

**MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE
E STATUS DI STRANIERO IRREGOLARE
AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE**

STEFANO TOVANI*

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sent. n. 14500,
28 marzo 2006 - 27 aprile 2006, Pres. Marvulli,
Rel. Canzio, Ric. P.G. in proc. Aloussi**

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.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 17/2/2005, il Tribunale di sorveglianza di Sassari applicava ad A. R., condannato per i reati di detenzione di banconote e marche da bollo falsificate e detenuto in carcere in esecuzione della pena di anni due di reclusione, la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, ritenendo sussistenti le condizioni prescritte dall'art. 47 ord. penit.

Rilevava il Tribunale, alla luce della documentazione prodotta, della nota informativa della Questura di Milano e delle relazioni del competente GOT, che l'A., a carico del quale non risultavano carichi pendenti e che aveva espiato parte della pena, aveva tenuto in carcere una condotta regolare, svolgendo con impegno le mansioni di stalliere e di pastore e dimostrando una seria volontà di reinserimento anche in occasione della fruizione di permessi premio, poteva contare su un gruppo familiare coeso e aveva l'opportunità di andare a vivere a Milano presso l'abitazione della cognata e di svolgere attività lavorativa in una pizzeria, il cui ambiente offriva garanzie di serietà. Di talché, l'affidamento in prova, atteso il positivo percorso compiuto dal condannato, appariva misura idonea a favorirne il reinserimento sociale e ad evitare il pericolo di commissione di altri reati.

* Università degli Studi di Pisa

Il Procuratore Generale presso la sezione distaccata di Corte d'appello di Sassari proponeva ricorso per cassazione, denunciando l'erronea applicazione dell'art. 47 ord. penit., sull'assunto della inapplicabilità allo straniero extracomunitario irregolare (come l'A), siccome privo di permesso di soggiorno, delle misure alternative alla detenzione, "attesa la radicale incompatibilità delle modalità esecutive di dette misure con le norme che regolano l'ingresso, il soggiorno o l'allontanamento dal territorio dello Stato delle persone appartenenti a Paesi estranei all'Unione Europea".

Il difensore dell'Alloussi replicava con memoria difensiva e chiedeva il rigetto del ricorso, sostenendo che l'interpretazione accolta nell'ordinanza impugnata risultava conforme ad una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario in materia di misure alternative.

La Prima Sezione penale, rilevato che, con riguardo al tema della ammissibilità dello straniero extracomunitario, privo di permesso di soggiorno, alla espiazione della pena nelle forme delle misure alternative alla detenzione, si registrava un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità, ha rimesso con ordinanza del 26 ottobre 2005 la decisione del ricorso alle Sezioni Unite.

Con decreto del 22 dicembre 2005 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza in camera di consiglio.

CONSIDERATO IN DIRITTO

2. Le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere la questione "se, in tema di esecuzione della pena, le misure alternative alla detenzione (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale) possano essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno": questione sulla quale si registrano nella più recente giurisprudenza di legittimità linee interpretative nettamente divergenti, in ordine ai rapporti fra le norme dell'ordinamento penitenziario, che regolano la materia delle misure alternative alla detenzione (l. n. 354 del 1975 e succ. modif., artt. 47 e segg.), e quelle del testo unico sull'immigrazione, che disciplinano il fenomeno dell'espulsione dello straniero extracomunitario il quale si trovi nel territorio dello Stato italiano in situazione di clandestinità o di irregolarità e sia stato penalmente condannato (d.lgs. n. 286 del 1998, modif. prima dalla l. n. 189 del 2002 e poi dal d.l. n. 241 del 2004, conv. in l. n. 271 del 2004, artt. 13, 14, 15 e 16).

Secondo un primo indirizzo (Cass., Sez. I, 20/5/2003, Calderon, rv. 226134; Sez. I, 5/6/2003, Mema, rv. 225219; Sez. I, 11/11/2004, P.G. in

proc. Hadir, rv. 230191; Sez. I, 22/12/2004, P.G. in proc. Raufu Emiola Orolu), la condizione di clandestinità o di irregolarità dello straniero extracomunitario è, di per sé, preclusiva all'applicazione di misure alternative alla detenzione, perché, nel rigore della normativa dettata dal vigente testo unico sull'immigrazione, è oggettivamente impossibile instaurare l'interazione tra il condannato e il servizio sociale a causa dell'illegale permanenza nel territorio dello Stato, né può ammettersi che l'esecuzione della pena abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'elusione delle regole che configurano detta illegalità.

L'opposto orientamento sostiene, invece, che la condizione dello straniero clandestino o irregolare, pur se soggetto ad espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena, non è di per sé ostativa alla concessione di misure extramurarie.

Tale linea interpretativa, dapprima affermata in riferimento alla semilibertà (Cass., Sez. I, 14/12/2004, P.G. in proc. Sheqja, rv. 230586), è stata ripresa e sviluppata, con dovizia e perspicuità di argomentazioni, da una successiva sentenza riguardante l'affidamento in prova al servizio sociale (Cass., Sez. I, 18/5/2005, Ben Dhafer Sami, rv. 232104), cui hanno poi aderito altre decisioni della stessa Sezione (Sez. I, 18/10/2005, P.G. in proc. Tafa; Sez. I, 25/10/2005, P.G. in proc. Chafaoui; Sez. I, 24/11/2005, P.G. in proc. Metalla).

Premesso che quest'ultima misura, giusta le ripetute affermazioni del Giudice delle leggi e di quello di legittimità (v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 27/2/2002, Martola), costituisce "una misura restrittiva di esecuzione penale", "una pena essa stessa, alternativa alla detenzione o se si vuole una modalità di esecuzione della pena", e che le relative prescrizioni hanno "carattere sanzionatorio-afflittivo", al pari di ogni conseguenza restrittiva discendente da una condanna penale, le Sezioni Unite ritengono di condividere la ratio decidendi del secondo dei richiamati indirizzi giurisprudenziali per le seguenti considerazioni di ordine logico e sistematico, recepite anche dal Procuratore Generale presso questa Corte nella sua requisitoria scritta.

3. Va sottolineato anzitutto che l'ordinamento penitenziario non opera alcuna discriminazione del relativo trattamento sulla base della liceità, o non, della presenza del soggetto nel territorio dello Stato italiano, e non contiene alcun divieto, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative alla detenzione a favore del condannato straniero che sia entrato o si tratti illegalmente in Italia.

In linea di principio, considerati i preminenti valori costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, comma 3, Cost.), che costituiscono la chiave di lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative

e di cui sono lineare espressione anche gli artt. 1 e 13 del medesimo ordinamento sulle modalità del trattamento, l'applicazione di dette misure non può essere esclusa, a priori, nei confronti dei condannati stranieri, che versino in condizione di clandestinità o di irregolarità e siano perciò potenzialmente soggetti ad espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena.

E a tali coordinate interpretative si è costantemente uniformata la risalente giurisprudenza di legittimità, allorché ha stabilito che le misure alternative alla detenzione in carcere, per la finalità rieducativa e risocializzatrice che ad esse è propria, devono essere applicate nei confronti di tutti coloro che si trovano ad espiare pene inflitte dal giudice italiano in istituti italiani, senza differenziazione di nazionalità, non esistendo alcuna incompatibilità tra l'espulsione da eseguire a pena espiata e le varie opportunità trattamentali che l'ordinamento offre, dirette a favorire il reinserimento del condannato nella società, posto che, in un'ottica transnazionale, "la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici, ma va rapportata alla collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale" (Cass., Sez. I, 5/5/1982, Schubeyr, rv. 154508; Sez. I, 31/1/1985, Ortiz, rv. 168034; Sez. I, 13/12/1993, Mirbaki, rv. 196251; Sez. I, 3/10/1995, Padilla Chavez, rv. 202621).

In definitiva, anche con particolare riguardo alle misure più ampie dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà, il giudizio prognostico richiesto per la loro applicazione, attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, non può considerarsi precluso sulla base di una sorta di presunzione assoluta di inidoneità delle stesse per un'intera categoria di persone, gli stranieri extracomunitari presenti illegalmente in Italia. Tenuto conto dell'effettiva e ampia portata precettiva della funzione rieducativa della pena, la concedibilità, o non, delle misure alternative alla detenzione in carcere non può essere formulata alla stregua di astratte premesse, bensì postula la valutazione, in concreto, delle specifiche condizioni che connotano la posizione individuale dei singoli condannati e delle diverse opportunità offerte da ciascuna misura secondo il criterio della progressività trattamentale.

La tesi di una generalizzata e inderogabile operatività del divieto di applicazione delle misure alternative, muovendo dall'apodittica premessa che la situazione di clandestinità o di irregolarità dello straniero condannato rimanga comunque insanabile per tutto il periodo di permanenza in Italia e che l'unica condizione ammissibile sia quella della detenzione in carcere, contrasta, peraltro, con la consolidata prassi amministrativa, per la quale anche lo straniero condannato, privo di permesso di soggiorno, può essere ammesso alle misure alternative (v. le circolari Min. lavoro, 15/3/1993 n. 27 - richiamata dalla nota 11/1/2001 -; Min. giustizia, 23/

3/1993 n. 691858, 16/3/1999 n. 547899 e 12/4/1999 n. 547671; Min. interno, 2/12/2000 n. 300 e 4/9/2001 n. 300/01). E ciò sull'assunto che è proprio il provvedimento giurisdizionale del Tribunale di sorveglianza, che determina le forme alternative di espiatione della pena, a costituire *ex lege* il "titolo" idoneo a sospendere l'esecuzione dell'espulsione amministrativa e a legittimare la permanenza dello straniero sul territorio nazionale, nonché l'eventuale svolgimento di un'attività lavorativa per il periodo indicato nel medesimo provvedimento, anche con modalità sostanzialmente derogatorie alla restrittiva disciplina dettata per tali soggetti in materia di accesso al lavoro.

Le precedenti riflessioni sembrano dunque convergere univocamente nel senso che nel vigente ordinamento non esiste una sorta di regime penitenziario "speciale" che, restando impermeabile ai principi costituzionali di uguaglianza e di finalità rieducativa della pena, comporti il divieto di applicazione delle misure alternative alla detenzione in carcere nei confronti degli stranieri extracomunitari condannati, i quali, versando in condizione di clandestinità o di irregolarità, siano soggetti ad espulsione dal territorio dello Stato a pena espiata.

4. E però, secondo l'opposto e più restrittivo orientamento giurisprudenziale, la "ontologica incompatibilità" tra misure alternative extramurarie ed esecuzione della pena per lo straniero troverebbe conferma nei dati emergenti da alcune, rilevanti, novità normative sopravvenute, che avrebbero modificato l'originaria trama argomentativa.

In particolare, la disposizione dell'art. 16, comma 5 prima parte, d.lgs. n. 286 del 1998, inserita dall'art. 15 l. n. 189 del 2002, prescrive che "Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13 comma 2 [clandestino, irregolare o pericoloso, e perciò soggetto ad espulsione prefettizia], che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione". Precisa poi il comma 8 del medesimo art. 16 che dall'esecuzione dell'espulsione consegue l'estinzione della pena alla scadenza del termine di dieci anni, sempre che lo straniero non sia nelle more illegittimamente rientrato nel territorio dello Stato, poiché in tal caso "lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena": viene così a configurarsi una causa di sospensione, risolutivamente condizionata, della esecuzione della pena detentiva (cfr. C. cost., n. 62 del 1994, circa la previgente figura dell'espulsione dello straniero definitivamente condannato, ex art. 7, commi 12-bis e segg. d.l. n. 416/89, conv. in l. n. 39/90, modif. dall'art. 8, comma 1, d.l. n. 187/93, conv. in l. n. 296/93).

La norma dell'art. 16, comma 5 d.lgs. n. 286 del 1998 va letta insieme a quella dell'art. 3 della legge n. 207 del 2003 (il cosiddetto "indultino"), la

quale preclude, a sua volta, l'applicazione della sospensione condizionata dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva, nel limite massimo di due anni, nei confronti dello straniero condannato che abbia scontato almeno la metà della pena e si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998: preclusione, questa, che appare giustificata con la considerazione che egli è soggetto ad espulsione, in conformità a quanto disposto dalla prima delle citate disposizioni normative.

In relazione all'espiazione di pene detentive brevi – si sostiene conclusivamente da parte del richiamato indirizzo giurisprudenziale – sarebbe dunque prevista per lo straniero clandestino o irregolare, come esclusiva “sanzione alternativa alla detenzione”, la specifica, obbligatoria e officiosa misura della “espulsione”, la quale, acquisite, occorrendo, le informazioni di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero, è disposta, senza formalità, dal Magistrato di sorveglianza con decreto motivato e comporta, in presenza di determinati presupposti formali, l'allontanamento coattivo e automatico dal territorio dello Stato, nei limiti e con le garanzie stabiliti dal quinto e dai successivi commi della novellata disposizione dell'art. 16 d.lgs. n. 286 del 1998. Viene così esplicitamente negata, in radice, ogni possibile alternativa extramuraria rispetto al binomio carcere - espulsione.

5. Ritiene il Collegio che l'argomento critico, pur enfatizzato dall'obiettiva complementarità, anche teleologica, tra le “speciali” disposizioni dell'art. 16, comma 5 d.lgs. n. 286 del 1998 e dell'art. 3 l. n. 207 del 2003 (la *ratio legis* dell'espulsione appare in entrambi i casi ispirata, oltre che all'intento di allontanare dal territorio dello Stato gli stranieri clandestini o irregolari, alla più generale finalità di deflazione carceraria, ritenendosi il sovraffollamento della relativa popolazione di per sé scarsamente compatibile con un efficace perseguimento della funzione rieducativa della pena), non coglie tuttavia nel segno.

Occorre premettere, in ordine all'istituto dell'espulsione a titolo di “sanzione alternativa”, che la Corte costituzionale, con ordinanza n. 226 del 2004, nello scrutinarne positivamente la legittimità costituzionale, dopo avere richiamato la precedente ordinanza n. 369 del 1999 riguardante la figura affine dell'espulsione a titolo di “sanzione sostitutiva”, di cui al comma 1 del citato art. 16, l'ha disancorata dalle garanzie stabilite per la pena sul terreno sostanziale e processuale, rilevando che essa, pur se disposta dal Magistrato di sorveglianza, si configura come misura “di carattere amministrativo”, subordinata alla condizione che lo straniero si trovi in taluna delle situazioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione disciplinata dall'art. 13 e assistita dalle garanzie assicurate per questa, “alla quale si dovrebbe comunque e certamente dare corso al

termine dell'esecuzione della pena detentiva [ai sensi dell'art. 15, comma 1-bis d.lgs. n. 286 del 1998, ins. dall'art. 14 l. n. 189 del 2002], cosicché, nella sostanza, viene solo ad essere anticipato un provvedimento di cui già sussistono le condizioni".

Ciò posto, va sottolineato come siffatto tipo di espulsione non presenta affatto quei caratteri generalizzanti ed esclusivi (perciò preclusivi delle misure penitenziarie alternative alla detenzione in carcere), che ad essa intende attribuire la più restrittiva linea interpretativa, atteso che già dalla formulazione letterale del comma 5 del citato art. 16 si desume l'inoperatività dell'istituto per una larga fascia di situazioni di fatto.

La "sanzione alternativa" non può essere disposta, infatti, nei confronti dello straniero in regime di esecuzione penale, che non sia "identificato", né "detenuto", o debba scontare una pena detentiva, anche residua, superiore a due anni (art. 16, comma 5, primo periodo), ovvero sia stato condannato per "uno o più delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p." e per "delitti previsti dal presente testo unico" (secondo periodo). Occorre aggiungere che l'applicabilità della sanzione, oltre ad essere generalmente esclusa nei casi di divieto di espulsione per le ragioni *lato sensu* umanitarie indicate dall'art. 19 (art. 16, comma 9), ben potrebbe essere altresì paralizzata, di fatto, da particolari circostanze che ne impediscano la concreta esecuzione.

Di talché, per queste categorie di soggetti deve convenirsi che, non essendo consentito di anticipare l'espulsione amministrativa in deroga al principio di indefettibilità della pena, né rinvenendosi alcun divieto di accesso alle misure alternative alla detenzione in carcere – sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario –, è proprio l'esecuzione penale, anche nelle forme alternative al regime carcerario, a costituire il "titolo" che ne legittima la permanenza nel territorio dello Stato.

D'altra parte, poiché non assumono lo status di "detenuto" in senso stretto sia lo straniero, condannato e "in stato di libertà", nei cui confronti il pubblico ministero deve sospendere l'esecuzione della pena qualora versi nella situazione prevista dall'art. 656 comma 5 c.p.p., finalizzata appunto all'applicazione di una misura alternativa alla detenzione in carcere, sia lo straniero condannato e già in espiazione della pena "in regime extramurario", ne deriva che neppure nei confronti di questi soggetti, per i quali non è certamente invocabile la finalità deflativa del carico penitenziario, può essere disposta la sanzione alternativa dell'espulsione.

Dall'analisi logico-sistematica e da una lettura costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria e di quella in materia di immigrazione sembra dunque lecito desumere che, laddove il Tribunale di sorveglianza abbia accertato rigorosamente l'oggettiva sussistenza

dei presupposti stabiliti per la concessione, a favore dello straniero condannato che ne abbia fatto richiesta e che ne sia "meritevole", di una delle misure alternative alla detenzione in carcere previste dagli artt. 47 e segg. ord. penit., è destinata a dispiegarsi nella sua pienezza ed effettività, per il rilievo costituzionale che rivestono, la forza precettiva dei principi in materia di pari dignità della persona umana e di funzione rieducativa della pena.

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.

A conclusione delle suesposte considerazioni va, pertanto, enunciato il seguente principio di diritto in ordine al quesito interpretativo sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite: "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".

E, poiché occorre riconoscere che, da un lato, la *ratio decidendi* dell'ordinanza impugnata risulta del tutto coerente con il principio di diritto suindicato e, dall'altro, non è contestato neanche dal ricorrente Procuratore Generale che, in ordine all'ammissione dello straniero all'affidamento in prova al servizio sociale, il giudizio prognostico positivo sia sorretto, nel caso in esame, da idonea giustificazione, essendo stati oggetto di attenta e puntuale valutazione fattuale da parte del Tribunale di sorveglianza sia l'ineccepibile percorso rieducativo del condannato in regime inframurario che le documentate opportunità di lavoro esterno, il ricorso deve essere rigettato,

PER QUESTI MOTIVI

La Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso.

* * *

1. Con la sentenza in commento le Sezioni Unite hanno offerto una prima soluzione al contrasto giurisprudenziale sorto in seno

alla sezione prima della Suprema Corte, relativo alla compatibilità (in astratto) tra la condizione dello straniero irregolare e la concessione a questi di una misura alternativa alla detenzione.

La questione è complessa, non soltanto per le delicate questioni teoriche ad essa sottese, ma anche per le significative conseguenze pratiche derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra opzione interpretativa.

È noto, infatti, che la popolazione penitenziaria è composta in gran parte da stranieri extracomunitari (18.801 su un totale di 59.523 detenuti, ovvero il 31,58%, secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia, aggiornati al 31 dicembre 2005)⁽¹⁾. Di questi, la maggior parte è costituita da irregolari, per lo più condannati a pene detentive brevi o medio-brevi. Soggetti, quindi, che si pongono come utenti potenziali delle misure *de quibus*; per tutte queste persone e per la stessa amministrazione penitenziaria – chiamata al gravoso compito di gestire istituti tra i più affollati in Europa – la scelta tra l'uno e l'altro orientamento non potrà non avere conseguenze assai significative ⁽²⁾.

Da un punto di vista teorico, la questione riguarda non solo – e non tanto – lo status di cittadino straniero non regolare, quanto piuttosto il rapporto tra questo status, l'espulsione dello straniero condannato e la conseguente possibilità o impossibilità per questi di essere destinatario di misure diverse dall'espulsione.

Senza voler anticipare la “motivazione” rispetto al “dispositivo”, la questione pare essere stata mal impostata in giurisprudenza sin dalle prime pronunce, costringendo l'interprete ad un generalizzato *aut-aut* tra l'incondizionata compatibilità e l'ontologica incompatibilità dello straniero irregolare con tutte le misure alternative alla detenzione⁽³⁾.

Così operando si è preteso di offrire una risposta unica e generalizzata ad una questione giuridica che ben poco ha di

⁽¹⁾ È interessante osservare che ai 18.801 extracomunitari si aggiungono soltanto 1.035 cittadini appartenenti ai 25 Stati che compongono l'Unione Europea. Cfr. su www.giustizia.it e CIAPPI S., *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere* in corso di pubblicazione su *Quaderni di sociologia* n. 1/2006.

⁽²⁾ Per un quadro sulla situazione europea cfr. SARZOTTI C., *La pena detentiva in Europa: i numeri e le politiche penitenziarie*, in SARZOTTI C.-MOSCONI G., *Antigone in carcere* (a cura di), Roma, 2004, pp. 40 ss.

⁽³⁾ Si fa qui riferimento alla nozione “ampia” di misure alternative alla detenzione, includendovi anche quelle particolari modalità esecutive della pena – come la semilibertà e la detenzione domiciliare – che costituiscono «strumenti di diversificazione non alternativa dell'esecuzione delle sanzioni penali». Così: CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2002, p. 234 ss.; cfr. anche DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2005, pp. 97 ss. e 141 ss.

ontologico, dipendendo in gran parte dal complesso rapporto intercorrente tra il novellato testo unico sull'immigrazione e la legge di ordinamento penitenziario.

Quanto scritto sarà meglio evidenziato una volta passate in rassegna le motivazioni poste a fondamento dei due orientamenti in conflitto che hanno determinato l'intervento delle Sezioni Unite, iniziando dall'orientamento restrittivo.

2. «L'affidamento in prova al servizio sociale e, in genere, tutte le misure extramurarie alternative alla detenzione, non possono essere applicate allo straniero extracomunitario che si trovi in Italia in condizione di clandestinità, atteso che tale condizione rende illegale la sua permanenza nel territorio dello Stato e che non può 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⁽⁴⁾».

Con queste, lapidarie, parole, la Suprema Corte ha fornito negativa risposta al quesito *de quo*: lo status di irregolare è «oggettivamente ostativo» alla concessione di una misura extramuraria per la «radicale incompatibilità» tra l'esecuzione delle stesse e la condizione dello straniero clandestino. Prova di ciò sarebbe la previsione dell'art. 16 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – come modificato dall'art 15 della legge 30 luglio 2002, n. 189 (cd. legge Bossi-Fini)⁽⁵⁾ –; tale norma prevederebbe infatti l'espulsione «come unica sanzione sostitutiva alla detenzione, cioè una misura che comporta l'allontanamento coattivo del condannato (...), escludendo la sua permanenza nel territorio nazionale».

Il percorso motivazionale seguito dai giudici del Supremo Collegio è semplice ed essenziale. Esso poggia, infatti, su di un argomento apparentemente insuperabile: coloro che si trovano sul territorio italiano senza avere alcun titolo autorizzativo, non possono essere a ciò legittimati dalla decisione del Tribunale di sorveglianza con la quale si conceda loro una misura alternativa *extramoenia*, posto che l'unica "misura" applicabile allo straniero irregolare è quella dell'espulsione, prevista dall'art. 16 del citato

⁽⁴⁾Cfr. Cass., sez. I, 20 maggio 2003 – 17 luglio 2003, n. 30130, Pres. Fazzioli, Rel. Riggio, PG in proc. Calderon

⁽⁵⁾Il Testo Unico sull'immigrazione è stato poi ulteriormente modificato ad opera del d.l. 14 settembre 2004, n. 241 convertito con modificazioni in L. 12 novembre 2004, n. 271; per un commento relativo a questa novella legislativa cfr. GIORIS B., *sub art. 1*; GAGLIARDI B., *sub art. 1 bis, 1 quater, 1 quinquies*; CALLAIOLI A., *sub art. 1 ter in Legislazione Penale* n. 1/2005, pp. 32 ss; 54 ss; 59 ss.

⁽⁶⁾È necessario premettere che, nonostante la singolare scelta legislativa di

testo unico⁽⁶⁾.

Da questa argomentazione *tranchant*, consegue che nessun obbligo rieducativo possa gravare sull'amministrazione penitenziaria nazionale, atteso che, indipendentemente dall'esito della prova, lo straniero irregolare dovrà comunque essere espulso al termine dell'esecuzione⁽⁷⁾.

Dello stesso avviso è un'altra sentenza della sezione prima – argomentata dallo stesso relatore – la quale ha statuito che «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» essendo la loro concessione subordinata alle condizioni previste dalla legge⁽⁸⁾. In questa pronuncia la Corte ha puntualizzato che «è immanente nell'ordinamento il limite ... riferibile alla legalità estrinseca di un provvedimento giurisdizionale, cioè all'assenza di contrasto con norme imperative». A tale limite, secondo la Corte, deve essere rapportato il principio di inderogabilità della condanna «posto che è indubitabilmente *contra legem* la permanenza nello stato di uno straniero che, come nella specie [...] non ha avuto rinnovato il permesso di soggiorno».

In altre parole, dalla obiettiva illegalità della permanenza sul territorio dello stato dello straniero irregolare deriverebbe la fisiologica illegalità di ogni provvedimento autorizzativo. Conseguenza di questa impostazione sarebbe – a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 al richiamato testo unico sull'immigrazione – la ontologica incompatibilità di questa categoria di soggetti con ogni misura alternativa alla detenzione⁽⁹⁾.

A conferma di tale orientamento politico-legislativo, la pronuncia

denominare detto tipo di espulsione come "misura alternativa alla detenzione", essa costituisce pacificamente un provvedimento di carattere amministrativo, come ritenuto sia in dottrina (per un quadro di sintesi cfr. DEGL'INNOCENTI L., *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione* in *Rivista di polizia*, 2006, pp. 142 ss.) sia in giurisprudenza (cfr. Corte Costituzionale, ord. 8 luglio 2004 – 15 luglio 2004, n. 226 in *Giurisprudenza Costituzionale* n. 2/2005, pp. 2375 ss., che richiama l'ordinanza 14 luglio 1999 – 28 luglio 1999, n. 369 in *Giurisprudenza Costituzionale* n. 4/1999, pp. 2827 ss.).

⁽⁷⁾Ciò ai sensi dell'art. 15, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, inserito dall'art. 14 comma 1 lett. a) della legge 189/2002.

⁽⁸⁾Cfr. Cass., sez. 1, 22 dicembre 2004 – 3 febbraio 2005, n. 3950, Pres. Fabbri, Rel. Riggio, PG in proc. R. E. O., ricorrente.

⁽⁹⁾Ad esclusione della liberazione anticipata.

cita l'art. 3 della legge 1 agosto 2003, n. 207 (cd. "indultino"), il quale preclude l'applicazione della sospensione condizionale dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva, nel limite massimo di due anni, nei confronti dello straniero condannato che abbia scontato almeno la metà della pena e si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286 del 1998.

Ad avviso di questa interpretazione giurisprudenziale le novelle legislative citate muterebbero radicalmente lo *status* dello straniero irregolare al quale, in caso di condanna, si renderebbero inapplicabili le misure alternative alla detenzione previste dalla normativa penitenziaria.

Inapplicabilità che assumerebbe carattere "ontologico", conducendo il Supremo Collegio alla conclusione secondo la quale «in assenza di un valido ed efficace permesso di soggiorno, la permanenza nello Stato dello straniero non può trovare titolo nell'affidamento in prova al servizio sociale, la cui applicazione comporterebbe una deroga, non prevista da alcuna norma del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e, anzi, in contrasto con le disposizioni dell'art. 13, che disciplinano, limitandone l'astensione e gli effetti, i casi di interferenza dei provvedimenti giurisdizionali sulla posizione dello straniero illegalmente presente nel territorio»⁽¹⁰⁾.

3. Per quanto concerne l'opposto orientamento, significativo rilievo assume la sentenza n. 22161/2005⁽¹¹⁾; questa pronuncia, richiamando criticamente la n. 30130/2003, afferma che essa «muove dalle errate premesse che la condizione di clandestinità rimanga comunque insanabile per tutto il periodo di permanenza in Italia e che l'unica condizione possibile per lo straniero sia quella della detenzione in carcere». Premessa ritenuta «certamente

⁽¹⁰⁾ In altra pronuncia la stessa Sezione Prima – Cass., sez. 1, 14 dicembre 2004 – 17 gennaio 2005, n. 782, Pres. Sossi, Rel. Chieffi, PG in c. S.A., ricorrente – era giunta a diversa conclusione, stabilendo che «in tema di misure alternative alla detenzione, la condizione di straniero privo di 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) ed 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». Quest'ultima posizione giurisprudenziale appare decisamente non condivisibile, quanto meno dal punto di vista sistematico: affermare infatti che la semilibertà è concedibile sol perché lo spazio di libertà concesso al condannato è "molto ridotto" significa ricondurre la questione ad un livello "basso", quantitativo, pragmatico, legato cioè alla maggiore o minore "governabilità" di un condannato irregolare. Valutazioni, queste, che prescindono dalla compatibilità o incompatibilità della condizione dello straniero "irregolare" con dette misure.

⁽¹¹⁾ Cass., Sez. I, 18 maggio – 8 giugno 2005, n. 22161, Pres. Mocali, Rel.: Silvestri, Ricorrente: B. D. S.

inaccettabile», poiché «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».

Il Supremo Collegio giunge a tale conclusione richiamando la consolidata prassi amministrativa che riconosce allo straniero irregolare il diritto di essere ammesso alle misure alternative.

In particolare, con riferimento a detta prassi, viene richiamata la circolare 15 marzo 1993, n. 27 del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale con la quale si precisa che i cittadini stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno «sono tassativamente obbligati in forza di una decisione giurisdizionale a permanere sul territorio italiano ed a svolgere attività lavorativa in alternativa alla pena detentiva ...»; detto principio è stato confermato, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 286/98, dalle circolari del Ministero della Giustizia del 16 marzo 1999, n. 547899, e del Ministero dell'Interno del 2 dicembre 2000, n. 300: in quest'ultima si legge che «riguardo alla posizione di soggiorno dei cittadini stranieri detenuti ammessi alle misure alternative previste dalla legge, quali la possibilità di svolgere attività lavorativa all'esterno del carcere, si rappresenta che la normativa vigente non prevede il rilascio di un permesso di soggiorno *ad hoc* per detti soggetti. In queste circostanze non si reputa possibile rilasciare un permesso di soggiorno per motivi di giustizia né ad altro titolo, ben potendo l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza costituire *ex se* un'autorizzazione a permanere nel territorio nazionale ... la possibilità per gli stranieri di cui trattasi, di svolgere attività di lavoro all'esterno del carcere è stata disciplinata dalla circolare 15 marzo 1993, n. 27 del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale – ripresa dalla circolare del D.A.P. del 23 marzo 1993, trasmessa alle questure con circolare del Ministero dell'Interno del 2 marzo 1994, n. 8 – con la quale è stato chiarito che è sufficiente un apposito atto di avviamento al lavoro rilasciato dagli Uffici Provinciali del Lavoro, di validità limitata al tipo di attività lavorativa e a quel periodo indicato nel provvedimento giudiziario di ammissione al beneficio *de quo* ...». Ad ulteriore conferma di questo quadro regolamentare vi sono la circolare del 12 aprile 1999 (prot. 547671/10), la nota 11 gennaio 2001 della Direzione Regionale del Lavoro – Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale – nonché la circolare del Ministero dell'Interno 4 settembre 2001.

La pronuncia n. 22161/2005 prende il via da questa prassi per affermare che «... in materia di misure alternative deve essere senz'altro negata la possibilità di introdurre discriminazioni tra

cittadini (e stranieri muniti di permesso di soggiorno) e stranieri in condizione di clandestinità, 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 Costituzione»⁽¹²⁾.

Muovendo dalla premessa secondo la quale il titolo legittimante la presenza sul territorio dello straniero irregolare è la stessa espiazione della pena, questo secondo orientamento non ritiene sussistente alcun limite legale alla possibilità di concedere le misure alternative agli stranieri irregolari. Ciò perché, dal momento in cui inizia la fase esecutiva, la condizione di irregolarità risulterebbe come "sanata" dallo stesso titolo esecutivo.

Si osserva inoltre che la legge di ordinamento penitenziario «neppure dopo le modifiche introdotte dalla legge 189/2002, contiene alcun divieto, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative ai condannati stranieri che siano entrati illegalmente in Italia». Dalla mancanza di un espresso divieto la Corte deduce quindi la perfetta compatibilità tra la condizione di irregolare e la concessione delle misure alternative, a nulla rilavando che la logica della Bossi-Fini sembra stringere l'esecuzione dello straniero all'interno del binomio detenzione-espulsione.

Insanabile quindi il contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla sezione prima, tra chi sostiene che la modifica intervenuta con la legge 189/2002 renda ontologicamente illecita ogni forma di permanenza dello straniero irregolare sul territorio dello stato e chi afferma che una lettura costituzionalmente orientata della normativa vieti invece ogni forma di discriminazione in materia trattamentale.

⁽¹²⁾ Uno degli aspetti maggiormente significativi di questa pronuncia consiste proprio nell'aver considerato le misure alternative alla detenzione come un insieme di norme dettate a tutela della dignità della persona. Posto che non è questa la sede idonea per approfondire la validità di tale assunto, riteniamo di poter affermare che esso pare, a prima lettura, quanto meno azzardato. Qualificare infatti le misure alternative come strumenti posti a tutela della dignità della persona umana (e non "soltanto" strumenti finalizzati al reinserimento sociale del condannato) significa ritenerle istituti costituzionalmente irrinunciabili, con l'ovvia conseguenza il legislatore non potrebbe – ferma la finalità rieducativa della pena – costruire su basi diverse il diritto dell'esecuzione penale.

4. Interessante, anche se a tratti incerto e non del tutto condivisibile, è il percorso motivazionale seguito dalle Sezioni Unite⁽¹³⁾.

Dopo aver fissato la *quaestio juris*, la Corte passa in rassegna le due posizioni in conflitto ponendo bene in evidenza il vero *punctum pruriens* della controversia, ovvero sia l'interpretazione del rapporto intercorrente tra la legge di ordinamento penitenziario e il novellato testo unico sull'immigrazione. La pronuncia prende avvio dai principi ispiratori la legge di ordinamento penitenziario, in particolare dall'art. 1 comma 2⁽¹⁴⁾: naturale ed inevitabile conseguenza del principio di uguaglianza formale, questa disposizione diviene il punto di partenza dell'argomentazione della pronuncia in commento; argomentazione che si concluderà proprio con la considerazione secondo la quale non esiste nel nostro ordinamento una sorta di "doppio binario" trattamentale, stante l'assenza di norme che disciplinano diversamente il soggetto in esecuzione sulla base della legittimità o meno della presenza di questi nel territorio dello Stato.

Sul fondamento del divieto di discriminazione, la Suprema Corte fissa un punto cardine – ma anche un punto debole – della motivazione, affermando che non esiste, per l'ordinamento, «alcuna incompatibilità tra l'espulsione da eseguire a pena espiata e le varie opportunità trattamentali che l'ordinamento offre, dirette a favorire il reinserimento del condannato nella società»⁽¹⁵⁾.

L'affermata compatibilità implica che la scelta in merito alle misure alternative alla detenzione non possa essere formulata «alla stregua di astratte premesse», necessitando invece di valutazioni

⁽¹³⁾ La Prima Sezione penale della Corte di Cassazione, rilevato il contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità, ha rimesso con ordinanza del 26 ottobre 2005 – 5 dicembre 2005 la decisione del ricorso alle Sezioni Unite ex art. 618 c.p.p.; successivamente, con decreto del 22 dicembre 2005, il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite. Per il testo dell'ordinanza con un valido commento cfr. RENOLDI C., *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione in Questione Giustizia*, n. 1/2006, pp. 209 ss.

⁽¹⁴⁾ Tale disposizione, riprendendo i supremi principi affermati dagli artt. 2, 3 e 27 Cost., stabilisce che «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».

⁽¹⁵⁾ Nell'affermare ciò, la Corte richiama la meno recente giurisprudenza di legittimità, che già aveva offerto positiva risposta al quesito *de quo*, sulla base del principio di diritto per il quale «la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici, ma va rapportata alla collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione penale». Cfr. Cass., sez. I, 31.01.1985 – 26.02.1985, Ortiz, RV. 168034 in *Rivista penale*, p. 900; conf. Cass., sez. I, 05.05.1982 – 05.07.1982 in *Foro Italiano* 1983-II, p. 461; Cass., sez. I, 13.12.1993, Mirbaki, RV. 196251; Cass., sez. I, 03.10.1995, Padilla Chavez, RV. 202621.

che investono le «specifiche condizioni che connotano la posizione individuale dei singoli condannati».

A supporto di quanto qui sostenuto le Sezioni Unite – aderendo perfettamente alla pronuncia 22161/2005 – richiamano la «consolidata prassi amministrativa per la quale anche lo straniero condannato, privo di permesso di soggiorno, può essere ammesso alle misure alternative⁽¹⁶⁾ ...».

Ad avviso del Supremo Collegio, quindi, la permanenza dello straniero sul territorio nazionale diviene legittima in virtù del provvedimento del Tribunale di sorveglianza, che costituisce «il titolo idoneo a sospendere l'esecuzione dell'espulsione amministrativa ed a legittimare la permanenza dello straniero sul territorio nazionale».

Argomenti, questi, che valgono a respingere *in toto* le motivazioni poste a fondamento dell'orientamento restrittivo prima analizzato.

Passando a considerare criticamente le ragioni a sostegno dell'orientamento restrittivo, la Corte richiama le novelle legislative intervenute con la legge 189/2002 e con la legge 207/2003, ritenendole entrambe non decisive in considerazione del fatto che «già dalla formulazione letterale del comma 5 del citato art. 16 si desume l'inoperatività dell'istituto per una larga fascia di situazioni di fatto».

La Corte intende chiaramente riferirsi al fatto che l'espulsione cd. alternativa alla detenzione non può applicarsi a tutti gli stranieri irregolari, ma soltanto a coloro che si trovino in alcune, tassative, condizioni; in particolare occorre che il soggetto sia straniero, che si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 13 della legge 286/1998, che sia identificato, detenuto, che debba scontare una pena detentiva non superiore a due anni, e che non sia stato condannato per un reato previsto dall'art. 407 comma 2 lettera a) c.p.p. o previsto dallo stesso testo unico sull'immigrazione⁽¹⁷⁾.

L'assenza, in capo al soggetto straniero, anche di una sola delle condizioni indicate comporta l'inoperatività della misura in questione.

Dalla provata «non generalizzabilità» della misura dell'espulsione

⁽¹⁶⁾ In particolare, la Corte indica la circolare n. 27 del 15.03.1993 del Ministero del Lavoro; la nota del Ministero del Lavoro del 11.01.2001; le circolari del Ministero della Giustizia 23.03.1993 n. 691858, 16.03.1999 n. 547899 e 12.04.1999 n. 547671; le circolari del Ministero dell'Interno: 02.12.2000 n. 300 e 04.09.2001 n. 300/01.

⁽¹⁷⁾ Lo straniero non deve poi trovarsi in una delle condizioni ostative all'espulsione indicate dall'art. 19 del testo unico sull'immigrazione, come richiamato dallo stesso art. 16 comma 9.

ex art. 16 comma 5 del testo unico, la Corte inferisce la debolezza dell'argomento critico che poggia su questa misura, sostenendo che «dall'analisi logico-sistematica e da una lettura costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria e di quella in materia di immigrazione» può desumersi l'applicabilità agli stranieri irregolari delle misure alternative al carcere «per il rilievo costituzionale che rivestono, la forza precettiva dei principi in materia di pari dignità della persona umana e di funzione rieducativa della pena».

Il passaggio oscuro, che precede la conclusione della motivazione, è quello nel quale la Corte afferma che «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».

Periodo che lascia del tutto impregiudicati i rapporti tra la misura dell'espulsione a titolo di sanzione alternativa – ex art. 16 comma 5 del testo unico – e le misure alternative alla detenzione, lasciando spazio ad ogni possibile interpretazione, che ci lascia immaginare nuovi, inevitabili, contrasti giurisprudenziali⁽¹⁸⁾.

Da tali, incerte, premesse le Sezioni Unite concludono affermando 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».

5. Questa, in sintesi, la discutibile motivazione delle Sezioni Unite.

Discutibile perché la Suprema Corte non pare aver

⁽¹⁸⁾ In particolare, l'affermare che l'espulsione ex art. 16 comma 5 è rimessa alle determinazioni del magistrato di sorveglianza lascia immaginare che la Corte la concepisca come una misura facoltativa, laddove l'utilizzo del verbo "è disposta" farebbe immaginare il contrario.

adeguatamente considerato la sentenza 30130/2003, aderendo in maniera non sufficientemente critica all'interpretazione sostenuta dalla sentenza 22161/2005, della quale riprende in modo evidente i contenuti, ereditandone conseguentemente i limiti.

Appare infatti pacifico che dal principio di non discriminazione, sancito dall'art. 1 comma 2 della legge di ordinamento penitenziario, non discenda automaticamente il divieto per il legislatore di disciplinare alcune materie, tra le quali l'immigrazione, attraverso norme speciali e maggiormente restrittive, quali sono l'art. 16 del testo unico sull'immigrazione e l'art. 3 della legge 207/2003.

Né può sostenersi, come sembra affermare la pronuncia in commento, che tali norme non costituiscano un ostacolo alla concessione delle misure alternative agli stranieri irregolari solo perché esse non operino in ogni caso e nei confronti di tutti gli stranieri irregolari: il fatto che non operino "sempre" non è né può essere un valido argomento per sostenere che non operino mai.

Come accennato in premessa, le pronunce che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale si fondano, a nostro avviso, su alcuni errori sistematici. Da un lato, quello di considerare le misure alternative al carcere come un *unicum* rispetto al quale unica deve essere la condizione dello straniero irregolare nella fase esecutiva della pena; dall'altro quello di stimare eccessivamente il valore sistematico del novellato art. 16 del testo unico, ritenuto una sorta di implicito divieto alla concessione delle misure alternative.

Detti limiti – non superati dalla timidezza della pronuncia in commento – sembrano essere quelli di considerare la questione in termini ontologici ed assoluti, senza attribuire il giusto peso alla relatività e contraddittorietà del dato normativo; limiti che si riflettono inevitabilmente sulla logicità del percorso motivazionale, caratterizzato da asserzioni apodittiche e da passaggi logici assai discutibili.

Per quanto concerne il primo orientamento richiamato, non può infatti ragionevolmente sostenersi, che « ... è indubitabilmente *contra legem* la permanenza nello stato di uno straniero che, come nella specie [...] non ha avuto rinnovato il permesso di soggiorno»; argomento ingannevole poiché "prova troppo", portando a concludere che lo straniero irregolare sia – in quanto tale – incompatibile con ogni forma di permanenza sul territorio dello stato. Ma ciò non può essere, per una moltitudine di ragioni, a cominciare da quella, di assoluta evidenza, secondo la quale anche il carcere è territorio dello stato – nel quale peraltro il soggetto *deve* e non soltanto *può* stare –; dovendosi da tale, errata, premessa concludere che anche la detenzione dello straniero irregolare

sarebbe illecita poiché contrastante con norme imperative.

Per chiarire meglio le incongruenze derivanti dal rigore di questa interpretazione, ci sia consentita una breve digressione relativa all'espulsione come "misura alternativa alla detenzione".

Introdotta dall'art. 15 della legge 189/2002 al comma 5 dell'art. 16 della legge 286/1998, l'espulsione viene disposta dal magistrato di sorveglianza nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, «che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13 comma 2» e che debba scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni.

Questa ipotesi di espulsione va ad aggiungersi a quella già prevista dall'art. 16 comma 1 della stessa legge: in questo caso è il giudice di cognizione ad avere la facoltà – e non già l'obbligo – di disporre l'espulsione per i condannati a pena non superiore a due anni, purché non debba «ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 codice penale».

Innanzitutto: nulla dice, l'art. 16 comma 5 del testo unico circa i condannati a pena detentiva superiore a due anni. Per questi è certo soltanto che l'espulsione sarà disposta quando la pena residua da esporsi in concreto sarà pari o inferiore a detto termine.

Da ciò la sentenza 30130/2003 deduce che l'espulsione sia l'unica alternativa alla detenzione prevista dall'ordinamento per lo straniero irregolare ma, come già osservato in dottrina (RENOLDI, 2004, 91), tale assunto non è supportato da alcun riferimento normativo. L'art. 16 comma 5 del testo unico sull'immigrazione si limita infatti a stabilire che «nei confronti dello straniero ... è disposta l'espulsione», ponendo questa misura come l'unica conclusione della vicenda giudiziaria, ma nulla affermando circa la possibilità o meno della precedente concessione di una misura alternativa (DI ROSA G., 2006, p. 54). Né al silenzio della legge pare potersi attribuire un particolare significato, dovendosi quindi applicare le regole generali.

Occorre inoltre considerare che lo stesso comma 5 richiede la presenza di numerosi presupposti per l'operatività dell'istituto, contemplando altresì ipotesi nelle quali l'espulsione «non può essere disposta».

Innanzitutto lo straniero deve essere identificato e detenuto, non potendosi quindi procedere a questa forma di espulsione se il condannato si trova – per varie ragioni – in stato di libertà.

Limitazioni all'operatività dell'istituto dipendono poi dal tipo di reato per il quale vi è stata condanna: se essa è stata pronunciata per uno dei «delitti previsti dal presente testo unico», cioè dall'art. 5 comma 8 *bis*, dall'art. 12 commi 1, 3, 3 *ter*, 5 e dall'art. 14 comma

5 *ter* e 5 *quater*, oppure per i reati previsti dall'art. 407 comma 2, lettera a) c.p.p. – tra i quali: associazione mafiosa, omicidio, rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione, riduzione in schiavitù, violenza sessuale – l'espulsione non potrà essere disposta, dovendo la pena essere espiata interamente in Italia.

L'espulsione o il respingimento dello straniero irregolare, inoltre, non possono essere disposti nelle ipotesi indicate dall'art. 19 del testo unico, espressamente richiamato dall'art. 16 comma 9. Quindi, non potrà aversi l'espulsione «verso uno Stato in cui lo straniero 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, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione»⁽¹⁹⁾.

A queste ipotesi, si aggiungono: gli irregolari minori degli anni diciotto, quelli in possesso della carta di soggiorno, quelli conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana, le donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono, i mariti conviventi delle donne che si trovano nelle condizioni precedentemente indicate⁽²⁰⁾.

Quindi, seguendo il ragionamento sviluppato dalla sentenza 30130/2003, se un cittadino (o uno straniero regolare) ed uno straniero concorrono in uno dei reati richiamati dall'art. 16 comma 5, seconda parte, soltanto il primo avrebbe diritto (sussistendone gli altri presupposti) alla semilibertà, al lavoro all'esterno, all'affidamento in prova ed alla detenzione domiciliare; lo straniero irregolare dovrebbe espiare interamente la pena, per essere poi espulso non appena il residuo della stessa non superi i due anni. Unica eccezione sarebbe il beneficio della liberazione anticipata; quest'ultima, infatti, com'è noto, non costituisce una misura alternativa alla detenzione ma soltanto un beneficio penitenziario che avvicina, ma non realizza di per sé, l'uscita dal carcere⁽²¹⁾.

Sempre seguendo il percorso argomentativo sostenuto della

⁽¹⁹⁾ Come già osservato da un'attenta dottrina, deve segnalarsi anche l'art. 19 comma 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea il quale prevede che nessuno possa essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un serio rischio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti. Cfr. DEGL'INNOCENTI L., *L'espulsione dello straniero*, cit. pp. 143 ss.

⁽²⁰⁾ Quest'ultima ipotesi è stata aggiunta dall'intervento della Corte Costituzionale, sent. 27 luglio 2000, n. 376 in *Giurisprudenza Costituzionale* n. 4/2000 pp. 2675

⁽²¹⁾ Deve osservarsi che tali "esclusioni" non hanno mai riguardato né la liberazione anticipata né i permessi premio, come osserva DI ROSA G., *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica* in *Guida al diritto*, 22/2006, p. 55; quanto

sentenza 30130/2003, una donna straniera detenuta e irregolare non potrebbe godere della detenzione domiciliare in caso di gravidanza, anche qualora non sia possibile disporre la sua espulsione.

Ad una conclusione grottesca si giungerebbe poi nel caso di uno straniero irregolare condannato all'ergastolo. Non potendo questi usufruire di alcuna misura alternativa alla detenzione, si troverebbe ad uscire dal carcere soltanto a pena estinta per morte del condannato.

Conclusioni irragionevoli e inaccettabili, per almeno due ragioni.

Innanzitutto perché, come osservato dalla pronuncia in commento, nonostante la riforma del 2002 faccia "tendere" tutta la fase esecutiva della pena verso l'espulsione dello straniero irregolare, la stessa riforma non ha mai sancito alcun esplicito divieto all'applicazione delle misure alternative ai condannati stranieri che siano entrati illegalmente in Italia. A tale conclusione non può quindi giungersi in via interpretativa.

Secondariamente, questa interpretazione annulla il carattere rieducativo della pena, senza che ciò dipenda in alcun modo dal comportamento del condannato nel corso del trattamento e senza che ciò concorra a decongestionare gli istituti penitenziari. Al contrario, le carceri verrebbero ad essere stipate di soggetti ritenuti *iuris et de iure* "irrecuperabili", in quanto irregolari. Ciò condurrebbe a ritenere «l'esistenza di un "tipo normativo d'autore" alla cui persona sarebbe indefettibilmente correlata ... la rinuncia alla rieducazione quale precipua finalità della pena» (RENOLDI C., 2006, pp. 211 ss.).

Invero, l'ordinamento conosce ipotesi di ritenuta incompatibilità di certi condannati con le misure alternative, a carico di soggetti che versino in determinate condizioni; ipotesi che sono state giustificate dalla Corte costituzionale facendo riferimento alla assai nota teoria della polifunzionalità della pena. Dette ipotesi sono state però espressamente previste dal legislatore per fronteggiare fenomeni criminali di particolare allarme sociale, garantendo comunque al condannato la possibilità di evitare tali effetti pregiudizievoli, ponendo in essere condotte di tipo collaborativo. Il che è precluso all'irregolare, il quale non avrebbe altra strada se non quella di attendere il fine pena (quindi "mai", in caso di condanna

al fatto che la liberazione anticipata non costituisca una misura alternativa alla detenzione la dottrina è ormai assolutamente concorde. Cfr., tra gli altri D'ONOFRIO M.-SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, pp. 25 ss.

all'ergastolo).

Muovendo dalla inconsistenza degli argomenti posti a sostegno dell'orientamento restrittivo, la pronuncia 22161/2005 – ripresa dalle Sezioni Unite – ha ritenuto di dedurre la perfetta compatibilità tra la condizione dello straniero irregolare e la astratta concedibilità a questi di ogni misura alternativa alla detenzione.

Anche questa opzione interpretativa presenta il limite di affrontare la questione in termini assoluti, senza confrontarsi adeguatamente con la relatività del dato normativo, anzi assumendo nei confronti di questo un atteggiamento ambiguo.

Innanzitutto, si tratta di valutare – cosa che la Suprema Corte ha ommesso di fare – quale significato assuma la prassi amministrativa prima richiamata, a seguito della novella legislativa del 2002.

Per rispondere a tale quesito deve preliminarmente osservarsi che, per quanto concerne la disciplina del lavoro, la legge 189/2002 ha molto innovato dal punto di vista delle procedure di assunzione, ma non ha nella sostanza modificato la legittimità o meno dell'assunzione di lavoratori irregolari: l'art. 22 comma 10 del testo unico sull'immigrazione stabiliva che «il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto, revocato o annullato, è punito con l'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da lire due milioni a lire sei milioni».

L'attuale normativa – art. 22 comma 12 del testo unico, come modificato dall'art. 18 comma 1, della legge 30 luglio 2002 n. 189 – prevede che «il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con l'arresto da tre mesi a un anno e con l'ammenda di 5.000 euro per ogni lavoratore impiegato».

L'assunzione di lavoratori irregolari, quindi, costituisce un'ipotesi di reato contravvenzionale ora come allora, senza soluzione di continuità dal 1998 ad oggi.

Delle due l'una: o deve ritenersi che le circolari sopra indicate abbiano autorizzato il compimento di un'attività costituente reato – e ciò è a nostro avviso insostenibile – o deve ammettersi che un "titolo" autorizzativo esistesse ed esista tuttora, tanto forte da "sanare" – se pur limitatamente al tempo dell'esecuzione penale – la posizione dell'irregolare.

Dall'analisi di questa prassi potrebbe quindi concludersi – concordemente con la pronuncia a Sezioni Unite – che il titolo

giudiziario autorizzi il condannato straniero irregolare a permanere sul territorio in condizioni di (temporanea) parità rispetto al cittadino e allo straniero regolare, salvo per il fatto – invero non trascurabile – che al termine dell'esecuzione egli dovrà comunque essere espulso ex art. 13 del testo unico sull'immigrazione. Soluzione certamente ragionevole ma che mal si concilia con la draconiana severità della nuova normativa concernente l'espulsione dello straniero irregolare.

Nell'ottica politico-criminale della legge Bossi-Fini, infatti, l'espulsione prevista dall'art. 16 comma 5 avrebbe dovuto rappresentare lo strumento ordinario di deflazione carceraria previsto per gli stranieri irregolari.

La stessa riforma, però non ha modificato alcuna delle misure alternative alla detenzione, né si è inciso sull'art. 656 c.p.p., cardine intorno al quale si gioca la vicenda dell'accesso ai benefici penitenziari dallo stato di libertà.

Come già osservato, laddove il legislatore ha inteso interdire una determinata categoria di soggetti dall'accesso alle misure alternative, lo ha detto espressamente, come è avvenuto ad opera dell'art. 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 che ha introdotto l'art. 4 *bis* alla legge di ordinamento penitenziario o, più recentemente, con la modifica dell'art. 656 comma 9 lett. c) ad opera dell'art. 9 della legge 5 dicembre 2005, n. 251⁽²²⁾.

Così non ha fatto il legislatore della 189/2002, limitandosi a stabilire una particolare "misura" nei confronti degli stranieri irregolari, detenuti – non quindi soggetti "in sospensione" ex art. 656 comma 5 c.p.p. – che siano condannati a pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni; sempre che non vi sia stata condanna per uno dei reati indicati dall'art. 16 e sempre che il soggetto non si trovi in una delle condizioni ostative all'espulsione.

Occorre preliminarmente rispondere alla seguente domanda: l'espulsione ex art. 16 comma 5 *può* o *deve* essere applicata dal magistrato di sorveglianza?

Il dubbio, non risolto dalla pronuncia in commento, nasce dal fatto che l'art. 16 del testo unico utilizza, al comma 1, l'espressione

⁽²²⁾ In particolare, con questo secondo intervento normativo, si è fatto divieto al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione «nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale»; in perfetta coerenza, quindi, con l'impianto della legge 251/2005 (cd. legge ex Cirielli), finalizzata proprio a ridurre o impedire l'accesso alle misure alternative ai recidivi reiterati.

può, attribuendo quindi al giudice di cognizione una mera facoltà di espellere in sostituzione della condanna.

Al comma 5 dello stesso articolo, invece, la scelta del legislatore cade sul verbo essere che, se da un lato sembra assumere il carattere di un imperativo normativo – l'espulsione è disposta – dall'altro aggiunge incertezza alla – già non poca – incertezza, consentendo all'interprete la libera scelta tra il dovere ed il potere.

A nostro avviso, la soluzione più coerente con l'impianto normativo e maggiormente rispettosa della lettera della legge pare essere quella che imponga al magistrato di sorveglianza di disporre l'espulsione in presenza di tutti i presupposti richiesti dalla norma, non potendosi conseguentemente applicare allo straniero irregolare alcuna misura alternativa alla detenzione nel caso in cui debba essere disposta l'espulsione.

Qualora invece l'espulsione non possa essere disposta, lo straniero irregolare dovrà essere trattato al pari del cittadino o dello straniero regolare condannato, senza che lo status di irregolare finisca con l'incidere in negativo sulla sua condizione, salvo che per il fatto che al termine dell'esecuzione, l'irregolare dovrà essere espulso ex art. 13 del testo unico sull'immigrazione.

Quindi, lo straniero irregolare libero o affidato in prova ai servizi sociali o in liberazione condizionale o in detenzione domiciliare – essendo soggetto non detenuto – non potrebbe essere espulso ex art. 16 comma 5, dovendo espiare la pena interamente in Italia per essere poi espulso al termine dell'esecuzione.

Diversamente, se questi fosse in stato di detenzione o in semilibertà, nel momento in cui il fine-pena sia minore o uguale a due anni, egli dovrebbe – sussistendone i presupposti – essere espulso ex art. 16 comma 5, non potendo a questi applicarsi una misura alternativa alla detenzione.

Il meccanismo qui indicato è quantomeno astruso, ma è a nostro avviso l'unico rispettoso di una normativa sull'immigrazione poco coordinata con la legge di ordinamento penitenziario e poco rispettosa della finalità rieducativa della pena.

Immaginando infatti uno straniero irregolare condannato ad una pena di lunga durata, non può non apparire bizzarro l'impegno nell'attività trattamentale, la concessione delle misure alternative e la "tensione" verso la rieducazione nei confronti di un soggetto che, comunque, dovrà essere espulso al termine dell'esecuzione. Grave sarebbe altresì "sanare" la sua posizione, perché così facendo si avvantaggerebbe l'irregolare deviante rispetto all'irregolare non deviante, verso il quale dovrebbe essere disposta l'espulsione amministrativa ex art. 13 del testo unico sull'immigrazione.

Le Sezioni Unite, riprendendo le pronunce Shubeyr e Ortiz⁽²³⁾, hanno tentato di assicurare coerenza al sistema, facendo leva sulla «collaborazione degli Stati nel settore della giurisdizione penale». Invero, il riferimento a dette sentenze ci pare scarsamente persuasivo, e non soltanto perché dette pronunce – ormai vecchie di più di venti anni – ebbero origine in un contesto normativo assai diverso dall'attuale, ma perché esse si poggiano su un'idea "assoluta" di rieducazione, impermeabile alle culture e ai valori fondanti le varie società civili.

Delle ambiguità sopra evidenziate non si sono però fatte carico le Sezioni Unite, limitandosi ad affermare l'applicabilità delle misure alternative allo straniero irregolare.

Nella parte finale della motivazione, con un passaggio timido e oscuro, si afferma «radicalmente estraneo al perimetro delle valutazioni contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza ... 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». Tale apprezzamento, secondo il Supremo Collegio sarebbe 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».

Spiace constatare che proprio questo era il nodo per sciogliere il quale era stato invocato l'intervento delle Sezioni Unite. Come già osservato da un'attenta dottrina «il punto critico della decisione della Corte è la sua dichiarata estraneità a qualsivoglia apprezzamento sull'esistenza delle condizioni che legittimano l'adozione dell'espulsione piuttosto che la concedibilità della misura alternativa, non essendo tracciata alcuna soluzione in ordine al criterio interpretativo da seguire per comporre il sistema normativo a unità ... » (DI ROSA G., 2006, p. 55).

Le Sezioni Unite hanno preferito rispondere più modestamente al quesito, attraverso una «lettura costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria e di quella in materia di immigrazione», dall'interpretazione della quale «sembra dunque lecito desumere che, laddove il Tribunale di sorveglianza abbia accertato rigorosamente l'oggettiva sussistenza dei presupposti stabiliti per la concessione ... di una delle misure alternative alla detenzione in carcere ... è destinata a dispiegarsi nella sua pienezza ed effettività,

⁽²³⁾ Cfr. Cass., sez. I, 05.05.1982, Schubeyr, rv. 154508; Cass. sez. I, 31.01.1985, Ortiz, rv. 168034.

per il rilievo costituzionale che rivestono, la forza precettiva dei principi in materia di pari dignità della persona umana e di funzione rieducativa della pena».

Anche in questo passaggio le Sezioni Unite ripercorrono la via tracciata dalla pronuncia n. 22161/05, laddove in essa si afferma che « ... in materia di misure alternative deve essere senz'altro negata la possibilità di introdurre discriminazioni tra cittadini (e stranieri muniti di permesso di soggiorno) e stranieri in condizione di clandestinità, 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 Costituzione».

Premesso che, a nostro avviso, non può dirsi affatto pacifico che le misure alternative siano finalizzate alla tutela della dignità della persona – essendo immaginabile un ordinamento penitenziario privo di tali misure e ciò nonostante conforme ai dettami della Costituzione – occorre rilevare che tale affermazione pare costituire l'inevitabile premessa di una questione di legittimità costituzionale circa i meccanismi di espulsione dello straniero che intervengano nella fase esecutiva della pena.

Detta questione è già stata di recente sollevata di fronte al Giudice delle leggi, il quale ha risposto con una ordinanza di manifesta infondatezza, sulla base del rilievo secondo il quale l'espulsione prevista dall'art. 16 comma 5 non costituisce una misura alternativa alla detenzione ma «una misura di carattere amministrativo» che anticipa l'espulsione ex art. 13⁽²⁴⁾.

Ora, che l'espulsione di cui trattasi non costituisca una misura alternativa alla detenzione ma un provvedimento di carattere amministrativo è ormai pacifico in dottrina, nonostante l'ambigua nomenclatura adottata dal legislatore del 2002.

Finché non verrà dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 16 comma 5 del testo unico sull'immigrazione, non resta che auspicare l'intervento del legislatore, al fine di mettere ordine in una così delicata materia⁽²⁵⁾; in attesa di tale intervento, la lettera e le volontà della legge non possono però in alcun modo eludersi,

⁽²⁴⁾ Cfr. Corte Costituzionale, ord. 8 luglio 2004 – 15 luglio 2004, n. 226 in *Giurisprudenza Costituzionale* n. 2/2005, pp. 2375 ss.

⁽²⁵⁾ Riteniamo infatti che una questione di legittimità costituzionale potrebbe comunque riproporsi, alla luce del mutato «diritto vivente», oggi rappresentato dalle Sezioni Unite in commento.

essendo ovviamente prevalenti rispetto all'interpretazione che di essa ne danno dottrina e giurisprudenza.

8. Concludendo, la pronuncia delle Sezioni Unite qui esaminata ha comunque l'indubbio pregio di aver superato, seppur con incerti argomenti, quella sorta di "presunzione assoluta di incompatibilità con le misure alternative al carcere" creata per via giurisprudenziale nei confronti dello straniero irregolare.

Tale posizione finiva infatti con l'istituzionalizzare una categoria penitenziaria "parallela" ai soggetti di cui all'art. 4 *bis* (ROIATI, 2004, 719), dando così vita a quello che è già stato definito una sorta di "doppio binario" penitenziario (SCOMPARIN, 2005, pp. 83 ss.). Operazione, quest'ultima, che non è auspicabile sia posta in essere dal legislatore, ma che sicuramente non compete alla giurisprudenza.

La stessa sentenza non ha però superato la "presunzione assoluta di non rieducabilità" nei confronti degli stessi irregolari, a meno di non voler ritenere fondato ed attuale il riferimento alle sentenze Schubeyr e Ortiz.

Francamente, anche ammettendo che la rieducazione non possa assumere connotati nazionalistici, ci pare irrealistico che un soggetto straniero, giunto in Italia sperando in una (possibile) integrazione, poi condannato e "rieducato" (anche grazie ad un lavoro, ai propri affetti, ad una famiglia) possa validamente "spendere" il frutto del trattamento rieducativo una volta rimpatriato nel Paese dal quale è fuggito.

Altra, delicata questione, è poi quella relativa alla concreta possibilità per uno straniero irregolare di poter godere delle varie misure alternative.

Come già ben evidenziato dai più attenti osservatori (SCOMPARIN 2006, pp. 94 ss.) per lo straniero irregolare sarà molto più gravoso l'accesso a tali misure, a causa della precarietà delle condizioni economiche, sociali e familiari che caratterizzano questi soggetti. Se già per un connazionale può essere difficile ottenere un lavoro, indicare un domicilio, provare l'assenza del pericolo di fuga e del rischio di reiterazione del reato, tanto maggiori saranno le difficoltà che si troverà ad affrontare uno straniero irregolare e scarsamente inserito nella società dei liberi.

Inevitabile quindi, alla luce dell'interpretazione delle Sezioni Unite, sarà la particolare attenzione che dovrà essere prestata dagli organi della vigilanza nel verificare la sussistenza di tutti i presupposti richiesti per poter accedere alle misure *extramoenia*. Come già osservato, inoltre, quanto stabilito dalle Sezioni

Unite «chiama in causa altresì l'amministrazione penitenziaria, indirettamente invitata a rivedere la priorità degli interventi da adottare ... indirizzati a porre in essere iniziative finalizzate al reinserimento sociale anche per gli stranieri ... » (PAGANO L., 2006, p. 58).

Tali considerazioni spostano però il tema verso altre, più complesse questioni, mettendo in causa carenze "di sistema" per risolvere le quali non sarà sufficiente l'intervento delle Sezioni Unite, potendo (e dovendo) a tali fini intervenire soltanto il legislatore.

Se ci è infine consentito spostare lo sguardo al di là della questione qui trattata, riteniamo che un (necessario) intervento legislativo non possa riguardare (soltanto) la sfera del diritto penale o penitenziario. L'esperienza dimostra infatti che i fenomeni immigrativi di massa non possono essere governati attraverso lo strumento penale e non (soltanto) perché ciò sarebbe "ingiusto", quanto piuttosto perché sarebbe inefficace.

Sono i rapporti economici e diplomatici tra Stati che concorrono a determinare le sorti di milioni di persone, rapporti che creano le premesse per realtà che con il diritto devono fare i conti ma che non possono trovare nel diritto la loro "patria" legittima, cadendo esse stesse "al di là del bene e del male giuridico".

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La nuova legge sull'immigrazione. Commento alla L. 189 del 30 luglio 2002 e al d.l. 195 del 9 settembre 2002* in *Quaderni di Diritto e Giustizia*, Milano, 2003

BARBAGLI M., *Immigrazione e reati in Italia*, Bologna, 2002

BARBAGLI M., *Immigrazione e criminalità in Italia*, Bologna, 1998

BERNASCONI A., *sub art. 13*, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2000

BERTI F., *Senso di insicurezza, criminalizzazione dei migranti e risposta detentiva: quali possibilità di reinserimento di fronte al rischio di espulsione degli stranieri in Carcere e detenuti stranieri*, a cura di BERTI F. e MALEVOLI F., Milano, 2004, pp. 13 ss.

CALLAIOLI A., *Le recenti scelte politiche sul governo dell'immigrazione: norme barocche che non sciolgono i nodi di fondo (d.p.r. 18.10.2004 n. 334)* in *Legislazione Penale*, n. 4/2005 pp. 395 ss.

CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2002

CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006

CAPUTO A., *Prime note sulle modifiche alle norme penali del Testo Unico sull'immigrazione* in *Questione Giustizia*, n. 2/2005, pp. 244 ss.

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

CASELLI G.C., *Stranieri e carcere* in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 3/

2000, pp. 11 ss.

CENTONZE S., *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006

CIAPPI S., *Vuoti a perdere, ovvero sulla condizione giuridica e sociale dello straniero in carcere* in corso di pubblicazione su *Quaderni di sociologia* n. 1/2006

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

D'ONOFRIO M.—SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004

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

DEGL'INNOCENTI L. — FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimenti di sorveglianza*, Milano, 2005

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

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

FIANDACA G., sub art. 27 c.3° Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna, 1991

GREVI V., sub art. 1, in GREVI—GIOSTRA—DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2000

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

MOSCONI G., *Le cifre del controllo* in SARZOTTI C.—MOSCONI G., *Antigone in carcere* (a cura di), Roma, 2004, pp. 13 ss.

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

PALAZZO F., *Sicurezza urbana dimensioni e problematiche del multiculturalismo penitenziario* in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1-2/2003, pp. 251 ss.

PAVARINI M., *Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione corzonale* in *Dei Delitti e delle Pene*, n. 2/1986, pp. 39 ss.

RENOLDI C., *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 Cittadinanza*, n. 1/2004, pp. 87 ss.

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

ROIATI A., *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*, n. 7-8/2004, pp. 718 ss.

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

SANTORO E., *Carcere e criminalizzazione dei migranti: una politica da tre soldi* in *Carcere e detenuti stranieri*, a cura di BERTI F. e MALEVOLI F., Milano, 2004, pp. 40 ss.

SBRACCIA A., *Detenuti stranieri*, in SARZOTTI C.—MOSCONI G., *Antigone in carcere* (a cura di), Roma, 2004, pp. 168 ss.

SARZOTTI C., *La pena detentiva in Europa: i numeri e le politiche penitenziarie*, in SARZOTTI C.—MOSCONI G. (a cura di), *Antigone in carcere*, Roma, 2004, pp. 33 ss.

Scomparin L., *Stranieri e carcere. Tra diritto e realtà* in *Legislazione Penale*, n. 1/2005, pp. 83 ss.