sia perché rendeva più difficoltosa l'esecuzione dell'eventuale sentenza definitiva di condanna a causa della farraginosità e dell'incertezza sugli esiti della procedura di estradizione.

Nell'analizzare la questione va evidenziato, però, da un canto, come non sia dimostrato che l'espulsione preferita ad una misura privativa della libertà personale non grave sia necessariamente soluzione di maggior favore, soprattutto se si considera il divieto di reingresso nel territorio dello Stato che ne consegue, dall'altro, come sia interdetto il ricorso al rimedio ablativo nei confronti del cittadino in virtù del diritto costituzionale di reingresso sul suolo nazionale⁵⁷, del rapporto ontologico del cittadino con lo Stato; in questo caso parlare di violazione del principio di eguaglianza è considerazione puramente formale per le diversità tra straniero ed autoctono che impediscono un giudizio di concreta comparabilità⁵⁸; pertanto, applicare l'espulsione, ove possibile, allo straniero può assumere il significato di dare corso all'*extrema ratio* del diritto penale, sempre che l'obiettivo di tutela delle norme penali si ritenga così sufficientemente garantito⁵⁹.

8. L'espulsione come misura alternativa alla detenzione

Le problematiche interpretative connesse con il riconoscimento agli stranieri della possibilità di fruire delle soluzioni di trattamento extramurario sono state acuite dalla previsione, all'interno del testo unico sull'immigrazione, di una disposizione concernente l'espulsione come misura, appunto, alternativa alla detenzione in carcere. Da questa espressa statuizione deriverebbe *a contrario* – secondo un'interpretazione forse legata al pregiudizio dell'inconciliabilità delle sanzioni alternative con la condizione di estraneità – l'esclusività dell'espulsione come misura alternativa applicabile agli stranieri clandestini o irregolari.

⁵⁷ All'art. 16, comma 2°, Cost. si statuisce, infatti, che «Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge».

⁵⁸ In tal senso, Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, cit., pp. 1474-1475.

⁵⁹ È comunque innegabile che l'istituto dell'espulsione a richiesta di parte presentasse un'incongruenza di fondo ed avvalorasse la tesi della disattenzione verso i principi generali, a vantaggio della salvaguardia di ragioni organizzative contingenti, non paragonabili alle esigenze giustificatrici di interventi sulle libertà fondamentali dell'individuo.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 16 del decreto legislativo n. 286 del 1998, come modificato con la legge n. 189 del 2002, c.d. Bossi-Fini, «5. Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguarda uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico»⁶⁰.

Le condizioni necessarie perché questa forma di espulsione possa essere disposta sono, quindi, positive e negative.

Costituiscono condizioni positive:

- la qualificazione della persona come straniero, ai sensi del-

⁶⁰ A norma del sesto comma dell'art. 16 t.u. «6. Competente a disporre l'espulsione di cui al comma 5 è il magistrato di sorveglianza, che decide con decreto motivato, senza formalità, acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero. Il decreto di espulsione è comunicato allo straniero che, entro il termine di dieci giorni, può proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Il tribunale decide nel termine di venti giorni». Secondo il settimo comma dello stesso articolo, «7. L'esecuzione del decreto di espulsione di cui al comma 6 è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica». Ai sensi dell'ottavo comma, «8. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena». Infine, nel nono comma è stabilito che «9. L'espulsione a titolo di sanzione [...] alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19», cioè alle ipotesi di divieto di espulsione dello straniero intanto verso uno Stato in cui questi possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, inoltre verso uno Stato in cui possa rischiare di essere rinvio in un altro Paese nel quale non sia protetto da queste forme di persecuzione. Ulteriormente, al di là dei casi di competenza ministeriale del primo comma dell'art. 13 t.u., l'espulsione non è consentita, salvo alcune eccezioni, nei confronti dei minorenni, dei titolari della carta di soggiorno, degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana, delle donne in stato di gravidanza o madri di prole di età non superiore a sei mesi cui provvedono direttamente, nonché, a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 27 luglio 2000 n. 376, del marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Per alcuni commenti, cfr. A. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, in www.diritto.it del 25 settembre 2002; M. NIRO, *L'espulsione come "sanzione alternativa alla detenzione": note critiche*, in www.diritto.it del 27 marzo 2003.

l'art. 1 t.u., nel cui secondo comma viene impedita l'applicabilità della normativa contenuta nel testo unico ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, salvo che si tratti di disposizioni più favorevoli. Sulla scorta di questa norma, anche se con riferimento all'espulsione come sanzione sostitutiva – ma l'affermazione di principio può considerarsi estensibile anche al caso che ci riguarda –, la Cassazione ha escluso che il rimedio del primo comma dell'art. 16 t.u. potesse trovare applicazione nei confronti di un cittadino comunitario⁶¹;

- l'avvenuta identificazione dello straniero, senza la quale la misura non sarebbe eseguibile;

- lo stato di detenzione dello straniero, requisito rispetto al quale si è posto qualche problema interpretativo concernente la latitudine del significato del termine, se inclusivo o meno, cioè, delle ipotesi di detenzione diverse dall'espiazione della pena definitiva in carcere⁶²;

⁶¹ Nella specie, la questione concerneva il ricorso presentato da un cittadino francese contro il provvedimento del magistrato di sorveglianza con cui la richiesta di espulsione inoltrata dal condannato era stata dichiarata inammissibile. In adesione a quanto affermato, il ricorso è stato rigettato dal Supremo Collegio. Corte di cassazione, sez. I, 22-30 settembre 2004 n. 38656, Romcevic, in *Guida al diritto*, 6 novembre 2004, n. 43, p. 66. Il problema, però, credo sia stabilire se l'espulsione possa essere considerata rimedio più favorevole rispetto alla soluzione espiativa ordinaria. Nel qual caso opererebbe la deroga contenuta nel secondo comma dell'art. 1 t.u.

⁶² Secondo la Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500 – su cui, più diffusamente, vd. oltre –, non assumono lo stato di detenuto in senso stretto né lo straniero condannato in via definitiva che si trovi in stato di libertà, rispetto al quale il pubblico ministero deve sospendere l'esecuzione della pena detentiva qualora versi nella situazione prevista nel quinto comma dell'art. 656 c.p.p., né lo straniero condannato in via definitiva che stia scontando la pena in regime extramurario. Rispetto a tali categorie, ad avviso delle Sezioni unite, non potrebbe trovare applicazione il quinto comma dell'art. 16 t.u. poiché la *ratio* di questa disposizione è di deflazione carceraria, esigenza che nel caso di trattamento in libertà non sussiste.

Con riferimento specifico alla detenzione domiciliare aveva espresso un'opinione analoga già il Tribunale di Sassari prima con un'ordinanza del 27 febbraio (o marzo) 2003, in *www.diritto.it*, poi con un'ordinanza del 26 aprile 2004, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 181 e ss., i cui contenuti possono essere accorpati per la sostanziale sovrapposibilità. Secondo il Collegio, allo straniero, anche se clandestino o irregolare, che sia stato ammesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare, non è applicabile il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. perché ne difetta una delle condizioni: proprio lo stato di detenzione. Le ragioni indicate dai magistrati a sostegno della loro opzione ermeneutica sono molteplici.

In primo luogo, essi rilevano come la detenzione domiciliare sia stata collocata, nella legge sull'ordinamento penitenziario, fra le misure alternative alla detenzione in carcere, quindi fra quei provvedimenti che sono stati previsti per rendere effettiva la finalità di risocializzazione della pena, tanto da prevedersi prescrizioni limitative della libertà sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento dei

- la condizione di espellibilità dello straniero, il fatto cioè che questi si trovi in una situazione che, all'esito del periodo di pena,

servizi sociali nell'ottica comunque del recupero. Da questo punto di vista, allora, secondo i giudici, risulta influente nella definizione della natura dell'istituto che la detenzione domiciliare sia stata introdotta nel 1986 come ipotesi speculare, riferita alla fase esecutiva, degli arresti domiciliari, che erano stati inseriti nel codice di rito con una novella di poco precedente e che erano assimilati allo stato di carcerazione preventiva negli effetti penali, in ragione proprio della prevalenza da riconoscere alla funzione rieducativa delle misure espiative extramurarie, accentuata d'altronde con l'ulteriore riforma realizzata con la legge Simeone-Saraceni, che ha ampliato le possibilità di ricorrere alla detenzione domiciliare: in questa logica va inquadrata la previsione che consente di fruire della detenzione domiciliare non solo ai "soggetti deboli", ma anche a tutti coloro che debbano scontare una pena non superiore a due anni, purché non sussista il pericolo di recidiva, al fine di agevolare gradatamente il passaggio verso lo stato di piena libertà. La detenzione domiciliare, infatti, non può essere considerata semplicemente una mera modalità di esecuzione della pena, diversa dalla carcerazione solo per il *locus custodiae*.

In secondo luogo, per espressa previsione normativa, la persona in stato di detenzione domiciliare non è sottoposta al regime previsto nella legge sull'ordinamento penitenziario, tanto che, da un canto, gli oneri di mantenimento sono a carico del condannato, dall'altro, laddove il legislatore abbia voluto effettuare delle equiparazioni col regime carcerario vero e proprio, lo ha fatto espressamente, come in materia di liberazione anticipata e di configurabilità del delitto di evasione.

In terzo luogo, assume importanza il dato letterale del quinto comma dell'art. 16 t.u., in cui il riferimento al "detenuto" anziché al "condannato" – opzione che il legislatore avrebbe ben potuto preferire, se avesse voluto rendere massima l'applicazione della misura lì contemplata – rende certamente inapplicabile l'espulsione della persona affidata in prova al servizio sociale, rispetto alla quale non si può parlare di stato di detenzione, e, di conseguenza, rende opportuna l'analoga esegesi con riferimento alla detenzione domiciliare, che presenta la stessa finalità risocializzante del *probation* penitenziario. Dal punto di vista formale, inoltre, sarebbe scorretto, in assenza di una previsione espressa, estendere l'operatività del quinto comma dell'art. 16 t.u. anche ai detenuti domiciliari.

In quarto luogo, l'espulsione della persona sottoposta a detenzione domiciliare non serve neppure per ridurre il sovraffollamento degli istituti di pena, quindi apparirebbe contraddittoria rispetto alla funzione che all'istituto del quinto comma dell'art. 16 t.u. il legislatore ha voluto assegnare.

Infine, potrebbero ravvisarsi dei profili di illegittimità costituzionale qualora l'espulsione fosse realizzata nei confronti di chi ha intrapreso positivamente il percorso di recupero dalla devianza, come è dimostrato dall'attuazione e dalla protrazione dello stato di detenzione domiciliare. Le scelte di normazione, infatti, devono essere sorrette sempre da criteri logici e razionali ed è certamente corretto, secondo i giudici, individuare delle regole che disciplinino la presenza degli stranieri nel territorio dello Stato per ragioni di ordine pubblico e sicurezza, la cui violazione possa essere sanzionata con l'espulsione. Poiché, però, questa misura incide sul diritto fondamentale della libertà personale, il suo esercizio deve soccombere qualora contraddica un interesse prevalente – l'assolvimento della funzione rieducativa della pena –, come avverrebbe qualora essa colpisse soggetti che proprio con la sottoposizione alla detenzione domiciliare sono stati ritenuti non pericolosi e inseriti positivamente in un percorso di recupero.

Anche la Cassazione ha manifestato un orientamento analogo. Cfr. Corte di cassazione, sez. I, 12 dicembre 2003 – 9 gennaio 2004, n. 518, Reda, in *C.E.D. Cass.*, n. 226.677, citata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, p. 150, con cui il Supremo Collegio,

ne avrebbe comunque comportato l'allontanamento dal territorio dello Stato⁶³;

- una condanna o un residuo di pena da scontare non superiore a due anni.

Costituisce condizione negativa, cioè ostativa del ricorso all'espulsione, l'avere subito una condanna per i fatti gravi contemplati nel secondo comma, lettera *a*), dell'art. 407 c.p.p. o per reati connessi con l'immigrazione previsti nel testo unico n. 286 del 1998.

Dalla sussistenza delle condizioni di legge deriverebbe l'automatica applicazione della misura espulsiva.

Circa la *ratio* della misura, va evidenziato come si tratti di uno strumento di deflazione carceraria da utilizzare nei confronti di soggetti verso cui lo Stato non percepisce obblighi di risocializzazione. Ciò si evince dall'obbligatorietà dell'espulsione, che, ai sensi del quinto comma dell'art. 16, è disposta in presenza delle condi-

«partendo dalla premessa che l'espulsione prevista dall'art. 16 cit. costituisce una misura alternativa prevista allo scopo di ridurre la popolazione carceraria, ha ritenuto la stessa inapplicabile a soggetti i quali già si trovino ad espiare la pena con altre misure alternative quale ad esempio la detenzione domiciliare», confermando l'impostazione data dal Tribunale di sorveglianza di Sassari.

A queste opinioni può, però, essere obiettato, da un canto, che la tesi dell'inapplicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari potrebbe implicare l'insussistenza in concreto di questi casi, nel senso che anche lo straniero condannato in via definitiva che si trova in libertà andrebbe espulso piuttosto che beneficiare della sospensione della pena e non dovrebbe mai fruire delle misure alternative e quindi non dovrebbe trovarsi in regime extramurario (il problema potrebbe aversi solo per gli aspetti di diritto transitorio al momento dell'emanazione del nuovo art. 16 t.u.; ma in ogni caso le valutazioni concernenti questo particolare contesto non possono essere generalizzate); d'altro canto, che l'esigenza di deflazione carceraria può essere intesa non solo nel senso – certamente più rilevante – della riduzione del sovraffollamento degli istituti di pena, ma anche come liberazione delle risorse (economiche e organizzative) che vengono certamente impiegate qualora si ricorra ad una misura alternativa al carcere. Quindi, con l'espulsione dello straniero si realizzerebbe questo risparmio, pure nel caso di detenzione domiciliare, in ragione della necessità che comunque vengano effettuati i controlli di adempimento delle prescrizioni.

⁶³ Secondo la giurisprudenza di legittimità, nel caso in cui la condizione di irregolarità derivi dalla scadenza del permesso di soggiorno, la relativa richiesta di rinnovo giustifica la permanenza di questi sul territorio dello Stato ed osta, quindi, all'applicazione dell'espulsione come misura alternativa, visto che non ci si trova nelle situazioni indicate nel secondo comma dell'art. 13 t.u. Certa giurisprudenza di merito, invece, aveva ritenuto irrilevante la pendenza del procedimento amministrativo relativo al rinnovo del permesso di soggiorno al fine di impedire l'esecuzione del provvedimento ablativo ai sensi del quinto comma dell'art. 16 t.u., in ragione dell'assenza di una previsione formale in tal senso. Cfr. Corte di cassazione, sez. I, ud. 7 maggio 2004 (dep. 15 luglio 2004), H. A., in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 10, p. 1218.

zioni previste nella norma, nonché dall'individuazione dell'organo competente (il magistrato di sorveglianza⁶⁴) e dal procedimento decisorio (*de plano* e senza formalità), connotato dalla verifica della mera fattibilità dell'espulsione (il magistrato di sorveglianza decide «acquisite le informazioni degli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero»).

Ampie discussioni vertono sulla natura dell'istituto: se effettiva misura alternativa alla detenzione oppure no.

Ragioni contrarie possono essere considerate:

- il dato lessicale della rubrica dell'art. 16 e dell'ultimo comma della stessa disposizione, ove ci si riferisce all'espulsione come "sanzione" alternativa;

- l'obbligatorietà del provvedimento in presenza dei presupposti di legge, senza alcuna ponderazione delle caratteristiche individuali del destinatario. Con riferimento all'oggetto principale di questo lavoro, questa obbligatorietà, invero, in astratto, sembra contraddittoria rispetto alla possibilità di ammettere gli stranieri clandestini o irregolari ai benefici penitenziari, in concreto, renderebbe inutile l'intrapresa del percorso rieducativo tramite la predisposizione di misure alternative al carcere, che costituiscono comunque un onere in termini organizzativi, visto che, al realizzarsi dei presupposti applicativi dell'espulsione, questa andrà eseguita;
- la protrazione dello stato di detenzione fino all'acquisizione dei documenti di viaggio.

Ragioni favorevoli al riconoscimento della natura di misura alternativa all'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. possono essere considerate:

- l'irrelevanza, dopo tutto, del dato lessicale, anche in considerazione che l'uso del termine "sanzione" può essere legato all'accostamento effettuato nell'ambito della disposizione con la sanzione appunto sostitutiva della detenzione fino a due anni;

- l'estinzione della pena, prevista nell'ottavo comma, come effetto del decorso di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione senza

⁶⁴ Come evidenziato dalla Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, cit., in materia di applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri clandestini o irregolari, «Resta, per contro, radicalmente estraneo al perimetro delle valutazioni contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa e alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento, quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'art. 16, comma 5 e segg., d. lgs. n. 286 del 1998».

che lo straniero sia rientrato illegalmente nel territorio dello Stato. L'esito estintivo appare cioè connesso con la buona condotta del soggetto costituita dal non essere rientrato in Italia in violazione delle norme di legge e ciò può essere ritenuto come il contenuto di una sorta di percorso riabilitativo, secondo la connotazione rieducativa delle misure alternative⁶⁵.

Secondo un'opinione, l'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. costituirebbe una terza tipologia di misura alternativa, diversa cioè sia dall'affidamento in prova al servizio sociale sia dalla semilibertà, in quanto, a differenza delle soluzioni extramurarie contemplate nell'ordinamento penitenziario, che presuppongono comunque l'espiazione della pena, anche se con modalità appunto alternative alla segregazione in istituto, l'espulsione elide ogni contatto col sistema carcerario, né è funzionale all'intrapresa o alla prosecuzione del percorso riabilitativo. Si tratterebbe di una sorta di condono speciale per lo straniero o di una sospensione della pena con un esito favorevole costituito dalla decarcerizzazione ed uno sfavorevole costituito dall'allontanamento dal territorio dello Stato, peraltro non rinunziabile, diversamente dalle misure alternative ordinarie⁶⁶.

Riprendendo la problematica che costituisce l'oggetto principale di questo lavoro, ad avviso di certa dottrina, non può essere considerato un argomento che porta all'esclusione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli extracomunitari clandestini o irregolari la presenza, nel testo unico sull'immigrazione, dell'art. 16, da considerare la fonte dell'unica sanzione extramuraria applicabile agli stranieri. La previsione espressa di questo strumento, in mancanza di ogni altro riferimento alle misure alternative alla detenzione, non significa, infatti, necessariamente unicità del rimedio, anche perché – secondo questa dottrina – una tale esegesi si porrebbe in contrasto col divieto di analogia *in malam partem*, che costituisce un generale principio garantistico⁶⁷. Secondo altra dottrina, infatti, la prospettiva, evidenziata anche dalla Cas-

⁶⁵ Vi è chi ritiene che la misura del quinto comma dell'art. 16 t.u. costituisca una causa di sospensione dell'esecuzione della pena, anche in ragione del disposto dell'ottavo comma della disposizione sull'estinzione della pena. In tal senso NIRO, *op. cit.* Va, però, evidenziato come anche per le altre misure alternative alla detenzione è possibile riferirsi ad una sorta di sospensione della pena condizionata; cosicché tale effetto non costituirebbe un tratto caratterizzante del provvedimento espulsivo ex art. 16, quinto comma, t.u.

⁶⁶ Cfr. M. PAVONE, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in www.altalex.com dell'11 ottobre 2004.

⁶⁷ Così, ROIATI, *op. cit.*, p. 719.

sazione nella sentenza Calderon, non è argomentata e avrebbe un senso solo qualora si ritenesse che, se il legislatore avesse voluto ammettere l'applicazione delle misure alternative, avrebbe aperto il disposto dell'art. 16 con una clausola di salvaguardia. In difetto, per pervenirsi alla soluzione esegetica del Supremo Collegio dovrebbe operare il principio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Malgrado questo aspetto formale, però, secondo l'Autore, la scelta interpretativa effettuata dalla Corte non è comunque condivisibile per ragioni funzionali e strutturali e l'espulsione non può essere inquadrata fra le misure alternative vere e proprie, ma costituisce «una nuova forma di pena sostitutiva della detenzione in carcere, da applicarsi in sede esecutiva». Dal punto di vista funzionale, è evidente come l'allontanamento coattivo dal territorio – e quindi dal tessuto sociale nel quale il reinserimento dovrebbe realizzarsi – non possa espletare quella finalità rieducativa che è il tratto tipico delle misure alternative alla detenzione; dal punto di vista strutturale, l'obbligatorietà del provvedimento ablativo in presenza dei presupposti di legge contrasta con la necessaria discrezionalità delle soluzioni di trattamento extracarcerario dovuta all'esigenza di un giudizio prognostico positivo sulle possibilità di recupero del condannato. D'altronde, anche il mancato inserimento della clausola di salvaguardia può essere inteso non come negazione della utilizzabilità delle misure alternative, bensì come tacito rinvio alla disciplina generale in materia⁶⁸.

Ad adiuvandum, va considerato come nell'art. 16 sia prevista l'espulsione tanto come sanzione alternativa quanto come sanzione sostitutiva della detenzione; e va altresì rilevato come la Cassazione, con la sentenza Calderon, abbia individuato fra le ragioni ostative al riconoscimento dei benefici penitenziari agli allogeni clandestini o irregolari – in verità impropriamente, poiché la questione concerneva l'applicazione agli stranieri delle alternative in senso tecnico all'espiazione intramuraria – la previsione appunto dell'art. 16, in cui sarebbe contemplata l'unica sanzione sostitutiva fruibile dagli extracomunitari illegalmente presenti sul territorio nazionale, precludendosi la via agli altri rimedi previsti nella legge di modifiche del sistema penale del 1981. Anche qualora questa affermazione fosse stata fondata – e non lo è, ripetiamo, perché la problematica atteneva alle misure alternative nella fase esecutiva e non in quella cognitiva del procedimento –, l'osservazione non sarebbe stata comunque conducente agli esiti ermeneutici fatti pro-

⁶⁸ Così, RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 91-92.

pri dai giudici di legittimità, poiché – come è stato efficacemente notato – la sanzione sostitutiva dell'espulsione, del primo comma dell'art. 16, non costituisce un rimedio cogente, nel senso che trova applicazione in presenza delle condizioni di legge e sempre che non sussistano gli estremi per la sospensione condizionale del processo e comunque in modo facoltativo. Quindi, se in questo ambito relativo al giudizio di cognizione sostanzialmente si ammette la legittimità della permanenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio dello Stato, non si comprende perché lo stesso appaia inconcepibile in fase esecutiva⁶⁹.

Una conferma dell'inesattezza della tesi della Cassazione si evincerebbe, secondo certa dottrina, nel meccanismo sospensivo dell'esecuzione penale, previsto nell'art. 656 c.p.p., per il quale non è prevista alcuna deroga qualora il condannato sia uno straniero da espellere, che non potrebbe fruire così di alcuna misura alternativa. Non avrebbe senso, invero, che il pubblico ministero emetta un ordine di sospensione della pena che sia di fatto inconducente allo scopo⁷⁰. Tuttavia, può essere rilevato come il problema che la Suprema Corte ha cercato di risolvere concerne proprio l'esistenza di una lacuna normativa, da affrontare ovviamente in via interpretativa. Secondo i giudici di legittimità, allora, in assenza di disposizioni espresse nella materia, è da rilevare l'incompatibilità appunto ontologica – e non meramente formale – fra la condizione di straniero clandestino o irregolare e le alternative al carcere. La risoluzione della questione impone cioè una scelta di valore.

Se, poi, l'espulsione fosse davvero l'unica misura alternativa applicabile a clandestini e irregolari, coloro che fossero condannati ad una pena inferiore ai due anni, ma non fossero espellibili, si vedrebbero precluso il percorso trattamentale senza essersi resi colpevoli di fatti di particolare insidiosità, frustrandosi, da un lato, l'obiettivo costituzionale della risocializzazione, dall'altro, la stessa finalità di deflazione carceraria dell'istituto dell'espulsione. E quest'ultima medesima considerazione varrebbe anche per coloro che non fossero immediatamente espellibili per la commissione di un fatto punito in concreto con più di due anni di reclusione⁷¹. Salvo ritenere – penso, irragionevolmente – che il difetto della condizione di espellibilità consenta l'applicazione della disciplina generale.

L'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. potrebbe essere

⁶⁹ Così SANTORO, *op. cit.* p. 27.

⁷⁰ In tal senso SANTORO, *op. cit.*, p. 28.

⁷¹ Cfr. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, cit., pp. 92 e ss.

stata pensata come rimedio da utilizzare, come ipotesi peculiare e specifica, in presenza di quelle particolari condizioni previste nella norma, qualora non sia possibile ricorrere alle misure alternative per il difetto dei relativi presupposti. L'obbligatorietà del provvedimento ablativo opererebbe rispetto alla protrazione del regime carcerario ordinario.

Come si è già annunciato e come si cercherà di approfondire più oltre, il punto problematico della questione è costituito infatti dal rapporto gerarchico fra fonti di produzione: le norme sulle misure alternative e il quinto comma dell'art. 16 t.u. Se la valutazione fosse effettuata limitandosi a ricorrere al criterio cronologico o di specialità, dovrebbe darsi preferenza al disposto del testo unico sull'immigrazione. Tuttavia, un tal metodo non terrebbe nel dovuto conto l'assetto dei valori costituzionali. Se, invece, la questione venisse affrontata secondo un approccio teleologico, che desse prevalenza ai precetti della Carta fondamentale, le norme sulle misure alternative andrebbero applicate in modo preferenziale. Quindi, solo in assenza dei relativi presupposti, il legislatore avrebbe previsto il rimedio ulteriore dell'espulsione come soluzione alternativa alla detenzione, sempre che sussistessero quelle date condizioni contenute nella disposizione dell'art. 16 t.u. D'altronde, l'esigenza di allontanamento dei clandestini e degli irregolari non verrebbe frustrata dal ricorso alle misure alternative poiché il difetto delle condizioni che legittimano la permanenza nel territorio dello Stato comporterebbe comunque l'espulsione amministrativa ordinaria dell'art. 13 t.u. all'esito del periodo espiativo.

9. La tesi della Corte costituzionale sulla natura amministrativa dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione

La Corte costituzionale, ad un certo momento, è stata investita della questione di legittimità costituzionale della previsione del quinto comma dell'art. 16 del decreto legislativo n. 286 del 1998 perché la misura ivi contemplata – l'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione – era considerata, con il suo carattere di automaticità, contrastante principalmente con il finalismo rieducativo della pena, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost., anche in rapporto con gli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale⁷².

⁷²Appare da subito opportuno premettere che la questione di costituzionalità sollevata con riferimento al disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. è stata dichiarata

In particolare, nelle ordinanze di remissione, fra le varie e articolate motivazioni a sostegno della tesi dell'illegittimità costituzionale del quinto comma dell'art. 16 t.u., è stato rilevato che l'assenza di ogni connotazione rieducativa nella misura dell'espulsione renderebbe questa legittima dal punto di vista costituzionale solo qualora se ne evidenziasse la natura non penale, la differenza cioè rispetto sia alla pena in senso tecnico che alle sanzioni alternative, costituendo invero mera sospensione della pena, la rinuncia temporanea dello Stato alla sua applicazione; d'altronde, questa esegesi era stata adottata dalla medesima Corte costituzionale con riferimento all'istituto – oggi non più esistente – dell'espulsione a richiesta dello straniero. Non può, però, essere taciuto come il profilo di conformità alla Carta fondamentale di quest'ultima previsione sia stato fondato, fra l'altro, sul requisito dell'iniziativa del condannato, come garanzia necessaria per la salvaguardia di un diritto inviolabile dell'uomo, requisito che nel caso del quinto comma dell'art. 16 t.u. non solo non è espressamente contemplato, ma appare escluso del tutto, nel senso che, in presenza dei requisiti di legge, l'espulsione andrebbe disposta senza porsi il problema dell'acquisizione del consenso del condannato (in violazione così dell'art. 2 Cost.) e senza neppure alcuna valutazione di opportunità da parte del magistrato di sorveglianza sull'esito del percorso di risocializzazione, come se l'ineludibile finalità rieducativa della sanzione penale fosse presuntivamente e invincibilmente raggiunta con il decorso del periodo di pena già espiato. Invero, l'espulsione andrebbe considerata, per le caratteristiche con cui è stata disciplinata, una sanzione penale vera e propria, dato che presenta connotati afflittivi.

Appare poi evidente la contraddizione con il principio di uguaglianza dell'equiparazione di situazioni affatto diverse (lo straniero che in carcere tiene una condotta pessima e lo straniero ristretto che si comporta in modo irreprensibile), oltre all'ingiustizia della soluzione di anticipazione della decarcerizzazione in connessione con la condizione di clandestinità o irregolarità rispetto alla posizione degli stranieri *in vinculis* che, forniti di permesso di soggiorno, devono espiare per intero la sanzione.

manifestamente infondata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 8-15 luglio 2004, n. 226, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 4, pp. 2375 e ss., e in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 90 e ss., con nota di O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, pp. 96 e ss. A commento della citata ordinanza cfr. altresì C. PERROTTA, *Espulsione amministrativa alla detenzione e ... detenzione alternativa all'espulsione alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 226/2004*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 89 e ss.

È stato altresì rilevato il contrasto con il principio del giusto processo per difetto del contraddittorio fra le parti, visto che la decisione è presa *de plano*.

L'Avvocatura generale dello Stato aveva fondato la richiesta di rigetto della questione sollevata sulla considerazione che la misura invocata costituisce sanzione extrapenale, non riconducibile all'alveo semantico dell'art. 27, terzo comma, Cost. ed espressiva della facoltà del legislatore di rinunciare, in determinati casi, alla pretesa punitiva. Inoltre, nessuna violazione del principio di eguaglianza sarebbe realizzata in quanto si tratta comunque di un provvedimento di favore rispetto alla protrazione del regime carcerario e, comunque, di mera anticipazione di un esito ineludibile, come tale non lesivo dell'art. 2 Cost.⁷³ La mancata previsione del consenso dell'interessato fra i requisiti di legge per la disposizione del provvedimento espulsivo, ad avviso dell'Avvocatura, è da collegare alla facoltà comunque riconosciuta allo straniero di impugnare con effetto sospensivo il provvedimento espulsivo, manifestando così il proprio dissenso alla misura. Inoltre, nessun profilo di contrarietà coi principi dell'art. 111 Cost. sarebbe ravvisabile in quanto questa disposizione riguarderebbe il solo processo di cognizione – e, quindi, non quello di esecuzione –, oltre alla considerazione che il procedimento *de plano* è semplicemente collegato all'agilità di accertamento dei presupposti applicativi della misura, senza alcuna preclusione formale in merito alla possibilità che comunque il magistrato di sorveglianza decida di sentire il pubblico ministero o il condannato.

La Corte costituzionale, richiamando l'ordinanza n. 369 del 1999, con la quale si era espressa in merito alla simile misura dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione del primo comma dell'art. 16 t.u. affermandone la natura amministrativa⁷⁴, ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di le-

⁷³ È stato, però, evidenziato che, se si fosse trattato di un beneficio, sarebbe stata prevista la facoltà per il condannato di rinunciarvi.

⁷⁴ A norma dell'art. 16 t.u., «1. Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale né le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. 2. L'espulsione è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4». Con la legge Bossi-Fini sono stati inseriti nell'art. 16 t.u. due ulteriori commi relativi all'espulsione come sanzione sostitutiva: «3. L'espulsione di cui al comma 1 non può essere disposta

gittimità costituzionale sollevate con riferimento al quinto comma dell'art. 16 t.u. ritenendo che anche in questo caso non si tratti di una sanzione penale, bensì meramente amministrativa, che si limita ad anticipare un esito di cui sussistono già le condizioni e che, in sua assenza, andrebbe portato ad esecuzione una volta ultimato il periodo di detenzione. Considerata la natura non penale del provvedimento, le censure che sono state prospettate dai giudici rimettenti, nella ricostruzione effettuata dalla Consulta, perdono di fondamento, anche rispetto al problema della ritenuta violazione delle garanzie processuali visto che, malgrado non si sia in presenza, secondo la Corte, di una sanzione penale, varranno le regole generali sul procedimento amministrativo oltre che le norme specifiche – di tipo garantista, appunto – del provvedimento dell'espulsione disciplinata nell'art. 13 del testo unico sull'immigrazione, nonché quelle proprie contemplate nello stesso art. 16.

Ad avviso di certa dottrina, la posizione assunta dalla Corte costituzionale si traduce nella sostanziale violazione del principio del finalismo rieducativo della pena, poiché sembra che il giudice delle leggi si limiti a pretendere che la pena presenti solo in astratto la caratteristica risocializzante, ammettendo poi che il legislatore possa legittimamente sostituirla con sanzioni amministrative di segno contrario, come pare sia accaduto proprio con riferimento all'art. 16 t.u.⁷⁵

nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni. 4. Se lo straniero espulso a norma del comma 1 rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente». In argomento, G. LOCATELLI, *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 8, pp. 1035-1036; FRANCESCHETTI, *op. cit.*; C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, n. 3, pp. 211 e ss. L'ordinanza della Corte costituzionale 14-28 luglio 1999 n. 369, è in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss. Per una critica cfr. A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss. Mi si permetta altresì il rinvio al mio *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, cit., pp. 21 e ss.

⁷⁵ Cfr. SANTORO, *op. cit.*, p. 32. L'Autore evidenzia altresì una conseguenza applicativa di tipo discriminatorio in materia di riabilitazione. Ai sensi dell'art. 179 c.p., infatti, la riabilitazione può essere richiesta, in presenza delle altre condizioni di legge, dopo tre anni che la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta. Una preclusione opera nei confronti dei condannati sottoposti a misure di sicurezza diverse dall'espulsione dello straniero. Secondo il disposto dell'art. 16 t.u., lo straniero sottoposto ad espulsione come misura alternativa si vedrà estinto il reato decorsi dieci anni dal provvedimento ablativo, mentre per colui che è allontanato a titolo di sanzione sostitutiva è previsto solo il periodo minimo – cinque anni – di divieto di reingresso. Rispetto a questi soggetti la possibilità di fruire della riabilitazione è di molto posticipata, essendo legata al momento estintivo della pena, secondo una scelta

10. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 2006 sull'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare

Dopo ampie discussioni svolte in dottrina e a seguito del perpetuarsi di orientamenti interpretativi oscillanti in seno alla giurisprudenza, con la sentenza n. 14500 del 2006 le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno espresso il loro punto di vista sulla questione dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero extracomunitario, che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato o sia comunque privo del permesso di soggiorno⁷⁶.

La vicenda, che ha costituito l'occasione per l'intervento del Supremo Collegio, riguardava un extracomunitario condannato a due anni di reclusione per detenzione di banconote e marche da bollo falsificate, cui il Tribunale di sorveglianza di Sassari aveva concesso, con un'ordinanza del 17 febbraio 2005, la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale⁷⁷.

Il procuratore generale presso la sezione distaccata della Corte d'appello di Sassari proponeva ricorso per cassazione sulla decisione assunta dal Tribunale di sorveglianza ritenendo inapplicabile la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale nei confronti di uno straniero extracomunitario irregolare, quindi privo del permesso di soggiorno, in quanto sussisterebbe incompatibilità assoluta fra le modalità esecutive di questa misura alternativa e le norme che disciplinano la presenza di extracomunitari nel territorio nazionale.

In considerazione del contrasto interpretativo esistente in materia di irragionevolezza se si considera soprattutto che il medesimo limite non opera per lo straniero che, avendo subito l'espulsione come misura di sicurezza, è anche risultato socialmente pericoloso. *Ivi*, pp. 32-33.

⁷⁶ Cfr. Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 n. 7458 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, Alloussi, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 2, pp. 180 e ss., con scheda di C. RENOLDI, in *questa Rivista*, 2006, n. 1, pp. 181-182, con nota di TOVANI, *op. cit.*, e alla pagina web www.stranieriinitalia.it. La sentenza è commentata anche da DI ROSA, *op. cit.*, pp. 54 e ss.; da LEO, *op. cit.*, pp. 780 e ss.; da M. PAVONE, *Le Sezioni Unite e l'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari*, in www.studiocataldi.it del 5 maggio 2006 e in www.diritto.it del 18 maggio 2006.

⁷⁷ Secondo l'organo dell'esecuzione, infatti, erano rispettati i presupposti applicativi dell'art. 47 della legge sull'ordinamento penitenziario in quanto il condannato non aveva carichi pendenti, aveva già espiato parte della pena, aveva tenuto in carcere una condotta regolare, vi aveva svolto attività lavorativa, aveva fruito di permessi premio, mostrando in generale la volontà di reinserimento sociale; inoltre, anche le condizioni esterne apparivano favorevoli visto che egli poteva fare affidamento su una famiglia unita, aveva la possibilità di essere ospitato da una parente e di svolgere attività lavorativa.

teria all'interno delle singole Sezioni della Cassazione, la questione è stata così rimessa al vaglio delle Sezioni unite⁷⁸.

Come evidenziato dalle medesime Sezioni unite, il filone della giurisprudenza di legittimità che negava l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti dello straniero clandestino o irregolare faceva leva sulla incompatibilità ontologica fra la condizione – di clandestinità o irregolarità – dell'extracomunitario e la normativa contenuta nel testo unico sull'immigrazione, rendendosi impossibile, nel caso dell'affidamento in prova, l'interazione fra il condannato e i servizi sociali senza violare le regole generali in materia di presenza legittima dello straniero all'interno dello Stato.

Il filone opposto, formatosi in materia di semilibertà⁷⁹ e poi

⁷⁸ La questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni unite con l'ordinanza della prima sezione della Corte di cassazione del 26 ottobre – 5 dicembre 2005, riportata in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 215 e ss., con nota di C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, pp. 209 e ss.

⁷⁹ In Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, in *Foro italiano*, 1983, II, cc. 461-462, sono state evidenziate due ragioni essenziali a sostegno della possibilità di applicare il regime di semilibertà agli stranieri che vanno espulsi a titolo di misura di sicurezza. Premesso che la semilibertà consiste nella concessione al condannato della facoltà di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al suo reinserimento sociale e costituisce una modalità di esecuzione della pena, tanto che, qualora tale regime non venga sospeso o revocato, il periodo trascorso vale come pena espiata, l'esecuzione della misura ablativa non subisce alcun pregiudizio, visto che essa dovrà avvenire appunto "a pena espiata". Inoltre, l'espulsione come misura di sicurezza «non contrasta neppure con la finalità del regime di semilibertà, diretto a favorire il graduale reinserimento del soggetto nella società. Specie nel mondo contemporaneo, caratterizzato dalla tendenza alla riduzione delle barriere internazionali ed al superamento dell'isolazionismo [valutazioni che oggi non potrebbero che essere enfatizzate, ndr], la collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale non può essere ridotta all'attività repressiva, ma deve estendersi a quella di prevenzione speciale diretta al recupero sociale del reo. In questa prospettiva, la risocializzazione del condannato, che è alla base del regime di semilibertà, non può assumere una dimensione ristretta all'ambito dei nostri confini nazionali. Pertanto, la menzionata finalità del regime di semilibertà deve ritenersi perseguita e perseguibile anche se il soggetto, per effetto dell'ordine di espulsione dal nostro Stato, dovrà, a pena espiata, essere inserito in un contesto sociale relativo ad altro Stato». Secondo i giudici di legittimità, «Il reinserimento sociale va, perciò, inteso in senso sovranazionale poiché ciò che importa non è tanto l'ambito territoriale della società nella quale verrà operato il tentativo di reinserimento del soggetto, quanto che questo, dimostrandosi idoneo al trattamento rieducativo, appaia suscettibile di recupero sociale nel contesto del consorzio civile, quale elemento dell'intera comunità internazionale».

In Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, in *Rivista penale*, 1985, p. 900, è affermato che non sussiste incompatibilità fra la misura di sicurezza dell'espulsione dal territorio dello Stato italiano e la misura alternativa della semilibertà sia perché esse trovano applicazione in tempi diversi, dato che la misura della semilibertà equivale ad espiatione della pena (mentre la misura di sicurezza va eseguita dopo che la stessa pena è stata già espiata), sia perché le misure alternative possono essere applicate verso tutti coloro che si trovino ad espiare pene inflitte da un giudice italiano in un istituto italiano, senza rilevanza della differenza

esteso anche all'ipotesi dell'affidamento in prova al servizio sociale, riteneva invece non astrattamente incompatibile la condizione di espellibilità dello straniero a seguito dell'espiazione della pena, in ragione della sua condizione di clandestino o irregolare, con la

di nazionalità del condannato, non essendovi alcun ostacolo normativo al riguardo. In particolare, è sottolineato come non possa «ravvisarsi contrasto fra l'espulsione dal territorio dello Stato ed il fine mirato dal regime di semilibertà, volto a favorire il reinserimento del soggetto nella società senza distinzione fra società italiana ed estera, dato che la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici ma va rapportata alla collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale, all'abbattimento dei confini fra gli Stati ed al pregresso trattamento personalizzato volto al recupero sociale inteso in termini non solo del nostro Stato ma di consorzio civile internazionale». Inoltre, è evidenziato che «Il riferimento, pertanto, a pregiudiziali ostacoli derivanti dalla qualifica di straniero da parte del soggetto istante non può trovare accoglimento neppure allorquando si menziona un pericolo di fuga, questo essendo prospettabile solo allorquando tragga origine da qualche concreto elemento, non in via di mera ipotesi, per il solo fatto della cittadinanza del condannato né per comportamenti di altri stranieri».

Anche di recente la Cassazione ha confermato l'idea dell'applicabilità della semilibertà agli stranieri. In Corte di cassazione, sez. I, ud. 14 dicembre 2004 (dep. 17 gennaio 2005), n. 782, S.A., riportata da Di Rosa, *op. cit.*, p. 56, è stabilito che «In tema di misure alternative alla detenzione, la condizione di straniero privo del permesso di soggiorno non è di per sé ostativa alla concessione della semilibertà, atteso che tale misura consente uno spazio di libertà molto ridotto (e quindi controllabile) e in considerazione del fatto che l'espiazione della pena in regime di semilibertà non comporta alcuna violazione o elusione delle norme in materia di immigrazione clandestina». La soluzione fornita dalla Cassazione qui è di tipo compromissorio, perché afferma la legittima applicazione delle misure alternative in quanto non comportano contraddizione con le norme del testo unico n. 286 del 1998, non indipendentemente da queste disposizioni.

In senso conforme anche Corte di cassazione, sez. I, 17 gennaio 2005, Sheqia, mass. 230.586, riportata da D'ONOFRIO, *op. cit.*, p. 1282, secondo cui «la mancanza del permesso di soggiorno non è di per sé ostativa alla concessione della semilibertà, non solo perché tale misura consente uno spazio di libertà molto ridotto e quindi più controllabile da parte delle forze dell'ordine, ma anche perché l'espiazione della pena in regime di semilibertà non comporta alcuna violazione o elusione delle norme in materia di immigrazione clandestina». Nel caso di specie, la Cassazione aveva rigettato il ricorso del procuratore generale di Firenze contro l'ordinanza di concessione della semilibertà ad uno straniero emessa dal Tribunale di sorveglianza del capoluogo toscano, che aveva fondato la propria decisione sulla considerazione che il condannato poteva ritenersi ben inserito nel tessuto sociale italiano avendo egli una moglie munita di regolare permesso di soggiorno e avendo trovato lavoro in una impresa edile gestita dal cugino.

Ancora, di recente, Corte di cassazione, sez. I, 13-31 ottobre 2005, n. 39781, Iselaci, in C.E.D. Cass., n. 232514, riportata da DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, cit., pp. 150-151, con cui i giudici di legittimità hanno affermato che «L'ammissione alla misura alternativa della semilibertà non è d'ostacolo all'emissione del decreto di espulsione a titolo di sanzione alternativa, dal momento che la semilibertà è misura che comunque comporta la permanenza del condannato in un istituto penitenziario, sebbene limitatamente a determinati orari, e quindi anche rispetto al soggetto che espia la pena in semilibertà l'espulsione può realizzare il fine proprio di riduzione della popolazione carceraria».

Malgrado, però, la giurisprudenza abbia generalmente ammesso che anche gli stranieri clandestini e irregolari possano fruire della semilibertà, è stato anche evidenziato come non necessariamente da ciò discenda la conseguenza che ogni

concedibilità delle misure alternative alla detenzione.

Le Sezioni unite hanno deciso di aderire a questo secondo indirizzo interpretativo per le seguenti ragioni:

- l'assenza all'interno della legge sull'ordinamento penitenziario di alcuna preclusione formale alla fruizione delle misure alternative da parte degli stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità;

- l'incompatibilità della tesi interpretativa circa la preclusione aprioristica dell'applicabilità delle misure alternative agli stranieri clandestini o irregolari con i principi costituzionali della pari dignità delle persone, degli artt. 2 e 3,⁸⁰ e della finalità rieducativa della pena, del terzo comma dell'art. 27;

- il carattere "transnazionale" che deve assumere l'obiettivo di risocializzazione dei condannati nell'ottica della collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale, come già sottolineato da certa giurisprudenza di legittimità⁸¹;

- l'ingiustizia di una presunzione assoluta di inconciliabilità fra misure alternative al carcere e condizione di estraneità, visto che i parametri da rispettare per la concessione delle soluzioni extramurarie riguardano in concreto le caratteristiche specifiche dei possibili fruitori di tali misure⁸²;

- la prassi amministrativa consolidata sulla concedibilità delle misure alternative allo straniero condannato privo del permesso di

misura alternativa è riconoscibile a tale categoria di soggetti, in quanto la semilibertà, malgrado sia inserita nella parte della legge sull'ordinamento penitenziario dedicata alle misure alternative (come d'altronde è pure per la liberazione anticipata, che secondo, questa impostazione, non va certamente considerata una misura alternativa), presenta connotati atipici rispetto a queste, sicché «la semilibertà è qualificabile come misura alternativa impropria in quanto l'interessato rimane privato della libertà personale ed inserito in ambito penitenziario, ma con ampi margini di libertà e la possibilità di una graduale ripresa di contatti con il mondo esterno si da comportare una profonda modifica delle modalità di esecuzione della pena». Così DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, p. 153.

⁸⁰ Secondo TOVANI, *op. cit.*, nota n. 12, p. 188, l'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni unite, secondo cui le norme sulle misure alternative alla detenzione sono strumenti posti a tutela della dignità della persona e non meri veicoli per la risocializzazione del condannato, è criticabile perché ne deriverebbero, da una parte, la conseguenza della loro irrinnunciabilità, dall'altra, il vincolo per il legislatore di non potere costruire altrimenti il sistema dell'esecuzione penale.

⁸¹ Cfr. appunto Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, *cit.*, e Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, *cit.*

⁸² Sembra opportuno ribadire come la scelta della giurisprudenza di negare la concedibilità delle misure alternative al carcere agli allogeni clandestini o irregolari non derivi da una presunzione invincibile di pericolosità di questi soggetti o dalla inidoneità di questi strumenti a svolgere la funzione di reinserimento sociale di tali individui, quanto, piuttosto, dall'insussistenza delle condizioni legali formali perché questi provvedimenti possano essere assunti verso chi non ha titolo per permanere sul territorio in cui le alternative alla detenzione avranno esecuzione, vista la pendenza del provvedimento di espulsione.

soggiorno, secondo la quale è proprio l'ordinanza di ammissione alla misura a costituire titolo legittimante la presenza nel territorio dello Stato di colui che andrebbe espulso, sospendendosi l'esecuzione del provvedimento ablativo e consentendosi allo straniero lo svolgimento di attività lavorativa anche in deroga alle norme sull'accesso al lavoro per tale categoria di soggetti.

Le Sezioni unite, a questo punto del loro ragionamento, hanno ritenuto opportuno dare conto di alcune novità normative che avrebbero potuto essere portate a sostegno della tesi dell'inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli extracomunitari clandestini o irregolari.

In particolare, vanno tenute in debita considerazione, secondo i giudici, l'innovazione apportata all'art. 16 del testo unico sull'immigrazione con la legge Bossi-Fini, con cui è stata introdotta al quinto comma l'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione, nonché la disposizione contenuta nell'art. 3 della legge n. 207 del 2003, relativa al c.d. indultino, secondo cui è preclusa l'applicazione della sospensione condizionata dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva, nel limite massimo di due anni, nei confronti dello straniero che abbia scontato almeno metà della pena e versi in condizione di espellibilità ai sensi del secondo comma dell'art. 13 t.u., visto che nei suoi confronti opera già il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., da ritenere come misura alternativa esclusiva applicabile allo straniero clandestino o irregolare⁸³.

Le Sezioni unite, però, hanno obiettato a questa ricostruzione evidenziando, da un canto, come la Corte costituzionale, con un'ordinanza del 2004, abbia ritenuto la natura amministrativa dell'espulsione del quinto comma dell'art. 16, conformemente a quanto già statuito con riferimento all'espulsione come sanzione sostitutiva della detenzione, non ponendosi più così «un rapporto di esclusione tra espulsione e misura alternativa: o la prima viene eseguita, ed allora l'esecuzione cessa nel suo complesso, oppure l'esecuzione procede, ma ciò può accadere certamente in tutte le varie forme previste dalla legge»⁸⁴; d'altro canto, come sussista una larga fascia di soggetti che non si vedranno applicata la sanzione alternativa dell'espulsione perché ne difettano i requisiti (l'identi-

⁸³ In dottrina ha sostenuto questo argomento per negare l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione ai clandestini e agli irregolari, sancendo la preferenza quindi per la tesi giurisprudenziale sostenuta con la sentenza Calderon, *DEGL'INNOCENTI, Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., pp. 85-86.

⁸⁴ LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, cit., p. 782. Secondo l'Autore, inoltre, «Così ricostruito il sistema, resta l'eventualità che nel caso concreto il procedimento per l'applicazione della misura alternativa, celebrato

ficazione, lo stato di detenzione, la pena superiore a due anni, la commissione di reati ostativi, i casi dell'art. 19 t.u., circostanze pratiche impeditive). In questi casi, in assenza di divieti espressi, ben potrebbe ricorrersi alle misure alternative alla detenzione, qualora ovviamente ne sussistano i presupposti applicativi.

In generale, le Sezioni unite hanno giustificato l'estensione delle misure alternative agli stranieri in ragione dell'esigenza preminente di salvaguardia dei principi costituzionali della pari dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena, con l'unica ovvia condizione che sussistano in concreto i presupposti applicativi delle singole misure, ed hanno enunciato il seguente principio di diritto: *In materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno.*

I giudici di legittimità hanno evidenziato poi come nel merito, la scelta del Tribunale di sorveglianza di Sassari sia risultata coerente con il principio di diritto affermato, tanto che neppure la procura generale nella presentazione del ricorso aveva negato la sussistenza in concreto del giudizio prognostico favorevole all'affidamento in prova al servizio sociale, sia per il percorso rieducativo già intrapreso con successo dal condannato in regime intramurario, sia per le opportunità di lavoro all'esterno che questi aveva.

Credo che complessivamente la sentenza esprima un'affermazione di principio sulla necessità della parità di trattamento nelle situazioni concernenti aspetti fondamentali della persona, senza un'adeguata ponderazione delle eventuali ragioni ostative alla riconoscibilità dell'estensione applicativa delle misure alternative agli stranieri diverse dalla inespressa volontà di discriminazione⁸⁵.

dal Tribunale di sorveglianza, interferisca con quello regolato dall'art. 16 del T.U., e rimesso alla competenza del magistrato di sorveglianza. Le Sezioni unite hanno posto in luce la piena autonomia dei due contesti. Il magistrato di sorveglianza valuterà, secondo la logica propria della misura amministrativa, se ricorrano i presupposti per l'ordine di espulsione nei confronti dello straniero. In caso positivo, la misura entrerà in conflitto non con una modalità di esecuzione della pena alternativa alla detenzione in carcere, ma con la prosecuzione *tout court* del trattamento, che verrà interrotto indipendentemente dalle modalità di svolgimento nel momento dell'espulsione». *Ivi*, p. 783. Sono state evidenziate, però, le opinioni contrarie a questa ricostruzione secondo cui il difetto dello stato detentivo, com'è in alcune misure alternative, inibisce l'esecuzione dell'espulsione.

⁸⁵ Come evidenzia LEO, *op. cit.*, p. 780, non vi sarebbe d'altronde nell'ordinamento «alcuno spazio di legalità costituzionale per norme che favorissero regimi differenziati, in materia penitenziaria, sulla base esclusiva della razza o della nazionalità», stante oltretutto il disposto del secondo comma dell'art. 1 della legge n. 354 del 1975.

Ritengo che questo esito appaia scontato, nel senso che la motivazione del diniego non può certo risiedere in intenti xenofobi. Da questo punto di vista, la decisione risulta abbastanza apodittica. Sembra piuttosto che il problema sia di verificare la compatibilità formale e funzionale tra misure alternative e condizione di illegalità dello straniero: dal punto di vista formale, se lo straniero privo del permesso di soggiorno possa circolare nel territorio dello Stato in regime di beneficio penitenziario⁸⁶; dal punto di vista funzionale, se abbia senso la pretesa rieducativa verso soggetti che vanno comunque allontanati. La questione pare allora spostarsi sulla giustezza dell'espulsione di chi abbia intrapreso e superato con successo il periodo di trattamento; in generale, della giustezza dell'espulsione in un sistema in cui la pena ha finalità rieducativa.

Il problema più generale riguarda invero la legittimità costituzionale dell'espulsione, se si continua ad affermarne la natura di sanzione penale.

L'istituto dell'espulsione dello straniero è espressione del mantenimento della logica nazionalista come strumento di controllo dell'ordine pubblico, in aperta contraddizione con la tendenza alla globalizzazione come fenomeno sociale, oltre che culturale ed economico. È sintomatica della difficoltà di definire i rapporti fra l'ordinamento e gli allogeni non solo nella fase patologica, ma già nella fisiologia di una relazione nella quale i ruoli di ciascuno non sono chiari. La definizione dei diritti e dei doveri degli stranieri costituisce settore altamente problematico, nel quale si avvicendano atteggiamenti contrapposti di apertura e restrizione, spesso influenzati dalle contingenze emergenziali legate alla recrudescenza dei flussi incontrollati di immigrati clandestini.

Se può essere considerata ragionevole la scelta di espellere, il problema concerne la compatibilità di una tale opzione coi valori penali costituzionalmente tutelati, in particolare con la finalità rieducativa della sanzione. Questo principio apparirebbe compromesso⁸⁷ se si riuscisse a dimostrare l'incidenza negativa dell'espulsione

⁸⁶ In effetti il problema gerarchico fra misure alternative e quinto comma dell'art. 16 t.u. riguarda solo i casi di convergenza fra le norme, non invero l'applicabilità *tout court* delle misure alternative agli stranieri.

⁸⁷ Ritene che l'espulsione violi il disposto dell'art. 27 Cost. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, cit., secondo il quale, per affrontare correttamente la problematica, è necessario comprendere la portata del principio rieducativo evincibile dalla Carta fondamentale. Si può distinguere fra una dimensione universale della rieducazione – come finalità, cioè, di recupero di ogni autore di reato, a prescindere dalla sua nazionalità – e una dimensione nazionale del medesimo principio – che limiterebbe il dovere di intervento dello Stato nei confronti dei soli delinquenti cittadini –. Solo nel primo caso la norma

sui diritti fondamentali della persona; quindi, se si fosse in grado di affermare l'inaccettabilità di una funzione della pena diversa da quella recuperatoria.

In generale, con riferimento al sistema delle misure alternative, è stato rilevato, però, come nel nostro ordinamento sia ravvisabile un paradosso concernente l'individuazione del creditore del finalismo rieducativo della sanzione penale, che costituisce un dovere dello Stato. Tale creditore viene visto normalmente nell'autore del reato, ma – si è detto – si tratta di un'indicazione erronea perché il vero beneficiario dell'intervento di recupero è rappresentato dalla società, nel vantaggio che questa ottiene dal decremento del tasso di criminalità⁸⁸.

11. La sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007

Proprio di recente la questione posta al centro del presente lavoro ha costituito oggetto di esame da parte del giudice delle leggi, il cui intervento aveva preso avvio con un'ordinanza di remissione del Tribunale di sorveglianza di Cagliari del 24 maggio 2005 ed il cui pronunciamento si è avuto con la sentenza n. 78 del 2007⁸⁹. Con questa decisione viene riprodotto dalla Corte costituzionale l'orientamento, già fatto proprio dalle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 14500 del 2006, favorevole all'applicazione dei benefici penitenziari agli stranieri anche se illegalmente presenti nel territorio dello Stato. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47 (sull'affidamento in prova al servizio sociale) e 48 e 50 (sulla semilibertà) della legge n. 354 del 1975 ove interpretati nel senso di precludere in ogni caso l'accesso alle misure alternative da essi previste allo straniero extracomunitario entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno.

In particolare, la Corte ha fondato la pronuncia sulla censura di ogni automatismo e di ogni preclusione oggettiva ed assoluta

costituzionale verrebbe violata tramite il ricorso ai rimedi espulsivi. Tuttavia, come è evidenziato dall'Autore, anche qualora si preferisca aderire all'interpretazione ridotta del concetto di rieducazione, il problema dell'esclusione degli stranieri fra i beneficiari dell'intervento di recupero si porrebbe comunque in considerazione del disposto dell'art. 2 Cost. e, quindi, rendendosi necessario verificare se l'espulsione possa ritenersi lesiva di un diritto inviolabile dell'uomo.

⁸⁸ Così, MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, cit.

⁸⁹ Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in www.cortecostituzionale.it e in www.penale.it.

nel godimento dei benefici penitenziari. Il giudice delle leggi ha così evidenziato come già in passato si fosse espresso nel senso di bandire ogni forma di sacrificio non necessario delle istanze di risocializzazione. Pur sostenendo l'assunto che la funzione rieducativa della pena debba essere temperata dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, con le altre finalità – di prevenzione, generale e speciale, e di difesa sociale – che la Costituzione assegna alla sanzione penale, è comunque fondamentale che in quest'opera di bilanciamento il privilegio per alcuno di questi scopi non si traduca mai nel totale annientamento degli altri, ma, al più, nel loro ridimensionamento nei limiti di quanto è necessario per soddisfare la finalità in quel momento e in quel contesto ritenuta prevalente. Così la Corte ha espunto dal sistema, con vari interventi, quelle norme che impedivano il ricorso ai benefici penitenziari per il solo *nomen iuris* del fatto compiuto ed ha consentito la nuova concessione della liberazione condizionale dopo un primo provvedimento di revoca in conseguenza della commissione di un reato della stessa indole di quello per il quale è intervenuta la condanna o della trasgressione agli obblighi legati alla libertà vigilata.

Secondo l'orientamento costante della Consulta, così, ogni preclusione presuntiva all'accesso ai benefici penitenziari va censurata; i giudizi relativi alla concessione delle misure volte a favorire il processo rieducativo vanno individualizzati.

Sulla base di questa considerazione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme in materia di affidamento in prova al servizio sociale e di semilibertà nella parte in cui sembrano precludere agli stranieri, clandestini o irregolari, l'accesso alle soluzioni trattamentali extramurarie in ragione dell'appartenenza di tali soggetti ad una categoria «individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati». «Detta esclusione assume, cioè, carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura

assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente omesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione»⁹⁰.

Inoltre, dal punto di vista formale, in relazione al problema della legittimità della presenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio dello Stato, libero di circolare in esecuzione della misura alternativa, la Corte ha accolto l'orientamento, già sostenuto da parte cospicua della dottrina e da certa giurisprudenza anche di Cassazione, della legittimazione di tale presenza derivante dal titolo di concessione della misura alternativa. Secondo la Consulta, infatti, «Quanto, poi, alla incompatibilità fra la disciplina del testo unico in materia di immigrazione e l'applicazione di misure alternative alla detenzione, pure evocata a fondamento del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione, occorre considerare che, in realtà, è proprio la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* – ed anzi costringe – lo straniero a permanere nel territorio dello Stato; e ciò, tanto se l'esecuzione abbia luogo nella forma intramuraria, quanto se abbia luogo, invece – a seguito della eventuale concessione di misure alternative – in forma extramuraria. In altre parole, nel momento stesso in cui prevede che l'esecuzione della pena “prevalga”, sospendendone l'attuazione, sulla espulsione cui il condannato extracomunitario sarebbe soggetto, il legislatore adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel terri-

⁹⁰ Questo argomento era già stato sostenuto dalla dottrina. Si era evidenziato, infatti, come l'opzione ermeneutica di preclusione delle misure alternative al carcere nei confronti degli stranieri legittimerebbe l'idea della sussistenza di un regime penitenziario speciale per determinate categorie di detenuti, d'altronde speculare a quel diritto penale speciale che alcuni interpreti ritengono creato dal legislatore con il testo unico sull'immigrazione. Cfr., ad esempio, LEO, *op. cit.*, p. 780. Vd. anche L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*, 1999, pp. 1 e ss.

Più nel dettaglio, è stato evidenziato come questa differenziazione implicherebbe l'affermazione di forme di diritto penale soggettivo, nel senso che la preclusione del trattamento opererebbe per determinati tipi d'autore, indipendentemente – come invero avviene per i regimi penitenziari speciali degli artt. 4-bis e 41-bis – da condizioni di particolare pericolosità soggettiva o di attuazione di specifiche condotte, ma per l'assenza del titolo giustificativo della presenza sul territorio nazionale, la cui mancanza sarebbe irragionevolmente impeditiva dell'intrapresa di un efficace percorso riabilitativo. In tal senso RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 212-213.

torio nazionale durante il tempo di espiatione della pena stessa. Da ciò consegue l'impossibilità di individuare nella esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno in detto territorio una ragione giustificativa della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo, cui la concessione delle misure alternative è funzionale».

Secondo quanto affermato con riferimento a precedenti pronunce, è possibile che il legislatore individui dei casi in cui la finalità di rieducazione della pena venga circoscritta per preferire i fini preventivi o di difesa sociale, ma questa opzione non si può tradurre, come evidenzia la Corte, nella compressione assoluta di ogni istanza recuperatoria. «Il legislatore ben può, ovviamente – tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno – diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale».

Inoltre, il giudizio sul percorso rieducativo va individualizzato. «L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla previsione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa». Il che, in linea di principio, è abbastanza ovvio e, da questo punto di vista, la soluzione adottata dalla Consulta non può ritenersi particolarmente innovativa.

Quindi, riassumendo, secondo il giudice delle leggi, le ragioni dell'illegittimità costituzionale delle norme in materia di ordinamento penitenziario vanno individuate:

1. nel bando di ogni automatismo nella preclusione al godimento dei benefici penitenziari, in ragione della necessità di individualizzare le scelte giudiziarie per favorire il percorso rieducativo del condannato;
2. nel difetto di un nesso di consequenzialità fra la mancanza

del titolo abilitativo della presenza nel territorio dello Stato e uno stato soggettivo di peculiare pericolosità o una condizione oggettiva di assenza di legami col contesto di svolgimento della misura alternativa;

3. nella mancata diversificazione del trattamento degli stranieri malgrado la diversità dei modi – legale e illegale – di accesso nel territorio dello Stato;

4. nell'assenza di incompatibilità fra la disciplina del testo unico sull'immigrazione e le norme della legge sull'ordinamento penitenziario in materia di misure alternative, visto che la presenza dello straniero clandestino o irregolare nel territorio nazionale è legittimata dal titolo di ammissione al beneficio penitenziario;

5. nella priorità da riconoscere al finalismo rieducativo della pena, anche nell'ottica della salvaguardia della dignità della persona, che vieta al legislatore di introdurre istituti che annullino del tutto ogni istanza recuperatoria.

Tuttavia, malgrado l'importanza dell'affermazione di principio nell'equiparazione del trattamento di cittadini e stranieri, la decisione appare carente da un certo profilo, forse il più rilevante. In particolare, il problema, evidenziato da una parte della dottrina e della giurisprudenza in materia, costituito dal richiamo al testo unico non credo sia di sostanza, relativo cioè realmente alla compatibilità ontologica della presenza del clandestino o irregolare sul territorio dello Stato con i principi generali in materia migratoria, bensì di forma, di prevalenza cioè fra norme divergenti nel caso concreto: l'art. 16, quinto comma, t.u. e l'art. 47 o.p., per esempio. Su questo punto la Consulta non si è espressa.

12. Considerazioni conclusive

Oltre alle motivazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale sul riconoscimento agli stranieri clandestini o irregolari dei benefici penitenziari, la dottrina soprattutto, nel corso del tempo, ne aveva evidenziato di ulteriori, completando il quadro che consente di esprimere un giudizio di piena condivisione dell'affermazione di principio espressa dal giudice delle leggi.

Si è così evidenziato, ad esempio, che l'argomento, secondo cui il disposto dell'art. 22 t.u. (sulla responsabilità del datore di lavoro che impiega alle proprie dipendenze stranieri in condizione di clandestinità o irregolarità) verrebbe integrato qualora una persona assumesse, nell'ambito del progetto d'intervento relativo ad una

misura alternativa, uno straniero privo del permesso di soggiorno, è meramente formale. Non vi è evidentemente alcuna violazione della *ratio legis* se il datore di lavoro occupa alle proprie dipendenze un extracomunitario in regime di semilibertà o di *probation* penitenziario come attività che fa parte del programma di recupero e che è svolta sulla base di un titolo giudiziario di affidamento⁹¹.

Ritenere, poi, che l'espulsione costituisca l'unica misura alternativa applicabile agli stranieri clandestini o irregolari significa affermare che anche per coloro rispetto ai quali non sussistono le condizioni per disporre il provvedimento ablativo le soluzioni trattamentali extracarcerarie non potranno essere svolte. Basta, a titolo esemplificativo, fare riferimento allo straniero che abbia commesso uno dei fatti ostativi della lettera *a*) del secondo comma dell'art. 407 c.p.p. o sia condannato ad una pena superiore ai due anni. Nei loro confronti la giustificazione del diniego tanto dell'espulsione quanto delle misure alternative diverse dovrebbe risiedere nella particolare gravità dei fatti commessi, definita nominalmente o desunta dall'entità sanzionatoria. Si tratterebbe, però, di una preclusione ai benefici penitenziari ulteriore rispetto a quanto statuito nella legge n. 354 del 1975 e ricavabile solo implicitamente. Se consideriamo quante discussioni dottrinarie e quante decisioni anche della Corte costituzionale vi sono state sul regime penitenziario speciale, dovremmo conseguire che altre circoscrizioni ai diritti dei detenuti non possono essere effettuate per via indiretta. Salvo, ovviamente, ritenere che le preclusioni al godimento dei benefici penitenziari concernano solo i soggetti espellibili ai sensi del quinto comma dell'art. 16 t.u. per la prevalenza delle ragioni deflative su ogni altra considerazione ed in modo che può essere ritenuto sostanzialmente irragionevole e discriminatorio.

In ogni caso va sottolineato un aspetto che ritengo sia importante. Di frequente la delittuosità degli stranieri è indotta dalla situazione di privazione economica nella quale tali soggetti si trovano a vivere, nonché dall'inestricabile collegamento con le organizzazioni criminali che hanno gestito il loro trasporto nel territorio nazionale. Eliminate queste condizioni, lo straniero sovente non presenta alcuna pericolosità intrinseca. E di ciò non può non tenersi conto nelle scelte di interpretazione. L'analisi delle norme non può essere del tutto avulsa dal contesto di applicazione, né le-

⁹¹ È di opinione diversa DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, cit., p. 84, per il quale il divieto del datore di lavoro di occupare alle proprie dipendenze stranieri privi del permesso di soggiorno ha portata generale, non derogabile da un provvedimento del tribunale di sorveglianza con cui viene applicata una misura alternativa.

gata a legalismi eccessivi non sufficientemente rapportati ai valori della società di riferimento. Anche se possono sussistere ragioni normative per operare preclusioni o differenziazioni nel trattamento, bisogna essere sempre certi che tale ermeneutica non si traduca in irragionevoli privazioni, se non addirittura in violazione di principi anche fondamentali della vita di relazione. Negare agli stranieri, che – ripetiamo – spesso volte delinquono per necessità e non per una scelta di vita, la possibilità di fruire delle misure alternative alla detenzione sol perché privi del requisito formale del permesso di soggiorno, può significare creare delle aree di non intervento proprio a danno dei soggetti più deboli della gerarchia sociale.

Secondo certa dottrina, ad esempio, il tasso di carcerazione degli stranieri così elevato deriva, oltre che dagli orientamenti legislativi improntati alla logica dell'ordine pubblico e dalle condizioni di deprivazione economica di questi soggetti, dalla «caduta di garanzie processuali, ricorrente nei processi celebrati nei confronti della marginalità sociale, con approccio spesso semplificatorio da parte degli operatori»⁹².

Ad avviso di alcuni studiosi, il diniego delle misure alternative agli stranieri si porrebbe in contrasto con principi costituzionali ulteriori a quello del finalismo rieducativo della pena; in particolare, con la tutela della salute, della maternità e dei minorenni, il cui soddisfacimento ha determinato sovente scelte normative di trasformazione del regime penitenziario ordinario. L'ostacolo oggettivo al ricorso alle misure alternative impedirebbe, infatti, di disporre, ad esempio, l'affidamento in prova o la detenzione domiciliare in casi particolari, dell'art. 47-*quater* o.p., nei confronti dei condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, indipendentemente dal *quantum* di pena, come pure la detenzione domiciliare dell'art. 47-*ter* nei confronti di persona in condizioni di salute che richiedano contatti continui con i presidi sanitari, in evidente dispregio del diritto costituzionale alla salute. Così pure nel caso di stato di gravidanza della donna o di sussistenza di prole ancora infante, situazioni rispetto alle quali è previsto il ricorso alla detenzione domiciliare per l'esigenza, appunto prevalente, di proteggere la maternità e i giovanissimi⁹³.

Può essere evidenziato, però, come il chiaro difetto di coordinamento del quinto comma dell'art. 16 t.u. con le altre disposizioni dell'ordinamento, soprattutto penitenziario, significhi certamente la sussistenza di alcuni profili di illegittimità costituzionale della

⁹² MAGI, *op. cit.*, p. 45.

⁹³ COSÌ RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 213-214.

norma, ma non necessariamente illegittimità *tout court*. Al di là di questi casi, in cui si ritiene corretto dare prevalenza agli interessi individuati diversi dall'indefettibilità della pena, per il resto il sistema potrebbe essere stato strutturato preferendo comunque l'allontanamento coattivo alla logica risocializzante, nei limiti di compatibilità col terzo comma dell'art. 27 Cost., che rimane così il punto di riferimento preminente per la definizione della legittimità in assoluto della misura espulsiva.

Nel tentativo di formulare delle conclusioni sull'argomento trattato nel corso del presente lavoro, bisogna intanto chiarire se la problematica dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione agli stranieri clandestini o irregolari abbia valenza teorica generale, costituisca una questione di principio, oppure se si tratta di stabilire in concreto quando e a quali condizioni alcune o tutte le misure alternative possano avere questi soggetti come destinatari. Da un lato, abbiamo il piano astratto delle scelte di valore, dall'altro, la dimensione sistematica dell'integrazione fra norme. In questo discorso un ruolo centrale assume il disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u. perché a questa norma si attribuisce da alcuni il significato di previsione esclusiva di ogni altra misura alternativa nei confronti di stranieri clandestini o irregolari.

Il divieto di concessione delle misure alternative in sé e per sé sembra costituire, al di là delle ragioni tecnico-giuridiche che ve ne possono essere alla base, espressione dell'atteggiamento di chiusura politico-istituzionale verso lo straniero, considerato, nella logica securitaria, come un nemico⁹⁴. In considerazione delle posizioni giurisprudenziali da ultimo assunte anche dalla Corte costituzionale, il problema può ritenersi superato nel senso del generale riconoscimento dell'applicabilità delle misure alternative anche agli stranieri, indipendentemente dall'esistenza di un titolo che ne legittima la presenza nel territorio nazionale.

Permane, tuttavia, il problema di stabilire quale fra due norme di legge – l'art. 16, comma 5, t.u. e la disposizione dell'ordinamento penitenziario sulla singola misura alternativa – debba prevalere nel caso di convergenza applicativa, considerato che, dal punto di vista formale, siamo in presenza di due fonti normative di pari grado. Bisogna cioè valutare – anche in ragione della posizione espressa da ultimo dal giudice delle leggi – se il ritenuto carattere obbligatorio del contenuto del quinto comma dell'art. 16 t.u. determini, nei casi ivi contemplati, l'inapplicabilità in assoluto e in astratto

⁹⁴ Sulla discriminazione dello straniero, che avrebbe determinato la creazione di un diritto penale speciale per questa categoria di soggetti, vd. diffusamente A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione giustizia*, 2004, n. 2-3, pp. 359 e ss.

delle norme sulle misure alternative. Se così fosse, in presenza delle condizioni applicative previste nel quinto comma dell'art. 16 t.u. dovrebbe prevalere questa disciplina, come se costituisse il rimedio preferenziale in questi casi, in attuazione del criterio – formale – di risoluzione delle antinomie nel sistema giuridico di tipo cronologico: il testo unico sull'immigrazione è posteriore alla legge sull'ordinamento penitenziario. Ad esiti interpretativi diversi, d'altronde, non si giungerebbe neppure ricorrendo al criterio di specialità, vista la natura particolaristica del decreto legislativo n. 286 del 1998. Le misure alternative troverebbero uno spazio applicativo laddove non sussistessero i presupposti per ricorrere al rimedio ablativo.

A sostegno di questa interpretazione possono essere individuati due argomenti. Innanzitutto, ponendo attenzione all'aspetto pragmatico, va evidenziato come per disporre l'espulsione a titolo di misura alternativa occorra la sussistenza di una serie di requisiti di facile accertamento, che, una volta rilevati, escludono qualsivoglia margine di valutazione del magistrato. Viceversa, la concessione delle misure alternative richiede un'ampia ponderazione soprattutto di elementi relativi alla persona del condannato. Il ricorso alla soluzione di allontanamento dal territorio dello Stato appare così di più facile attuazione.

In secondo luogo, se consideriamo che l'eventuale fruizione della soluzione extramuraria non dovrebbe impedire l'esecuzione dell'espulsione (l'espulsione non dell'art. 16, quinto comma, t.u., ma dell'art. 13 t.u.), è una ragione di economia organizzativa e finanziaria attendersi dapprima la valutazione della sussistenza delle condizioni per procedere all'allontanamento coattivo dal territorio nazionale. Qualora, invece, non sussistessero le condizioni per disporre l'espulsione (una pena da scontare superiore a due anni, per esempio) e vi fossero gli estremi per la concessione di alcune misure alternative, apparirebbe conforme alla lettura costituzionalmente orientata del sistema dei benefici penitenziari, effettuata dalle Sezioni unite, disporre, se del caso, la soluzione deflativa, salva ovviamente la condizione risolutiva della sopravvenienza delle condizioni che impongono il provvedimento espulsivo. In questo caso l'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. potrebbe trovare applicazione solo se le modalità di svolgimento della misura alternativa determinino il mantenimento delle condizioni per procedere all'allontanamento dal territorio. Così è nel caso di semilibertà, ove permane lo stato detentivo⁹⁵, mentre certamente non è in caso di affidamento in prova al servizio sociale, perché il condannato qui è

⁹⁵ In tal senso TOVANI, *op. cit.*, p. 198.

libero; perplessità sorgono in riferimento al caso della detenzione domiciliare, ritenuta da molta dottrina e giurisprudenza una modalità comunque non detentiva di espiazione della pena in forma alternativa, come situazione del tutto differente dalla carcerazione in istituto⁹⁶.

Secondo certa dottrina, quindi, in presenza dei presupposti per ricorrere all'espulsione ex art. 16, quinto comma, t.u. questa dovrebbe avere applicazione preferenziale, tanto che vi provvede il magistrato di sorveglianza *de plano*. In tutto ciò – viene rilevato – appare evidente il difetto di coordinamento fra il testo unico sull'immigrazione e la legge sull'ordinamento penitenziario, se si tiene conto del fatto che uno straniero condannato a pena lunga può essere sottoposto ad attività trattamentale prima e a forme di espiazione alternative poi, pur essendo da clandestino o irregolare destinato comunque all'espulsione. Situazione che d'altronde non potrebbe trovare soluzione nella regolarizzazione della condizione dello straniero per evitare disparità di trattamento a svantaggio dei clandestini o degli irregolari non autori di reati, per i quali non vi sarebbe rimedio all'espulsione⁹⁷. In generale, può essere notata l'assurdità della funzione trattamentale rispetto a chi va comunque espulso. La si attua in base ad un'idea assoluta della funzione penale, non utilitaristica, com'è nella logica preventiva.

Questa complessa esegesi potrebbe esporsi, però, a qualche profilo di illegittimità costituzionale, ulteriore a quello già rilevato dalla Consulta, che concerne invero l'applicabilità, in astratto e in generale, del sistema dei benefici penitenziari anche agli allogeni clandestini o irregolari. Una soluzione ermeneutica compatibile con l'assetto costituzionale – in particolare col principio del finalismo rieducativo della pena – dovrebbe indurre ad escludere la preferenza sempre e comunque dell'applicazione dell'art. 16, quinto comma, t.u., in presenza delle condizioni ivi contemplate, indipendentemente dal giudizio prognostico positivo sul recupero del condannato straniero. L'espressione utilizzata nella disposizione del testo unico, per essere conforme al dettato costituzionale, dovrebbe essere intesa nel senso che, in assenza dei presupposti per ricorrere ad alcuna delle misure alternative alla detenzione, va

⁹⁶ Un problema particolare potrebbe concernere lo straniero in carcere in attesa dei documenti di viaggio. Qui la questione appare, però, marginale, nel senso che la mancata esecuzione dell'espulsione, dovendosi trattare di soggetto identificato, dipende da ragioni soltanto organizzative o finanziarie. Posto che nelle more potrebbe procedersi a soluzioni extracarcerarie, non pare ragionevole investire in misure onerose come l'affidamento in prova al servizio sociale, rendendosi al più opportuna la concessione della detenzione domiciliare.

⁹⁷ In tal senso TOVANI, *op. cit.*, p. 198.

disposta l'espulsione – alle condizioni legali – piuttosto che perpetuare la permanenza in carcere. L'obbligatorietà dovrebbe avere, cioè, un carattere circoscritto a questa eventualità; in ragione così della funzione deflativa dell'espulsione, questa sarebbe imposta come alternativa al carcere solo in assenza delle condizioni per disporre le soluzioni espiative extramurarie.

Nel rapporto fra estraneità e misure alternative bisogna così guardare la questione da due angoli visuali: l'espellibilità come condizione ostativa all'applicazione delle misure alternative; la sottoposizione a misura alternativa come condizione ostativa all'espellibilità. Secondo un'interpretazione orientata al rispetto dei valori costituzionali, l'espellibilità non dovrebbe costituire ragione per impedire l'applicazione delle misure alternative a causa della prevalenza da riconoscere alla finalità rieducativa della sanzione penale. Viceversa, la concessione dei benefici penitenziari, normalmente, fa venir meno uno dei presupposti – lo stato detentivo – per applicare la soluzione ablativa del quinto comma dell'art. 16 t.u., inibendo così il ricorso a quel rimedio durante la fruizione della soluzione extramuraria, ma non di certo ostacolando l'attuazione del provvedimento espulsivo all'esito del periodo di espiazione della pena in forma alternativa.

Malgrado l'orientamento delle Sezioni unite e della Corte costituzionale, permane il bisogno di maggiore coerenza sistematica nella definizione della materia. Se, infatti, l'affermazione di principio del Supremo Collegio e del giudice delle leggi può servire da indirizzo autorevole in merito all'applicazione anche a clandestini e irregolari delle soluzioni espiative extramurarie, non è chiaro, come si è visto, se il magistrato di sorveglianza, nell'affrontare i singoli casi, debba prima verificare la ricorrenza dei requisiti del quinto comma dell'art. 16 t.u. oppure esaminare l'istanza di concessione della misura alternativa⁹⁸. Il principio della gerarchia delle fonti – si dice – dovrebbe far propendere per riconoscere prevalenza alla norma del testo unico sull'immigrazione rispetto alla tesi della giurisprudenza, malgrado, come già evidenziato, l'esigenza di una ricostruzione sistematica coerente con i principi costituzionali in materia di funzione penale dovrebbe indurre ad un esito differente.

Proprio l'ambito al quale ci siamo riferiti dapprima costituisce il vero punto dolente della questione, non adeguatamente affrontato intanto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, che si sono limitate ad affermare l'estraneità «al perimetro delle valutazioni

⁹⁸ Cfr. Di Rosa, *op. cit.*, pp. 56-57.

contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, [di] ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa e alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento, quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'art. 16, comma 5 e segg., d.lgs. n. 286 del 1998»⁹⁹. Si potrebbe ritenere che la Corte dia prevalenza alle misure alternative, con funzione residuale dell'espulsione. Di fatto, però, non definisce alcun vincolo per il magistrato di sorveglianza che dovesse intervenire prima del tribunale. Prevalente risulterebbe il rimedio che interviene per primo, in una situazione di distribuzione delle competenze¹⁰⁰.

Va comunque rilevato come la dimensione concreta della problematica sia più circoscritta di quanto possa apparire, nel senso che coloro che subiscono una condanna entro i due anni saranno generalmente – anche se non obbligatoriamente – colpiti dall'espulsione del primo comma dell'art. 16 t.u. Se consideriamo che le pene entro i due anni difficilmente vengono eseguite – tanto che la stessa espulsione come sanzione sostitutiva è subordinata al difetto dei requisiti per concedere la sospensione condizionale della pena –, comprendiamo come il problema della disparità di trattamento fra lo straniero che si trova nelle condizioni per essere espulso sin dal momento della condanna, per il quale le misure alternative non dovrebbero potere trovare applicazione per il carattere imperativo del disposto del quinto comma dell'art. 16 t.u., e lo straniero che, essendo stato condannato, per esempio, ad una pena di tre anni di reclusione (quindi superiore a quella che consente di disporre

⁹⁹ Sul punto vd. TOVANI, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁰ Un'ulteriore problematica concernerebbe il caso di richiesta di misura alternativa in relazione al periodo di detenzione ulteriore all'espiazione della pena e protrattosi per rendere eseguibile l'espulsione già disposta. È stato rilevato come questo periodo di ultrattività della sanzione detentiva non sia privo di legittimazione, trovando la sua fonte nell'esigenza di procedere all'espulsione, esigenza che renderebbe incompatibile ogni pretesa di misura alternativa, malgrado l'incertezza dei tempi di esecuzione dell'allontanamento coatto. Vd. DI ROSA, *op. cit.*, p. 57. Al proposito può essere rilevato, intanto, che non vi dovrebbe essere spazio per il ricorso alle misure alternative perché queste dovrebbero svolgersi in sostituzione della pena detentiva, che invece è stata interamente espiata; inoltre, lo straniero potrebbe essere spostato nei centri di permanenza temporanea ed assistenza. L'eventuale – ragionevole – illegittimità della protrazione dello stato di detenzione, che potrebbe essere qualificata *sine titulo*, non può trovare la sua panacea nella concessione di misure – quelle alternative, appunto – che hanno una diversa finalità istituzionale.

l'espulsione), potrà beneficiare dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare e così impedire l'esecuzione del provvedimento ablativo del quinto comma dell'art. 16 t.u. per il difetto del requisito necessario dello stato detentivo, raramente si porrà in concreto, visto che rispetto a chi non vede eseguirsi la condanna la questione dell'applicazione delle misure alternative – quindi anche dell'espulsione – ovviamente non sussiste. Inoltre, chi dovesse essere condannato ad una pena maggiore di due anni e venisse a beneficiare delle misure alternative, andrebbe espulso comunque all'esito dell'espiazione della pena ai sensi del secondo comma dell'art. 13 t.u.

Bibliografia

R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1230 e ss.

P. BONETTI, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 2381 e ss.

F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, pp. 373 e ss.

P. CANEVELLI, *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2000, n. 10, pp. 1318 e ss.

A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza*, in *Questione giustizia*, 2004, n. 2-3, pp. 359 e ss.

A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 85 e ss.

S. CIAPPI, *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere*, in *Quaderni di sociologia*, 2006, n. 1, pp. 43 e ss.

L. DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di polizia*, 2004, n. 1-2, pp. 77 e ss.

L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, pp. 142 e ss.

G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, pp. 54 e ss.

M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, pp. 1281 e ss.

O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 96 e ss.

A. FRANCESCHETTI, *Dall'espulsione a richiesta di parte all'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione*, in *Gli stranieri*, 2001, n. 4, pp. 263 e ss.

B. GIORDANO, D.l. 14/6/1993 n. 187, conv. con modif. dalla l. 12/8/1993 n. 296 – *Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri*, in *Legislazione penale*, 1993, pp. 677 e ss.

A. GUIDO, *Il provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato a richiesta dello straniero detenuto*, in *Rivista penale*, 1996, pp. 608 e ss.

E. LANZA, *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 3, pp. 21 e ss.

E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Giuffrè, Milano, 2003.

G. LEO, *Misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Il corriere del merito*, 2006, n. 6, pp. 780 e ss.

G. LOCATELLI, *Osservazioni sull'espulsione sostitutiva della detenzione*, in *Diritto penale e processo*, 1999, n. 8, pp. 1035-1036.

C. LONGOBARDO, *La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenomeno dell'immigrazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, n. 3, pp. 211 e ss.

R. MAGI, *Stranieri e pericula libertatis: la giurisprudenza, tra rispetto dei principi e ricorrenti semplificazioni*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2003, n. 1, pp. 44 e ss.

A. MARCHESELLI, *L'espulsione dallo Stato come regime alternativo alla esecuzione della pena. Prime riflessioni applicative*, in www.diritto.it del 25 settembre 2002.

A. MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in www.diritto.it del 12 giugno 2003.

G. MAROTTA, *Detenuti stranieri in Italia: dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2, pp. 39 e ss.

M. NIRO, *L'espulsione come "sanzione alternativa alla detenzione": note critiche*, in www.diritto.it del 27 marzo 2003.

L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, pp. 58 e ss.

M. PAGGI, *Misure alternative alla detenzione. In quale maniera possono usufruirne i cittadini extracomunitari irregolari*, in www.meltingpot.org, del 13 dicembre 2005.

M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 1-2, pp. 207 e ss.

M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*, in www.altalex.com.

M. PAVONE, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in www.altalex.com dell'11 ottobre 2004.

M. PAVONE, *Le Sezioni Unite e l'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari*, in www.studiocataldi.it, del 5 maggio 2006 e in www.diritto.it del 18 maggio 2006.

L. PEPINO, *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione giustizia*,

1999, pp. 1 e ss.

C. PERROTTA, *Espulsione amministrativa alla detenzione e ... detenzione alternativa all'espulsione alla luce dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 226/2004*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 89 e ss.

C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 87 e ss.

C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 209 e ss.

A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 718 e ss.

E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 23 e ss.

S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, n. 1, pp. 182 e ss.

R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 3, pp. 101 e ss.

Giurisprudenza

Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio 1994, n. 62, in *Cassazione penale*, 1994, n. 864, pp. 1469 e ss., e in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 350 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 14-28 luglio 1999 n. 369, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1999, n. 3, pp. 187 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 17 maggio 2001, n. 146, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, n. 2, pp. 462 e ss.

Corte costituzionale, ordinanza 8-15 luglio 2004, n. 226, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, n. 4, pp. 2375 e ss., e in *Guida al diritto*, 31 luglio 2004, n. 30, pp. 90 e ss., con nota di O. FORLENZA, *Dall'inefficace valutazione a posteriori un'incontrollata privazione della libertà*, pp. 96 e ss.

Corte costituzionale, sentenza 5 marzo 2007 (dep. 16 marzo 2007), n. 78, in www.cortecostituzionale.it e in www.penale.it.

Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 1982, Schubeyr, in *Foro*

italiano, 1983, II, cc. 461-462.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 31 gennaio 1985 n. 315 (dep. 26 febbraio 1985), Ortiz, in *Rivista penale*, 1985, pp. 900-901.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 febbraio 1988 (dep. 2 marzo 1988), Virga, in *Cassazione penale*, 1989, n. 307, pp. 286-287.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 3 ottobre 1995 (dep. 24 ottobre 1995), n. 4752, Padilla Chaves, in *Rivista penale*, 1996, p. 646.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 29 gennaio 1997 (dep. 25 marzo 1997), n. 631, Vasta, in *Cassazione penale*, 1998, n. 1237, p. 2131.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 6 ottobre 1998 (dep. 14 dicembre 1998), n. 4802, Antonacci, in *Cassazione penale*, 2000, n. 855, p. 1421.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 26 ottobre 1999 (dep. 30 dicembre 1999), n. 5895, Ceruti, in *Rivista penale*, 2000, pp. 516-517.

Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 27 febbraio 2002 (dep. 13 marzo 2002), n. 5, Martola, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, n. 3, p. 101, con nota di R. TUCCI, *Riflessioni sulla natura dell'affidamento in prova ai servizi sociali a seguito di una recente sentenza delle Sezioni Unite*, pp. 101 e ss., e in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 10, pp. 1225 e ss., con nota di R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia. Il commento*, pp. 1230 e ss.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 20 maggio 2003 (dep. 17 luglio 2003), n. 30310, Calderon, in *Rivista penale*, 2003, pp. 697-698, e in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 1, pp. 185 e ss. La massima è riportata anche in *Rivista penale*, 2004, n. 7-8, pp. 717-718, con nota di A. ROIATI, *Sulla compatibilità tra la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, pp. 718 e ss.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 5 giugno 2003 (dep. 9 luglio 2003), n. 29097, Mema, in *Rivista penale*, 2004, p. 458.

Corte di cassazione, sez. I, 12 dicembre 2003 – 9 gennaio 2004, n. 518, Reda, in *C.E.D. Cass.*, n. 226.677, citata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, p. 150.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 7 maggio 2004 (dep. 15 luglio 2004), H. A., in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 10, p. 1218.

Corte di cassazione, sez. I, 22-30 settembre 2004 n. 38656, Romcevic, in *Guida al diritto*, 6 novembre 2004, n. 43, p. 66.

Corte di cassazione, sez. I, 26 novembre 2004, n. 46085, Hadir, in *C.E.D. Cass.*, n. 230191, riportata da M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, p. 1282.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 14 dicembre 2004 (dep. 17 gen-

naio 2005), n. 782, S.A., riportata da G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 56.

Corte di cassazione, sez. I, 17 gennaio 2005, Sheqia, in C.E.D. Cass., n. 230586, riportata da M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Rivista penale*, 2005, n. 12, p. 1282.

Corte di cassazione, sez. I, 10 giugno 2005, n. 22161, Ben Dhafer Sami, in *Gli Stranieri*, 2005, n. 3, pp. 252 e ss., in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2005, n. 3, p. 191, e in www.altalex.com, con nota di M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*. La massima della sentenza è riportata anche in *Guida al diritto*, 16 luglio 2005, n. 28, p. 91.

Corte di cassazione, sez. I, 13-31 ottobre 2005, n. 39781, Iselaci, in C.E.D. Cass., n. 232514, riportata da L. DEGL'INNOCENTI, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Rivista di polizia*, 2006, n. 2-3, pp. 150-151.

Corte di cassazione, sez. I, ud. 18 ottobre 2005 (dep. 23 novembre 2005), n. 42234, Tafa, in *Corte Suprema di Cassazione – Massimario delle decisioni penali*, marzo 2006, cc. 22-23, mass. 232.741.

Corte di cassazione, sez. I, ordinanza 26 ottobre – 5 dicembre 2005, in *Questione giustizia*, 2006, n. 1, pp. 215 e ss., con nota di C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, pp. 209 e ss.

Corte di cassazione, Sezioni unite, ud. 28 marzo 2006 n. 7458 (dep. 27 aprile 2006), n. 14500, Alloussi, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006, n. 2, pp. 180 e ss., con scheda di C. RENOLDI, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, n. 1, pp. 181-182, con nota di S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle Sezioni Unite*, pp. 182 e ss. e alla pagina web www.stranieriinitalia.it.

Tribunale di Sassari, ordinanza 26 aprile 2004, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2004, n. 4, pp. 181 e ss.

Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 15 luglio 2003, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 521.

Tribunale di sorveglianza di Sassari, ordinanza 24 febbraio 2005, in www.alef-fvg.it.