



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto dell'esecuzione penale

L'ESECUZIONE DELLA PENA
NEI CONFRONTI DEGLI STRANIERI

Relatore

Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto

Correlatore

Prof. Paolo Moscarini

Candidata

Elisa D'Aveni

A.A. 2013/2014

Indice

Introduzione

I.	Il fenomeno dell'immigrazione.....	1
II.	La condizione giuridica dello straniero.....	5

1. Il trattamento penitenziario

1.	Premessa.....	9
2.	La pena nella Costituzione.....	10
3.	I principi fondamentali del trattamento penitenziario.....	14
4.	Le problematiche riguardanti il trattamento penitenziario del detenuto straniero.....	17
4.1.	Il trattamento individualizzato e i diritti del condannato.....	19
4.1.1.	La tutela dei rapporti familiari.....	20
4.1.2.	Il diritto alla difesa: la scelta ed i colloqui con il difensore.....	22
4.1.3.	Il problema della lingua.....	24
4.1.4.	La libertà di religione.....	27
4.2.	Gli strumenti premiali.....	31
4.2.1.	Il permesso premio.....	31
4.2.2.	Il lavoro all'esterno.....	33
4.2.3.	La liberazione anticipata.....	35
5.	La mediazione culturale.....	36

2. L'espulsione giudiziaria dello straniero irregolare

1.	Premessa.....	39
2.	La declaratoria d'illegittimità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità e le sue ricadute in sede esecutiva.....	40

3. Le misure alternative alla detenzione.....	45
3.1 Il problema dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione allo straniero irregolare.....	45
3.2 L'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione.....	51
3.2.1. Presupposti, cause ostative e natura giuridica.....	51
3.2.2. Procedimento di applicazione.....	59
4. L'espulsione come sanzione sostitutiva della pena.....	62
4.1. Presupposti, cause ostative e natura giuridica.....	62
4.2. Revoca.....	66
5. L'espulsione come misura di sicurezza.....	68
5.1. Il presupposto della pericolosità sociale.....	68
5.2. Le fattispecie codicistiche.....	71
5.3. Le fattispecie contenute nella legislazione speciale.....	76
5.3.1. L'art. 15 t.u.imm.	76
5.3.2. L'art. 86 t.u.stup.	77
6. La vicenda El Dridi e le sue ricadute sul giudicato penale di condanna.....	78

3. La cooperazione tra Stati

1. Premessa.....	82
2. La Convenzione sul trasferimento delle persone condannate.....	83
3. L'esecuzione delle sentenze straniere in Italia.....	91
3.1. La disciplina: artt. 730 ss. c.p.p.	91
3.2. Le sentenze Napoletano e Beschi.....	95
4. L'esecuzione delle sentenze italiane all'estero: l'art. 742 c.p.p.	101
5. Il mandato di arresto europeo.....	107
5.1. Premessa.....	107
5.2. La decisione quadro 2002/584/GAI.....	108
5.3. La sentenza della Corte costituzionale n. 227/2010.....	111
6. La decisione quadro 2008/909/GAI.....	117

Introduzione

I. Il fenomeno dell'immigrazione

I flussi migratori fanno parte della vita dell'uomo sin dalle sue origini.

Il trasferimento da un luogo ad un altro, di tribù prima e di popoli poi, è espressione di una tendenza naturale ancor prima che di un fenomeno sociale: in natura, molte specie animali si spostano in cerca di un *habitat* più ospitale, esattamente come «sono sempre esistiti individui che per varie ragioni hanno abbandonato, o sono stati costretti ad abbandonare, la propria comunità d'origine»¹.

Non essendo un fenomeno localizzato né circoscritto nel tempo, si può dire che la migrazione accompagna la vita umana, pur mutando frequenza e portata, ma senza mai cessare; non a caso è stata registrata, nel corso dei secoli, un'alternanza di periodi in cui i flussi migratori crescevano o diminuivano, interessavano alcune zone piuttosto che altre, man mano che il progressivo radicamento delle comunità sul territorio limitava solo temporaneamente il fenomeno, senza escluderlo.

Il crescente divario economico e sociale tra il nord e il sud del mondo ha causato, negli ultimi decenni, l'aumento cospicuo dei flussi migratori, spesso realizzati servendosi di canali di accesso irregolari: è questa la situazione in cui versa attualmente l'Italia.

Quanto alle cause, non è certamente possibile individuare un unico fattore che giustifichi i movimenti migratori in generale o lo specifico movimento migratorio preso in considerazione. Alcune problematiche, però, contribuiscono sicuramente a sviluppare tali flussi e, pertanto, meritano di essere menzionate. Si tratta della diseguale distribuzione delle opportunità lavorative, dell'instabilità socio-politica di determinati contesti geografici, della necessità di fuggire da condizioni di estrema povertà o da calamità naturali oppure dell'esigenza di sottrarsi a persecuzioni di natura politica, religiosa ed etnica. Tuttavia, non si pretende di limitare il novero oggettivo delle cause del fenomeno alle quattro sopraenunciate: la molteplicità dei motivi che spiegano l'emigrazione e, specularmente,

¹ R. M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale: i soggetti e le istituzioni*, Franco Angeli, 2012, p. 9.

l'immigrazione va ricercata anche in fattori di diversa natura, quali ad esempio la volontà di conseguire un'istruzione di maggiore livello rispetto a quella offerta dal proprio Paese d'origine oppure l'intenzione criminale di proseguire altrove il compimento di attività illecite, sottraendosi alla giustizia o approfittando di situazioni di delinquenza transnazionale.

L'incremento del numero di stranieri, a prescindere dalla loro condizione di regolarità o meno, è sicuramente causa di profondi cambiamenti nei Paesi oggetto d'immigrazione, da un punto di vista sia economico che sociale. A seconda dei momenti storici, l'immigrazione ha contribuito - in positivo o in negativo - all'evoluzione del sistema economico a causa della nuova forza lavoro subentrata nei mercati interni, ed ha avuto anche l'effetto di attribuire, specialmente alle democrazie europee occidentali, una dimensione multietnica. Quest'ultima è la base (seppur non l'unica) della c.d. "globalizzazione": realtà sempre più pluridimensionali si sono sostituite, nel tempo, a strutture sociali pressoché omogenee, dando vita a quel «processo inevitabile e irreversibile, che genera profondi cambiamenti [...] rispetto ai quali gli attori locali hanno modeste possibilità d'intervento e di controllo»² e che si caratterizza per il fatto che tali cambiamenti si verificano, ormai, direttamente su scala globale.

Non sempre, purtroppo, il fenomeno dell'immigrazione è stato oggetto di valutazione per i governi. Un simile atteggiamento, spesso limitatosi a stabilire, da un lato, i criteri per la concessione della cittadinanza e, dall'altro, progressive aperture o chiusure nel percorso d'ingresso dello straniero nella comunità, affonda le sue radici probabilmente nella sottostima delle dimensioni e degli effetti dei flussi migratori nelle società di riferimento. Chiaramente, tale prospettiva non può più ritenersi condivisibile di fronte ad un fenomeno inarrestabile, in continuo aumento e che, oggi, parte soprattutto dai Paesi del terzo e del quarto mondo.

Da sottolineare, inoltre, è la percezione negativa che la popolazione già insediata sul territorio ha dell'immigrazione. Spesso, infatti, il cospicuo numero di stranieri risulta essere motivo di preoccupazione, sia in termini di aumento della criminalità che in quelli di diminuzione delle opportunità lavorative; non a caso, i cittadini spingono sempre più per l'adozione di misure di maggiore protezione in

² R. M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale*, cit., p. 10.

termini di sicurezza, in quanto associano gli stranieri ad un pericolo da fronteggiare.

Un cenno alla situazione in cui si trova il nostro Paese sembra essere d'obbligo. L'Italia è, in questo dato momento storico, travolta da quella che l'OIM (Organizzazione Internazionale per le Migrazioni) definisce «un'emergenza umanitaria»³: durante l'anno 2013, così come nei primi mesi del 2014, gli sbarchi che hanno interessato la nostra penisola, in particolare toccando le coste siciliane, si sono intensificati, al punto tale da costringere i soccorritori ad intervenire più volte al giorno. Ad ogni modo, la situazione d'emergenza umanitaria non preoccupa esclusivamente sotto il profilo del salvataggio dei migranti, poiché assume rilevanza soprattutto la problematica concernente la gestione di queste persone una volta giunte sulle coste del territorio italiano. A tal proposito, il Parlamento ha istituito, già dalla metà degli anni novanta, i c.d. Centri dell'Immigrazione, strutture che accolgono e assistono gli immigrati irregolari e che si dividono in:

- Centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA);
- Centri di accoglienza (CDA) e Centri di accoglienza per i richiedenti asilo (CARA);
- Centri d'identificazione ed espulsione (CIE).

Quanto ai CPSA, essi accolgono lo straniero per offrirgli cure mediche, fotosegnalarlo ed accertarne l'eventuale volontà di richiedere protezione internazionale.

I CDA, invece, sono centri in cui lo straniero permane per il solo tempo strettamente necessario al fine di stabilirne l'identità e la legittimità della permanenza sul territorio (o per disporre l'allontanamento).

I CARA, in particolare, si occupano di ospitare lo straniero richiedente asilo che, privo di documenti di riconoscimento o sottrattosi al controllo di frontiera, deve essere identificato (oppure la cui procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato deve essere definita).

³ Nota pubblicata dall'OIM Roma in data 12 giugno 2014 e disponibile sul sito internet www.italy.iom.int (data dell'ultima consultazione 13 giugno 2014).

I CIE trattengono gli stranieri extracomunitari irregolari i quali sono già destinati, per ordine del giudice, all'espulsione⁴.

Un'ultima considerazione di carattere introduttivo riguarda le misure adottate dall'Italia per fronteggiare l'emergenza immigrati: il Ministero della Difesa ha dato avvio, il 18 ottobre 2013, all'operazione militare e umanitaria denominata *Mare Nostrum*⁵, con cui ci si ripropone non solo di contenere e controllare il flusso migratorio nello Stretto di Sicilia, ma anche di assicurare alla giustizia italiana coloro i quali lucrano sul traffico illegale di migranti (c.d. scafisti).

Le misure adottate dall'Italia hanno riguardato anche la normativa vigente: la legge 28 aprile 2014, n. 67 ha delegato il Governo, entro il termine di diciotto mesi dall'entrata in vigore della suddetta, alla trasformazione in illecito amministrativo del c.d. reato di clandestinità, di cui all'art. 10-*bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (d'ora in avanti t.u. imm.), con l'obbligo di mantenere il rilievo penale delle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia (art. 2, 3° co., lett. *b*). Nonostante le numerose critiche provenienti da più parti politiche, è stato pertanto intrapreso il percorso di depenalizzazione del reato d'immigrazione clandestina, introdotto nel t.u. imm. dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 (c.d. Pacchetto Sicurezza del 2009).

⁴ Previsti dall'art. 14, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, attraverso tali centri ci si propone di evitare la dispersione degli immigrati irregolari sul territorio e di consentire la materiale esecuzione, da parte delle forze dell'ordine, dei provvedimenti di espulsione emessi nei loro confronti. Il d.l. 23 giugno 2011 n. 89, convertito in legge 2 agosto 2011, n. 129, ha fissato un termine massimo di permanenza degli stranieri in tali centri pari a 18 mesi complessivi.

⁵ L'operazione suddetta è stata attivata a seguito di un tragico evento: il 3 ottobre 2013, a poche miglia dal porto di Lampedusa, hanno perso la vita in mare oltre trecento africani (a fronte di poco più di cento superstiti) a causa di un incendio divampato sull'imbarcazione. Questo disastro, ormai conosciuto come la strage di Lampedusa, ha riaperto il dibattito sulla normativa italiana circa l'immigrazione e, soprattutto, sulla necessità di instaurare una collaborazione con l'Unione Europea al fine di fronteggiare l'emergenza, in termini di risorse economiche e di soluzioni politico-diplomatiche.

II. La condizione giuridica dello straniero

La condizione giuridica dello straniero è un tema di primaria importanza poiché permette di capire come la normativa italiana e quella internazionale concepiscano l'ingresso e l'integrazione di nuovi soggetti nelle società.

Quanto alla normativa interna, il punto di partenza è la legge fondamentale del nostro Stato: la Costituzione. L'art. 10⁶, in particolare, dopo aver stabilito al primo comma il principio dell'automatico adeguamento⁷ del diritto interno alla normativa internazionale generalmente riconosciuta, si occupa specificamente dello straniero ai successivi commi: ai sensi del secondo comma, la condizione giuridica dello straniero è disciplinata dalla legge nel rispetto delle norme e dei trattati internazionali; il terzo comma, invece, pone l'accento sul diritto d'asilo mentre il quarto vieta l'estradizione dello straniero per reati politici.

Si ritengono necessarie due considerazioni di tipo preliminare. In primo luogo, la lettura sistematica dei primi due commi permette di arrivare alla conclusione che il trattamento dello straniero deve esser conforme sia al diritto internazionale consuetudinario (norme di diritto internazionale generalmente riconosciute) che al diritto internazionale pattizio (norme e trattati internazionali): con specifico riferimento a quest'ultimo, si può quindi affermare che i diritti enunciati nella CEDU⁸ e nella Carta di Nizza⁹ sono riconosciuti anche agli stranieri extracomunitari. In secondo luogo, il combinato disposto degli artt. 2, 3 e 10 Cost. fa sì che i diritti inviolabili siano garantiti ad ogni individuo senza distinzioni tra cittadini e stranieri.

⁶ Art. 10 Cost.: «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici».

⁷ Tale automatismo implica che non vi sia bisogno di un atto legislativo di trasposizione degli obblighi che derivano dal diritto internazionale generale.

⁸ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è un trattato internazionale firmato a Roma il 4 novembre 1950 dal Consiglio d'Europa e che è entrato in vigore, per l'Italia, solo il 10 ottobre 1955. Essa ha istituito la Corte Europea dei diritti dell'uomo.

⁹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata firmata a Nizza il 7 dicembre 2000.

Occorre adesso prendere in esame alcuni articoli del t.u. imm. per definire nel dettaglio la condizione giuridica dello straniero. L'art. 1, 1° co., del Testo Unico precisa che le norme dello stesso sono applicabili sia ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, sia agli apolidi e cioè a quei soggetti privi di qualunque cittadinanza. Il concetto di "straniero" è pertanto strumentale all'esigenza di differenziarlo dai cittadini comunitari, con la precisazione che «le norme del Testo unico possono, eccezionalmente, applicarsi anche ai cittadini comunitari, ma solo se ed in quanto sia previsto dalle norme che attuano l'ordinamento comunitario» e che «per gli stranieri [...] sono fatte salve le eventuali norme più favorevoli interne, comunitarie o internazionali, vigenti nello Stato»¹⁰. Si può quindi affermare che la definizione di straniero sia costruita in termini esclusivamente negativi: sono da considerarsi stranieri tutti coloro che non possono essere ritenuti cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea e, conseguentemente, tutti coloro che non ne posseggono la relativa cittadinanza; la cittadinanza europea si cumula con la cittadinanza del singolo Stato di appartenenza e implica un divieto di espulsione di questi soggetti, in applicazione del principio di libera circolazione delle persone¹¹.

L'art. 4, 1° co., t.u. imm. si occupa dell'ingresso nel territorio dello Stato italiano stabilendo che, per poter entrarvi regolarmente, occorre esser muniti di un valido passaporto (o di un documento equipollente) e di un visto d'ingresso (rilasciato dalle autorità diplomatiche o consolari del Paese di origine o da quelle di altri Stati se sussistono accordi in tal senso) ed occorre altresì passare dai valichi di frontiera appositamente istituiti, ad eccezione dei casi di ingresso determinati da cause di forza maggiore, come ad esempio un naufragio. Argomentando *a contrario*, costituisce illecito l'ingresso in Italia che avvenga in violazione di tale

¹⁰ G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, 2° ed., Giuffrè, 2008, p.5.

¹¹ La libera circolazione delle persone è una delle quattro libertà fondamentali garantite dall'ordinamento dell'Unione europea. Inizialmente fu concepita dai Trattati istitutivi come libera circolazione degli operatori economici al fine di prestare lavoro subordinato all'interno degli Stati membri, per poi acquisire, grazie agli Accordi di Schengen del 1985 e al Trattato di Maastricht del 1992, l'accezione di generale diritto di soggiorno e circolazione in tutto il territorio dell'UE. Uniche eccezioni a tale libertà ammesse dai Trattati sono quelle giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

disposizione e, a monte, degli artt. 2 e 10 Cost., in base ai quali lo straniero che ne invochi la protezione deve rispettare la disciplina nazionale¹².

Alla luce della normativa passata in rassegna, la condizione giuridica dello straniero è quella di un soggetto cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione europea oppure che sia nato o divenuto apolide, il quale per entrare e permanere legalmente in Italia, divenendo così titolare dei diritti - e dei doveri - attribuiti sia dall'ordinamento nazionale che da quello internazionale, ha l'obbligo di rispettare le norme che regolano l'ingresso nel nostro Paese.

Al fine di delineare un quadro più completo della condizione giuridica dello straniero, occorre fare un breve cenno allo *status* particolare del richiedente asilo e del rifugiato. L'art. 10, 3° co., Cost. stabilisce che il diritto d'asilo nella Repubblica italiana spetta a tutti quei soggetti che vivono in Paesi in cui non siano garantite le stesse libertà democratiche riconosciute dalla nostra Carta fondamentale ovvero l'esercizio delle stesse sia impedito. Si tratta di una disposizione garantista dai confini molto ampi e che non può non essere analizzata alla luce del diritto internazionale. Il punto di riferimento è la Convenzione di Ginevra del 1951¹³ rispetto alla quale il dettato costituzionale offre una protezione molto più estesa. Detta Convenzione, infatti, non prevede alcun obbligo di ammettere nel proprio territorio i richiedenti asilo e limita la definizione di rifugiato ai casi di persecuzione personale e quindi prettamente individuale (per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le opinioni politiche); l'art. 10, 3° co., Cost., al contrario, è espressione dell'evidente intenzione del legislatore costituente di riconoscere il diritto d'asilo a chiunque non goda nel proprio Paese delle libertà democratiche

¹² Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2000, n.11870, in *Dir. e Giust.*, 2000, p. 156.

¹³ La Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 è stata approvata al termine di una conferenza speciale dell'ONU ed è relativa allo *status* dei rifugiati. La Convenzione stabilisce chi può essere considerato un rifugiato (art. 1) e quali sono le forme di protezione ed assistenza legale ed i diritti sociali che il rifugiato dovrebbe ricevere dagli Stati aderenti al documento. Al contempo, la Convenzione definisce gli obblighi del rifugiato nei confronti dei governi ospitanti e le categorie di soggetti (ad esempio i criminali di guerra) che non possono godere dello *status* di rifugiato. L'Italia ha ratificato la Convenzione con l. 24 luglio 1954, n. 722.

Le persone costrette a lasciare il proprio Paese a causa di disastri naturali, di calamità, di violenti rivolgimenti politici o di crisi belliche possono essere escluse dall'applicazione della Convenzione (e in tali casi sono adottate misure di protezione straordinarie, tra cui la c.d. protezione temporanea).

garantite dalla nostra Costituzione. Occorre sottolineare, tuttavia, che l'ampia protezione offerta dalla Costituzione trae origine da un contesto storico molto diverso da quello attuale. All'epoca dell'emanazione della Carta fondamentale, infatti, il numero dei richiedenti asilo, specialmente politico, era poco elevato ed era per lo più riferito a casi singoli; negli ultimi decenni, invece, a fronte dell'aumento del fenomeno migratorio, le istanze di asilo hanno avuto ragione di moltiplicarsi in maniera esponenziale.

Un'ultima considerazione da svolgersi in questa sede attiene al divieto di estradizione dello straniero per i reati politici di cui all'art. 10, 4° co., Cost. Il concetto di reato politico rilevante ai fini del dettato costituzionale deve essere ancorato alla tutela dei valori richiamati dalla disposizione sul diritto d'asilo di cui al comma precedente, che diviene così punto di riferimento ai fini dell'interpretazione della successiva norma: «rientrerebbero, quindi, nell'ambito operativo del divieto di estradizione i reati commessi all'estero per contrastare regimi illiberali o per affermare diritti di libertà negati, ma ne esulerebbero, per le stesse ragioni, reati, pure di natura politica, consistenti, essi stessi, nella violazione dei diritti di libertà altrui ovvero in attentati violenti ad istituzioni democratiche»¹⁴.

¹⁴ V. MASARONE, *Argomenti in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata del delitto politico: il divieto di estradizione per reati politici e la 'depoliticizzazione' del terrorismo*, in www.penalecontemporaneo.it.

1. Il trattamento penitenziario

1. Premessa

La presunzione di non colpevolezza garantita dall'art. 27, 2° co., Cost. assiste l'imputato fino al momento in cui interviene la sentenza definitiva di condanna, con la quale è accertata in modo irreversibile la responsabilità penale dell'autore del fatto incriminato, salvi gli eventuali effetti della revisione. Ha così inizio la fase esecutiva della pena la cui importanza risulta evidente alla luce, da un lato, dei principi fissati in materia dal legislatore costituente e, dall'altro lato, della disciplina predisposta dal legislatore ordinario. Quanto ai principi sanciti dalla Carta costituzionale, rileva, in primo luogo, l'art. 25, 2° co., Cost. in virtù del quale «nessuno può esser punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»: considerando che il legislatore compie una scelta non solo in termini di selezione dei fatti penalmente rilevanti, ma anche in termini di pena cui assoggettarne l'eventuale commissione, se ne deduce che pure la sanzione cui si va incontro violando la norma penale deve essere predeterminata dalla legge (*nulla poena sine lege*).

Fondamentali con riferimento anche alla fase esecutiva della pena sono poi i principi dettati, in via generale, in tema di restrizione della libertà personale. In particolare, a mente dell'articolo 13, 2° e 4° co., Cost. la restrizione della libertà personale è ammessa esclusivamente «per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi previsti dalla legge» ed è punibile ogni comportamento che arrechi «violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». La pretesa punitiva dello Stato ha ragione di essere attuata in quanto rispetti - anche nella sua fase esecutiva - i canoni di legalità, essendo legittima solo se conseguente ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria emesso in maniera conforme a quanto prescritto dall'ordinamento, all'esito di un giusto processo, con la precisazione che essa, pur legale che sia, possa divenire

illegittima quando «l'afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità»¹⁵.

Il quadro costituzionale dei principi in tema di esecuzione della pena si completa poi grazie alla previsione dell'art. 27, comma 3°, secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

2. La pena nella Costituzione

«É evidente che il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. [...] Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo.»¹⁶

Così scriveva Cesare Beccaria nel suo saggio d'ispirazione illuminista. Profondamente innovativo per l'epoca, il pensiero di Beccaria trovò indubbio riscontro negli approdi cui i padri costituenti e la giurisprudenza costituzionale giunsero nella prima metà del secolo scorso e che hanno trovato conferma proprio nel contenuto di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. I profili enunciati nella norma in esame attengono sia alle finalità da perseguire con l'irrogazione della sanzione penale sia alle modalità applicative di quest'ultima.

Per quanto concerne il primo profilo, alla concezione retributiva della pena si affiancò la funzione rieducativa della stessa. La concezione retributiva della pena implica che l'autore del fatto venga assoggettato alla pena corrispondente alla gravità del male commesso affinché questa non resti invano minacciata; la rieducazione, invece, si prefigge quale obiettivo della fase esecutiva quello di dare soluzione al problema del reinserimento sociale del reo una volta espiata la pena. Si può quindi affermare che, da un lato, «la retribuzione esprime le istanze

¹⁵ Corte cost., sent. 12 febbraio 1966, n.12, in *Giust. pen.*, 1966, I, c. 102.

¹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XII, 9° ed., Garzanti, 2008, p. 37.

emotive di punizione emergenti nei contesti storico-sociali di volta in volta considerati»¹⁷, le quali vengono rese effettive attraverso la minaccia della pena, collocando così quest'ultima in un'ottica di prevenzione generale¹⁸ e di ristabilimento dell'ordine giuridico violato; dall'altro lato, il principio rieducativo trova la sua traduzione pratica in un trattamento che sia in grado di favorire il recupero da parte del delinquente dei valori tutelati dall'ordinamento e che si pongono come fondamentali per la convivenza sociale. Riappropriarsi di tali valori distoglierà il condannato dal delinquere nuovamente, realizzando il fine ultimo della prevenzione speciale¹⁹. Tuttavia, il processo di recupero non può avere un contenuto predeterminato, altrimenti ne perderebbe in termini di efficacia laddove prevedibilmente sarà più adatto per alcuni individui e meno adatto o del tutto inutile per altri; esso, piuttosto, dovrà essere modellato sulla personalità del reo e concepito per il reo che ha commesso quel determinato reato. A tal proposito si parla di trattamento individualizzato se la risposta sanzionatoria consiste nella reclusione in carcere, ma è stato giustamente sottolineato in dottrina²⁰ che il processo di rieducazione del condannato può avvenire anche grazie ai diversi istituti indicati in sede di pronuncia della condanna, attraverso i quali si predilige la scelta di decarcerazione oppure si opta per l'alternativa alla reclusione: si pensi alle sanzioni sostitutive di cui agli artt. 53 ss. l. 24 novembre 1981, n. 689 oppure alle sanzioni alternative alla detenzione introdotte dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

La rilevanza del principio rieducativo non si risolve nell'evitare che l'irrogazione della sanzione penale si riduca a mera punizione per le azioni commesse *contra legem*, ma richiede lo svolgimento di ulteriori considerazioni che arricchiscono di significato il dettato costituzionale.

¹⁷ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6° ed., Zanichelli, 2009, p. 703.

¹⁸ La prevenzione generale si sostanzia nell'efficacia deterrente della sanzione penale e cioè nel distoglimento della generalità dei consociati dalla commissione di un fatto di reato attraverso la minaccia dell'irrogazione di una pena (proporzionata alla gravità del fatto commesso affinché venga avvertita come giusta sia da parte della società che dal reo stesso).

¹⁹ La prevenzione speciale consiste in quell'insieme di misure volte a dissuadere il singolo dal ricadere nella commissione del reato.

²⁰ P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 4° ed., Monduzzi Editore, 2011, p. 15.

In primo luogo, far sì che il reo tragga dalla sanzione penale beneficio nei termini sopra enunciati (recupero dei valori, risocializzazione) rappresenta senza dubbio un obiettivo prettamente tendenziale e di difficile raggiungimento, in riferimento al quale le probabilità di riuscita non sono predeterminabili. Le variabili da prendere in considerazione nel percorso tendente alla rieducazione sono molteplici (effettiva accettazione da parte del reo della sanzione inflitta, scelta delle modalità esecutive attraverso cui espiare la pena, condizioni concrete in cui queste trovano attuazione), ma sicuramente rimane fermo «l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei per realizzarla»²¹.

In secondo luogo, sottesa al vincolo che la Costituzione impone al legislatore ordinario - nel senso specificato dalla Corte costituzionale (v. *supra*) - vi è l'inevitabile consapevolezza che pur al termine dell'esecuzione così congegnata della pena non si sia pervenuti alla rieducazione del condannato perché presupposto imprescindibile della sua riuscita è la collaborazione spontanea di questi. «Poiché il processo rieducativo possa avere corso senza tradursi in una imposizione coercitiva nei confronti del destinatario, occorre che vi sia la disponibilità psicologica di quest'ultimo. È appunto in questo senso che va colto l'autentico significato del verbo "tendere", impiegato dal legislatore nel terzo comma dell'art. 27 Cost.: in altri termini [...] la rieducazione trova un ostacolo nell'eventuale rifiuto opposto dal soggetto destinatario della sanzione»²².

Rieducare, in definitiva, significa porre le basi per il reinserimento del reo nella società da cui si è autoescluso violando un precetto penale e considerare presupposto e limite di tale percorso il rispetto della personalità del condannato e della sua volontà a che si tenda ad un simile risultato, da manifestare attraverso una collaborazione che non può che essere spontanea per divenire efficace. Conseguenza diretta della finalità rieducativa della pena è l'indispensabile previsione all'interno del sistema penitenziario di un procedimento di controllo del comportamento tenuto dal condannato, della conforme volontà sottesa allo stesso e dell'idoneità delle modalità esecutive del caso concreto a tendere alla

²¹ Corte cost., sent. 12 febbraio 1966, n. 12, cit.

²² G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 706.

rieducazione: «se la pena che si continua ad applicare non è rieducativa, [...] essa assurgerebbe a pena incostituzionale»²³.

Il secondo dei due profili fonte d'ispirazione dei principi cardine del trattamento penitenziario attiene alle modalità esecutive della pena. Prevedendo che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», la Costituzione richiede che la restrizione della libertà personale, giustificata dal rispetto della doppia riserva di legge e di giurisdizione di cui al secondo comma dell'art. 13 Cost., sia comunque rispettosa della fisicità, della personalità e della dignità del condannato, inserendosi così in una prospettiva di tutela della persona molto ampia poiché comprendente l'intera sua dimensione psico-fisica. Domina, infatti, nella nostra carta fondamentale il c.d. principio personalista che trova espressione nell'art. 2 Cost.: assicurando il rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo, la Repubblica finisce col riconoscere la sussistenza di un insieme di diritti preesistenti all'ordinamento giuridico e la cui tutela non può essere negata neanche nei casi di restrizione - pur legittima che sia - della libertà. Ne consegue che il loro esercizio debba esser compatibile con lo stato di detenzione (e con le esigenze di ordine del carcere)²⁴, in modo tale da preservarne l'effettività.

Il principio di umanizzazione della pena si propone quindi di evitare che il rispetto della persona venga meno una volta che l'ordinamento giuridico imponga l'espiazione di una pena ed è proprio a tal fine che il legislatore ordinario ha espressamente riconosciuto ai detenuti specifici diritti attinenti al loro trattamento carcerario, non senza apprestare, al contempo, una tutela giurisdizionale.

A questo proposito, merita di essere menzionata la pronuncia della giurisprudenza costituzionale secondo cui «la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona. [...] Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può spandersi la sua personalità individuale»²⁵. In una successiva pronuncia, la Corte ha poi affermato che «l'idea che la restrizione della libertà personale

²³ P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, cit., p. 10.

²⁴ P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, p. 143.

²⁵ Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349, in *Foro it.*, 1995, I, p. 488.

possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»²⁶.

Pertanto, è da condividere il pensiero di coloro che sostengono che «chi ha commesso un crimine è condannato a scontare la propria pena con la privazione della libertà, giammai della dignità!»²⁷.

3. I principi fondamentali del trattamento penitenziario

I principi costituzionali fin qui approfonditi trovano piena espressione nell'art. 1, l. 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti o.p.).

Già la rubrica, recante «Trattamento e rieducazione», suggerisce come il disposto dell'art. 27, 3° co., Cost. faccia da sfondo alla disciplina dell'ordinamento penitenziario. In particolare, il trattamento penitenziario attiene allo svolgimento della vita carceraria di tutti i detenuti (condannati o imputati che siano), mentre la rieducazione si riferisce al solo condannato ed al suo diritto a che la pena tenda alla risocializzazione. È stato autorevolmente sostenuto in dottrina²⁸ che tra i due termini (i quali sono concettualmente da tenere distinti, nonostante spesso siano usati come sinonimi) sussista un rapporto di genere a specie: infatti, il trattamento penitenziario (genere) implica che esso venga svolto con finalità rieducativa (nella specie, c.d. trattamento rieducativo) solo se ed in quanto riferito ai condannati. Al contrario, nessun obbligo di rieducazione incombe sull'amministrazione penitenziaria nei confronti degli imputati che siano anch'essi detenuti²⁹:

²⁶ Corte cost., sent. 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, p. 176.

²⁷ *L'Ora d'Aria. Vademecum sulla vita penitenziaria* a cura di S. Fleres, L. Buscemi, P. Garofalo, Regione Siciliana, Garante dei Diritti dei Detenuti, Palermo, 2007.

²⁸ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, 2010, p. 122.

²⁹ L'imputato detenuto è colui il quale sia stato privato della libertà tramite un provvedimento di custodia cautelare, ma senza che sia intervenuta nei suoi confronti una sentenza definitiva di condanna. Pertanto, rientrano in tale categoria sia i soggetti in attesa di giudizio, sia coloro i quali, condannati in primo o in secondo grado, hanno proposto rispettivamente appello o ricorso in Cassazione. La giustificazione sottesa all'assenza del carattere rieducativo del loro trattamento è enunciata nel quinto comma dell'art. 1 o.p. da leggere in combinato disposto con l'art. 27, 2° co.,

l'imputato può partecipare alle attività educative - facenti parte di quell'offerta di interventi diretti a sostenerne gli interessi umani, culturali e professionali di cui all'art. 1, 1° co., d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (d'ora in avanti reg. esec.) - solo su richiesta dello stesso e previo nulla-osta dell'autorità giudiziaria procedente (art. 15, 3° co., o.p.).

Altro principio di matrice costituzionale è quello espresso dal primo comma dell'art. 1 o.p. secondo cui «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona.»

Le considerazioni già svolte a proposito del principio di umanizzazione della pena - il quale trova il suo antecedente logico-giuridico nel principio personalista di cui la Costituzione è permeata (v. *supra*) - non possono che valere anche in questa sede, con l'ulteriore precisazione che il rispetto della dignità del detenuto vanta un immediato riconoscimento nel successivo comma quarto dell'art. 1 o.p., il quale impone che i soggetti reclusi vengano chiamati o indicati con il loro nome. La norma in esame, oltre a conferire la giusta dignità al detenuto che conserva il suo nome indipendentemente dal suo *status*³⁰, dà altresì attuazione al principio di uguaglianza se letta nell'ottica per cui nessuno sarà discriminato se tutti verranno chiamati per nome.

Il quadro dei principi enunciati nell'art. 1 o.p. non si limita alla tutela della dignità ed alla prescrizione di conformità del trattamento penitenziario al senso di umanità, ma si estende al principio di assoluta imparzialità di cui al secondo comma. Il concetto di imparzialità rievoca quello di uguaglianza, che si sostanzia in un valore costituzionalmente protetto (art. 3 Cost.) e che implica che non vengano poste in essere «discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose». È grazie all'attuazione di detta norma che si assicura il massimo rispetto della dimensione interna dell'uomo e che si pone l'accento sulla sua posizione all'interno del carcere, vista in termini di assoluta parità rispetto a quella degli altri detenuti: nessun detenuto occupa, o può occupare, una posizione di

Cost.: «Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva».

³⁰ La portata innovativa dell'art. 1, 4° co., o.p. si coglie ricordando come in passato i detenuti venivano chiamati o indicati tramite il loro numero di matricola. Si trattava di una prassi che ha trovato poi esplicito riconoscimento nell'art. 78, 2° co., reg. 1931.

differenziata né in positivo né in negativo ed a conferma di ciò è fatto divieto all'amministrazione penitenziaria di affidare al singolo detenuto specifici compiti e mansioni che «consentano l'acquisizione di una posizione di preminenza sugli altri» (artt. 32, 3° co., o.p. e 71 reg. esec.).

Ponendosi in linea di continuità col principio costituzionale di uguaglianza, l'art. 1, 2° co., o.p. ne consente l'operatività non solo in termini di divieto di dar vita in carcere a discriminazioni che siano indebite³¹, ma anche per ciò che attiene al profilo della valorizzazione degli elementi della personalità. Nazionalità, razza, condizioni economiche, estrazione sociale, opinioni politiche e credo religioso non possono in alcun modo assurgere a fondamento di trattamenti ingiustificatamente diversificati, ma tali elementi rappresentano, al contrario, la giusta spinta per trovare soluzioni che li rispettino e ne consentano la piena realizzazione. Tale principio risulta essere di non trascurabile interesse nella misura in cui la popolazione carceraria conta anche la massiccia presenza di detenuti stranieri, provenienti da diverse parti del mondo.

Avviandoci verso la conclusione della panoramica sui principi fondamentali del trattamento penitenziario, occorre segnalare che la l. 354/1975, oltre ad aver riferito alla vita in carcere i principi costituzionali dettati in materia di finalità e modalità esecutive della pena, ha altresì delineato un modello di ordinamento penitenziario che ricalca le Regole minime per il trattamento dei detenuti, approvate nel gennaio 1973 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e revisionate una prima volta nel febbraio 1987 (con il titolo di "Regole penitenziarie europee") e successivamente nel gennaio 2006 con Raccomandazione R(2006) 2. Sulla scia delle disposizioni intervenute a livello sovranazionale, la legge sull'ordinamento penitenziario ha rappresentato una vera e propria svolta ideologica³² nella nostra tradizione giuridica in quanto ha collocato al primo posto della scala degli interessi da tutelare il detenuto-persona,

³¹ Fuor di dubbio è che siano vietate le sole discriminazioni espressione di una scelta che non abbia alcuna ragione di esser presa, mentre saranno da ritenersi pienamente valide le distinzioni effettuate di fronte a situazioni diverse che richiedono quindi trattamenti diversi: è questa la ricaduta, in sede pratica, del principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost. che trova espresso riconoscimento nel trattamento individualizzato ex art. 13 o.p. (su cui si veda diffusamente il successivo § 4.2.).

³² V. GREVI, *sub* art. 1, in V. Grevi - G. Giostra - F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, 2° ed., Cedam, 2000, p. 4.

in un'ottica di valorizzazione e di rispetto degli elementi caratterizzanti la sua personalità. Contro le molteplici tendenze d'imbarbarimento intervenute nei contesti storico-giuridici precedenti, il detenuto è diventato così oggetto dell'attenzione del legislatore penitenziario, protagonista attivo del trattamento che lo riguarda e, soprattutto, titolare di situazioni giuridiche soggettive che hanno definitivamente ribaltato il rapporto con l'amministrazione penitenziaria e che legittimano la previsione di una tutela giurisdizionale volta a proteggerle³³.

4. Le problematiche riguardanti il trattamento penitenziario del detenuto straniero

Se in astratto il legislatore penitenziario sembra aver preso atto che ad espriare la pena in carcere non siano solo detenuti italiani, bensì anche gli stranieri, il trattamento dei detenuti stranieri non sempre risulta essere conforme, in concreto, ai principi cardine del sistema penitenziario. L'effettiva operatività dell'art. 1 o.p., che autorevole dottrina³⁴ considera «manifesto della filosofia complessiva cui si ispira l'intera legge», incontra qualche ostacolo quando il detenuto sia un soggetto straniero. Nonostante la proclamazione del principio di assoluta imparzialità, con conseguente divieto di dar vita a discriminazioni indebite per nazionalità, razza e credo religioso (profili che più di ogni altro interessano il trattamento penitenziario dello straniero), le situazioni carcerarie in cui si trovano i condannati stranieri e le difficoltà che sorgono in ragione del fatto che si tratti di soggetti appartenenti a culture diverse non sempre permettono agli stranieri l'espiazione della pena detentiva in una condizione di totale rispetto dell'art. 1, 2° co., o.p.

Attuale più che mai è il problema del sovraffollamento carcerario. La capienza massima degli istituti penitenziari è stata già da molto tempo ampiamente

³³ A tal proposito, la Corte Costituzionale, con sent. 11 febbraio 1999, n. 26, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 35 e 69 l. 354/75 nella parte in cui non prevedevano «una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti di coloro che siano sottoposti a restrizione della libertà personale». Le disposizioni oggetto di declaratoria d'incostituzionalità non rispettavano il principio di rango costituzionale secondo cui al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non accompagnarsi «il riconoscimento del potere di farli valere dinanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale» (artt. 24 e 113 Cost.).

³⁴ V. GREVI, *sub* art. 1, cit., p. 10.

superata, a tal punto che ogni singola amministrazione penitenziaria si è ritrovata a dover escogitare di volta in volta soluzioni che tamponassero, seppur temporaneamente, il problema. Ne consegue che, così come necessariamente si restringe lo spazio fisico riservato a ciascun detenuto per accoglierne degli altri, diminuiscono anche le risorse disponibili per assicurare un trattamento penitenziario conforme alla legislazione garantista vigente in materia. Se difficile quindi è l'esercizio dei basilari diritti dei detenuti in una condizione di aumento della popolazione carceraria oltre i limiti sopportabili dalle infrastrutture, altrettanto difficile sarà il rispetto degli elementi della personalità di ciascun detenuto straniero e la possibilità di offrirgli degli interventi diversificati che ne permettano la piena estrinsecazione all'interno del carcere.

Le difficoltà relative al trattamento penitenziario dei detenuti stranieri non attengono solo al più generale profilo del sovraffollamento carcerario (che evidentemente interessa anche i detenuti italiani), ma scaturiscono specialmente dalla diversità culturale di cui questi sono naturali portatori. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai problemi di comunicazione conseguenti al fatto che non tutti gli stranieri hanno una quantomeno discreta conoscenza della lingua italiana oppure all'impossibilità - dovuta *in primis* alla lontananza dagli affetti familiari - di predisporre un trattamento rieducativo che implichi il mantenimento di un contatto con l'ambiente esterno (così come invece si richiederebbe ai sensi dell'art. 1, 6° co., o.p.). Inoltre, non di minor rilievo sono le problematiche attinenti alla professione della propria religione in carcere secondo le modalità da questa imposte e che spesso richiedono specifici adempimenti oppure al significato di legalità e liceità, il quale chiaramente non assume sempre lo stesso contenuto per ogni ordinamento giuridico.

Su ciascuno di questi aspetti occorre soffermarsi per avere una visione d'insieme di come, ad oggi, non sia agevole trovare un riscontro pratico in fase esecutiva al diritto dell'esecuzione della pena ed al diritto penitenziario quando il soggetto ristretto sia uno straniero.

4.1. Il trattamento individualizzato e i diritti del condannato

Com'è stato più volte sottolineato, sul piano del diritto sostanziale il trattamento penitenziario non si atteggia in maniera differente a seconda della nazionalità del detenuto. Non a caso, infatti, il legislatore penitenziario ha posto l'accento sull'inammissibilità della compressione dei diritti di ciascun detenuto che avvenga per ragioni che siano arbitrarie e che non rispondano ad esigenze di tutela dell'ordine e della disciplina all'interno del carcere.

L'unica differenziazione ammissibile è quella strettamente connessa alle modalità di svolgimento del trattamento penitenziario. Questo, per poter tendere alla risocializzazione del condannato, non può che essere individualizzato: deve cioè rispondere «ai bisogni della personalità di ciascun soggetto» (art. 13, 1° co., o.p.), incidendo al contempo su quegli «atteggiamenti [...] che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale» (art. 1, 2° co., reg. esec.). «Sembra trovare accoglimento, dunque, la teoria criminologica che intende il trattamento come l'insieme di regole volte a modificare il quadro etico del reo, a individuare le cause del suo comportamento anti-sociale e ad eliminarle al fine di adeguare il soggetto al minimo etico, giuridico e sociale»³⁵.

Il raggiungimento del suddetto obiettivo attraversa alcuni passaggi intermedi che dovranno essere eseguiti dagli operatori a ciò deputati³⁶. In particolare, occorre individuare per ogni singolo detenuto le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale (art. 13, 2° co., o.p.) e predisporre un personale programma di recupero, suscettibile di cambiamenti secondo «le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione» (art. 13, 3° co., o.p.). L'attività su cui si basa la creazione dello specifico trattamento rieducativo è la c.d. osservazione scientifica della personalità, la quale dovrà quindi esser concentrata sul rilevamento e sull'analisi delle caratteristiche peculiari della persona-detenuto.

³⁵ G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 4° ed., Monduzzi Editore, 2011, p. 79.

³⁶ Si tratta di una *équipe* di cui fanno parte il direttore dell'istituto, l'educatore, l'assistente sociale, l'esperto ex art. 80 o.p. (psicologo, criminologo, etc.) e la polizia penitenziaria, i quali si avvalgono della collaborazione del sanitario, dei volontari e del cappellano che insieme costituiscono il c.d. Gruppo di osservazione e trattamento (G.O.T.).

Nonostante in astratto il trattamento penitenziario non cessi né di attribuire diritti³⁷, né di essere modellato sulla figura del detenuto (anche straniero) ai fini della sua risocializzazione, in concreto le difficoltà nascono proprio nel momento in cui si cerca di conciliare tale obiettivo con l'esigenza di mantenere intatto il patrimonio culturale e sociale dello straniero.

4.1.1. La tutela dei rapporti familiari

La tutela dei rapporti familiari s'inserisce nel più ampio quadro del mantenimento dei contatti tra detenuto e mondo esterno. Il c.d. modello partecipativo è di primario interesse per il legislatore penitenziario non soltanto perché esso tende alla risocializzazione del condannato, alla quale non si può evidentemente mirare se si perde qualsiasi tipo di collegamento con la comunità o di legame con le persone che ne fanno ancora liberamente parte; tale modello, invero, permette allo stesso tempo di «superare l'idea tradizionale del carcere come istituzione volta a segregare ed emarginare i detenuti dalla società per tutto il tempo della detenzione»³⁸.

Quanto ai rapporti familiari, la rilevanza di questi emerge in più occasioni: numerose disposizioni, infatti, ne promuovono il rispetto, ponendosi in linea di continuità con la garanzia costituzionale che l'art. 29, 1° co., Cost. offre alla famiglia. In particolare, l'articolo 15, 1° co., o.p. annovera i rapporti con la famiglia tra gli elementi essenziali del trattamento; l'art. 18, 3° co., o.p. sottolinea come «particolare favore venga accordato ai colloqui con i familiari»; l'art. 28 o.p. pone come obiettivo il mantenimento, il miglioramento o il ristabilimento delle relazioni tra detenuti e famiglie ed a tal fine, il successivo articolo richiede che sia assicurata al detenuto la possibilità di comunicare³⁹ ai propri congiunti lo stato di detenzione ed i propri trasferimenti, nonché eventuali malattie e decessi in

³⁷ G. GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Cortina Editore, 1978, p. 128.

³⁸ G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 4° ed., Monduzzi Editore, 2011, p. 115.

³⁹ E debba, specularmente, essere destinatario delle stesse comunicazioni che però riguardino i propri congiunti (art. 29, 2° co., o.p.).

virtù di un obbligo che in queste ultime ipotesi evidentemente grava sull'amministrazione penitenziaria (art. 29, 1° co., o.p.)⁴⁰.

In questo contesto, il problema che si pone con specifico riferimento ai detenuti stranieri deriva dalla difficoltà a che questi instaurino, una volta entrati in carcere, delle relazioni stabili con le proprie famiglie.

Già a monte non risulta agevole individuare chi siano i parenti del soggetto ristretto, se straniero, e quindi chi rivesta la qualità di familiare (o convivente) di quest'ultimo. Esiste, non a caso, una procedura di accertamento della suddetta qualità, la quale però si diversifica a seconda della condizione di regolarità o irregolarità dello straniero in Italia. In generale, i cittadini italiani e quelli appartenenti all'Unione europea possono rendere dichiarazioni sostitutive di certificazioni su fatti giuridicamente rilevanti tra cui cittadinanza, luogo e data di nascita e stato di famiglia, con la conseguenza che i detenuti sono chiamati inizialmente ad accertare mediante autocertificazione il rapporto di parentela ai fini dei colloqui, mentre l'amministrazione penitenziaria dovrà poi compiere i relativi controlli (art. 3, 1° co., d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, t.u. sulla documentazione amministrativa). Per gli stranieri che siano regolarmente soggiornanti in Italia, la possibilità di porre in essere l'autocertificazione anzidetta è limitata esclusivamente agli «stati, fatti e qualità personali attestabili da soggetti pubblici o privati» (art. 3, 2° co., d.P.R. 445/2000) oppure, al di fuori di tali casi, quando la produzione della dichiarazione sostitutiva è prevista in applicazione di convenzioni internazionali stipulate tra l'Italia ed il Paese d'origine del dichiarante (art. 3, 3° co., d.P.R. 445/2000). Ci si riferisce, evidentemente, alle informazioni già in possesso degli organi pubblici e privati italiani. La differenza con la situazione del detenuto extracomunitario irregolare è, in effetti, molto marcata, essendo preclusa a quest'ultimo, per volontà legislativa, la facoltà di autocertificazione: l'art. 3, ult. co., d.P.R. 445/2000 impone, infatti, la necessità che i certificati o le attestazioni siano rilasciati dalla competente autorità dello Stato estero e che siano altresì corredati di traduzione in lingua italiana autenticata dall'autorità consolare italiana («che ne attesta la conformità all'originale»), il che

⁴⁰ Per completezza, è necessario richiamare anche l'art. 37, 1° co., reg. esec. che ammette eccezionalmente colloqui con persone terze estranee alla famiglia, ma solo per «ragionevoli motivi».

sicuramente comporta sia il dispendio di risorse che l'inevitabile attesa dei tempi burocratici⁴¹.

Altro problema è dato dal fatto che, nella maggior parte dei casi, i familiari dello straniero non sono residenti in Italia: ne consegue che la lontananza, spesso non trascurabile, dal Paese d'origine impedisce l'effettuazione di una seppur rara visita all'interno dell'istituto penitenziario. A ciò deve aggiungersi che, essendo i più recenti flussi migratori causati da situazioni di estrema povertà economica, molti stranieri partono proprio al fine di trovare lavoro altrove e di mantenere a distanza i propri familiari, mentre questi rimangono nello Stato di provenienza: le precarie condizioni economiche della famiglia d'origine comportano automaticamente l'impossibilità di intraprendere un viaggio verso l'Italia per far visita al detenuto. Tale impossibilità, a sua volta, comporta non solo il mancato soddisfacimento di bisogni quotidiani (quali, ad esempio, la fornitura di vestiario o di libri in lingua originale), bensì anche il venir meno di quell'appoggio morale ed affettivo di cui ogni detenuto avrebbe bisogno.

4.1.2. Il diritto alla difesa: la scelta ed i colloqui con il difensore

Ulteriore aspetto problematico relativo al trattamento penitenziario del detenuto straniero riguarda la predisposizione di una difesa tecnica che lo assista nella fase esecutiva della pena (e/o nella fase strettamente processuale qualora si tratti di un soggetto ristretto che sia stato condannato per alcuni fatti, ma che sia imputato per altri). Preliminarmente, occorre precisare come la necessità che si nomini un difensore, a seconda dei casi di fiducia o d'ufficio, è stata originariamente prevista esclusivamente per gli imputati in stato di custodia cautelare, ai quali l'art. 104 c.p.p. attribuisce il diritto di conferire col proprio difensore⁴². Il legislatore

⁴¹ Occorre segnalare che l'amministrazione penitenziaria, con Circolare DAP dell'8 luglio 1998, n. 3478/5928, ha - in tema di colloqui - attenuato la differenza di posizione dello straniero derivante dalla sua condizione di irregolarità. Ha infatti previsto che quest'ultima possa esser "sanata" dall'obbligatorietà (in virtù di un legittimo titolo esecutivo) della permanenza in carcere; di conseguenza, laddove sussistano gravi ragioni di urgenza, lo straniero irregolare può esser ammesso a rendere dichiarazioni sostitutive, senza in ciò essere discriminato rispetto allo straniero regolare.

⁴² Articolo 104, 1° co., c.p.p.: «L'imputato in stato di custodia cautelare ha diritto di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della misura.»

processuale, così come quello penitenziario, non aveva invece previsto un'analoga disposizione per i detenuti nei confronti dei quali fosse già intervenuta una sentenza definitiva di condanna. Al fine di colmare tale lacuna si è fatto inizialmente ricorso alla disposizione generale relativa ai colloqui ordinari di cui all'art. 18 o.p. (il cui permesso però può esser concesso, ai sensi del comma ottavo, solo su discrezionalità del direttore dell'istituto), fino a quando la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale norma, nella parte in cui non prevedeva la nomina di un difensore per i detenuti condannati che prescindesse da qualsiasi valutazione discrezionale del direttore e che avvenisse sin dall'inizio della fase esecutiva⁴³.

Tornando al problema della difesa tecnica del detenuto straniero, questi, di norma, non ha i mezzi economici per affidarsi ad un avvocato di fiducia. Tuttavia, dato che il nostro ordinamento giuridico contempla l'istituto del gratuito patrocinio per i non abbienti, è possibile che lo straniero vi ricorra rivolgendosi così ad un avvocato d'ufficio, il quale sarà scelto tra i nominativi presenti nelle liste stilate dal tribunale del luogo ed esibite al momento dell'immatricolazione nell'istituto penitenziario. Tale espediente non è però di semplice attuazione, sotto due profili. Il primo profilo attiene ai criteri con cui il detenuto straniero presumibilmente effettuerà la scelta del difensore: casualità o conoscenza di uno specifico nominativo segnalato dai compagni. Il secondo profilo, di natura strettamente giuridica, attiene invece alle modalità di accesso al gratuito patrocinio. L'istituto del gratuito patrocinio è disciplinato dagli artt. 74 ss. del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (testo unico in materia di spese di giustizia). In particolare, l'art. 90⁴⁴, operando un'equiparazione tra il cittadino italiano e lo straniero o l'apolide, permette a questi ultimi di usufruire dell'anticipazione delle spese da parte dello Stato italiano una volta che si sia verificata la sussistenza dei requisiti per esservi ammessi, il che implica, oltre al rispetto delle procedure previste per la relativa richiesta, che occorra dimostrare che l'ammontare del proprio reddito non superi la soglia prevista dalla legge. Il reddito riferibile al detenuto straniero e che evidentemente supporterà la sua domanda di gratuito patrocinio è quello prodotto

⁴³ Corte cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 208.

⁴⁴ Articolo 90: «Il trattamento previsto per il cittadino italiano è assicurato altresì allo straniero e all'apolide residente nello Stato».

all'estero, per assicurare la veridicità del quale serve un apposito atto dell'autorità consolare (art. 79, 2° co., t.u. spese). La procedura⁴⁵, quindi, solleva indubbie perplessità sia quanto alla possibilità di ottenere la necessaria certificazione da parte dell'autorità competente sia quanto alla celerità del rilascio della stessa. Sebbene il legislatore abbia previsto, all'articolo 94, 2° co., t.u. spese, che gli stranieri possano autocertificare la propria situazione reddituale, lo stesso non ha mancato di subordinare una simile semplificazione procedurale alla prova dell'impossibilità di fornire la certificazione dell'autorità consolare.

Naturalmente, se già difficile si prospetta l'ammissione al gratuito patrocinio per i detenuti stranieri residenti o regolarmente soggiornanti in Italia, ancora più problematico sarà assicurare la difesa tecnica al detenuto extracomunitario irregolare.

Da ultimo, sembra doveroso far cenno all'ulteriore difficoltà che incontra il detenuto straniero il quale abbia avuto la possibilità, a sue spese o a spese dello Stato, di organizzare la propria difesa tramite l'ausilio di un difensore. La maggior parte degli stranieri, infatti, non ha che una discreta - in alcuni casi mediocre - conoscenza della lingua italiana; pertanto relazionarsi col detenuto alloglotta in riferimento a questioni di carattere prettamente giuridico (le quali presuppongono una conoscenza del linguaggio tecnico di base per poter esser ben comprese) non sarà un lavoro semplice per l'avvocato.

4.1.3. Il problema della lingua

La scarsa conoscenza della lingua italiana costituisce l'ostacolo che fa da sfondo a pressoché tutte le problematiche fin qui esaminate del trattamento penitenziario del detenuto straniero. Tuttavia, oltre a rendere più difficile la comprensione degli obblighi comportamentali all'interno del carcere, delle indicazioni provenienti dall'amministrazione penitenziaria e delle strategie da concordare ai fini difensivi,

⁴⁵ In ogni caso, «se il cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea è detenuto [...], la certificazione dell'autorità consolare [...] può anche essere prodotta, entro venti giorni dalla data di presentazione dell'istanza, dal difensore o da un componente della famiglia dell'interessato» (art. 94, 3° co., t.u. spese).

il problema della lingua coinvolge specialmente l'aspetto della consapevolezza della pena che si è condannati ad espiare ed il profilo dell'istruzione.

Lo straniero, infatti, il più delle volte non è a conoscenza del contenuto intrinseco della pena da espiare o del perché questa sia stata in un determinato modo quantificata da parte del giudice; per porre rimedio a tale inconveniente, la giurisprudenza di legittimità è intervenuta in molteplici occasioni stabilendo la necessità di tradurre l'ordine di esecuzione emesso nei confronti dello straniero alloglotta in una lingua a lui nota. La Suprema Corte ha avuto modo di affermare che la traduzione dell'ordine di esecuzione debba essere effettuata già al momento di inizio della fase esecutiva (e quindi prima che venga eseguito l'ordine stesso) e che, in mancanza di questa, l'ordine non tradotto dovrà considerarsi nullo⁴⁶. Con una pronuncia più risalente, la stessa Corte aveva precisato che la traduzione, che si impone come necessaria a pena di nullità dell'ordine, costituisca la regola da seguire ogni qual volta il destinatario del provvedimento del pubblico ministero sia uno straniero; ne consegue che tale regola potrà essere derogata solo nel caso in cui «risulti dagli atti del procedimento che egli comprendesse la lingua italiana, circostanza che si deve presumere qualora da tali atti si rilevi che il soggetto si è sempre reso conto della portata dell'accusa, contrapponendovi un'adeguata difesa»⁴⁷. Tuttavia, sebbene la giurisprudenza di legittimità appena richiamata insiste sulla necessità di tradurre l'ordine di esecuzione in modo tale che lo straniero sia reso consapevole del contenuto dello stesso, non si registra uniformità di vedute in relazione al momento in cui la traduzione debba avvenire, ossia sin dall'inizio della fase esecutiva - che coincide con l'emanazione del provvedimento del pubblico ministero - oppure solo successivamente⁴⁸, al momento dell'ingresso dello straniero nell'istituto penitenziario o anche dopo, all'udienza per la discussione dell'eventuale incidente di esecuzione.

La necessità di tradurre l'ordine di esecuzione prende le mosse da una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 143 c.p.p. in relazione al diritto di difesa, che l'art. 24, 2° co., Cost. proclama inviolabile. Detta norma del codice di rito, dopo aver attribuito, al primo comma, all'imputato che non conosca

⁴⁶ Cass. pen. Sez. I, 6 maggio 2010, n. 20275, in *C.E.D. Cass.*, n. 247212.

⁴⁷ Cass. pen. Sez. I, 20 maggio 2004, n. 25688, in *C.E.D. Cass.*, n. 228143.

⁴⁸ In questo senso, Cass. pen., Sez. II, 14 marzo 2002, n. 18136, in *Dir. imm. citt.*, 2003, 2, p. 168.

la lingua italiana il diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete, stabilisce nel successivo comma⁴⁹ l'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di disporre la traduzione scritta in lingua straniera degli atti ivi elencati⁵⁰. Già nel 1993, la Corte costituzionale⁵¹ aveva avuto modo di precisare - in sede di conclusioni - come fosse «di evidente rilevanza una pronunzia comportante l'attuazione del diritto dell'imputato [straniero] a vedersi notificato, tradotto nella lingua a lui nota il decreto di citazione a giudizio»⁵², elevando così a “clausola generale” la disposizione di cui al previgente secondo comma⁵³ dell'art. 143 c.p.p. in funzione di una piena attuazione del diritto alla difesa. Nonostante si facesse specifico riferimento, a vigenza dell'originaria formulazione della norma, alla qualità di imputato (compresa quella di indagato in virtù dell'estensione *ex art. 61 c.p.p.*) ed alla fase conclusiva delle indagini preliminari, non vi è dubbio che l'obbligo di traduzione riguardi anche la fase propriamente esecutiva e quindi l'ordine di esecuzione, che ne è il primo atto⁵⁴.

Infine, occorre dar atto che il recente d.lgs. 32/2014 ha modificato il terzo comma dell'art. 143 c.p.p. in un duplice senso: da un lato, nel senso di riconoscere la facoltà al giudice di disporre la traduzione gratuita di altri atti (o anche solo di parte di essi) ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico; dall'altro lato, nel senso di permettere che si pervenga alla

⁴⁹ Come risultante a seguito dell'intervento del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 intitolato «Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali».

⁵⁰ La norma menziona espressamente l'informazione di garanzia, l'informazione sul diritto di difesa, i provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, i decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione in giudizio, le sentenze ed i decreti penali di condanna.

⁵¹ Corte cost., sent. 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, p. 52.

⁵² La pronuncia faceva specifico riferimento al decreto di citazione a giudizio innanzi al pretore ed al decreto di citazione a giudizio immediato innanzi al tribunale competente.

⁵³ La previgente versione del 143, 2° co., c.p.p. imponeva l'obbligo per l'autorità procedente di nominare un interprete quando occorresse tradurre uno scritto in lingua straniera o in un dialetto non facilmente intellegibile ovvero quando la persona che volesse o dovesse rendere una dichiarazione non conoscesse la lingua italiana.

⁵⁴ Cfr., tra le tante, Cass. pen. Sez. I, 6 maggio 2010, n. 20275, in *C.E.D. Cass.*, n. 247212; Cass. pen., Sez. III, 15 novembre 2002, n. 1715, in *C.E.D. Cass.*, n. 223278; Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 1995, n. 843, in *C.E.D. Cass.*, n. 201441.

traduzione di altri atti anche su richiesta di parte, con atto motivato e impugnabile unitamente alla sentenza⁵⁵.

L'ultimo profilo su cui incide in termini negativi la poca conoscenza della lingua italiana è quello dell'accesso all'istruzione. L'art. 19, 1° co., o.p. stabilisce che «negli istituti penitenziari la formazione culturale e professionale è curata mediante l'organizzazione dei corsi della scuola dell'obbligo e di corsi di addestramento professionale, secondo gli orientamenti vigenti e con l'ausilio di metodi adeguati alla condizione dei soggetti». Ora, se da un lato il legislatore penitenziario ha inteso annoverare l'istruzione tra gli elementi essenziali del trattamento, con correlativo obbligo per l'amministrazione penitenziaria di garantirla ad ogni livello (dalla scuola dell'obbligo agli studi universitari), in concreto le possibilità di accesso a questa risultano essere davvero minime per lo straniero. Il detenuto straniero, infatti, più che aver bisogno di studiare per ottenere un titolo, avrebbe bisogno, a seconda dei casi, di apprendere le basi o approfondire la conoscenza della nostra lingua e dato che i corsi, seppur numerosi, che è possibile seguire in carcere sono tutti strutturati in lingua italiana, egli non trae effettivo giovamento da una simile previsione. Tuttavia, per ovviare a tale inconveniente, molti istituti penitenziari hanno dato avvio a corsi di prima alfabetizzazione della lingua italiana (in genere gestiti dagli stessi insegnanti, ma a titolo volontario) per i soli stranieri: si cerca quindi di permettere l'apprendimento delle regole basilari della lingua italiana, la cui conoscenza è fondamentale al fine di accedere ai programmi didattici organizzati all'interno dell'istituto, sebbene tale soluzione non consenta di ottenere alcun titolo di studio giuridicamente valido.

4.1.4. La libertà di religione

La libertà di religione rientra tra le libertà fondamentali che ciascuno Stato di diritto dovrebbe garantire. Nel nostro ordinamento, essa trova un riconoscimento solenne già a livello costituzionale nell'art. 19 Cost., il cui contenuto è

⁵⁵ Per un maggiore approfondimento, si veda MI. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

sostanzialmente ripreso, a livello sovranazionale, dall'art. 9 CEDU⁵⁶. L'art. 19 Cost., infatti, stabilisce innanzitutto che il diritto di professare liberamente la propria fede religiosa spetta a chiunque (sia individualmente che in forma associata) e che a tale diritto si accompagna la libertà di propagandare e di esercitare il relativo culto sia in pubblico che in privato, con l'unico limite di non porre in essere «riti contrari al buon costume».

La libertà di religione, alla luce del dettato costituzionale⁵⁷, riceve massima tutela. A fondamento di una così ampia garanzia vi è la concezione per cui la religione non possa che avere un'influenza positiva sulla dimensione interna e spirituale dell'uomo: essa diventa veicolo di valori quali la pacifica convivenza, la solidarietà e l'altruismo i quali, com'è facile comprendere, assumono un ruolo ancora più propulsivo se a professarli è il soggetto privato della propria libertà personale, costretto a espiare la pena in un istituto penitenziario. Se è vero che il condannato deve essere rieducato tramite un processo di recupero di valori che miri alla sua risocializzazione, allora non potrà non riconoscersi la spiccata rilevanza che la religione riveste nell'ambito del suo percorso all'interno del carcere. A conferma di ciò, la religione rientra tra gli elementi essenziali del trattamento penitenziario richiamati dall'art. 15, 1° co., o.p. ed il diritto di professarla in maniera libera (insieme al diritto di «istruirsi in essa») viene espressamente riconosciuto dall'articolo 26, 1° co., o.p. Inoltre, la sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività di cui all'art. 39 o.p. riguarda ormai le sole attività sportive e ricreative, senza potersi estendere a quelle religiose e culturali.

⁵⁶ L'art. 9, 1° co., CEDU riproduce lo stesso testo dell'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, redatta dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (ONU) e risalente al dicembre 1948, due anni prima rispetto all'emanazione della CEDU (novembre 1950). Infatti, proprio a tale dichiarazione il Consiglio d'Europa si ispirò nel suo intento di salvaguardare e sviluppare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali in prospettiva della maggiore coesione tra gli Stati membri e del mantenimento della pace.

L'art. 9, 2° co., CEDU recita testualmente: «La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

⁵⁷ L'art. 19 Cost. non è l'unica norma posta a tutela di una simile libertà. Nel successivo articolo, infatti, si pone l'accento sulla non ammissibilità di limitazioni legislative (sia in termini generici, sia in termini di gravami fiscali) relative alla costituzione, capacità giuridica ed attività di associazioni o istituzioni, per il solo fatto che abbiano carattere ecclesiastico oppure un fine religioso o di culto.

L'attuale normativa, però, a differenza del precedente regolamento esecutivo del 1931, «lascia liberi i detenuti di professare la propria fede [...]»⁵⁸, mentre in passato gli artt. 1 e 142 reg. esec. 1931, «basandosi sulla teoria di stampo lombrosiano secondo cui l'assenza di religiosità costituiva un fattore eziologico della delinquenza, obbligavano i detenuti - pena l'applicazione di sanzioni disciplinari - a partecipare alle funzioni religiose di rito cattolico»⁵⁹. Se diverso è quindi il modo di intendere oggi il rapporto tra criminalità e religione, ne discende che non vi potrà essere un obbligo, ma solo una libertà di religione per il detenuto, il quale dovrà esser messo nella condizione di poterla professare qualora scegliesse di farlo. Proprio a questo proposito, la Convenzione di Ginevra ha disposto, ai punti 41 e 42, che «durante la permanenza in un istituto penitenziario, per quanto possibile, ogni individuo deve poter professare liberamente la propria religione. Ciò significa mettere il detenuto nella condizione di poter rispettare i propri obblighi religiosi e di poter disporre, ove ne faccia richiesta, dei testi necessari».

La religione di cui si parla, evidentemente, non è solo quella cattolica, nonostante questa sia la più diffusa in Italia: libertà di religione è anche libertà di professare una religione diversa da quella che accomuna la maggior parte delle persone appartenenti allo Stato in cui si trova l'istituto penitenziario ove si è ristretti e nello specifico il culto cattolico, appunto. È questo il profilo che maggiormente interessa i detenuti stranieri, seppure non si possa negare che esso riguardi anche i detenuti italiani che appartengano ad una confessione diversa da quella cattolica. In questo contesto rilevano sia l'art. 26, 4° co., o.p. che attribuisce ai detenuti appartenenti a religione diversa da quella cattolica il diritto di ricevere, su richiesta⁶⁰, l'assistenza di ministri del proprio culto e di celebrarne i relativi riti, sia l'art. 58, 1° e 5° co., reg. esec. secondo cui l'amministrazione penitenziaria dovrà predisporre locali idonei all'esercizio di tali pratiche religiose cui i detenuti

⁵⁸ G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, cit., p. 110.

⁵⁹ R. M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale*, cit., p. 106. Siffatte sanzioni non venivano applicate ai soli soggetti i quali avessero dichiarato, all'atto di ingresso in istituto, di professare un'altra religione.

⁶⁰ Prescinde da una specifica richiesta la predisposizione di una cappella e di un cappellano (o di più cappelle o cappellani a seconda delle esigenze del servizio religioso), prevista dall'art. 58, 4° co., reg. esec.

hanno diritto di partecipare (purché compatibili con l'ordine e la sicurezza dell'istituto e non contrari alla legge), sia l'articolo 58, 2° co., reg. esec. in base al quale è possibile esporre nella propria camera (individuale, o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti) immagini e simboli espressione del proprio credo. Unico limite alla professione del proprio credo religioso è ravvisabile nel divieto di molestare la comunità con i propri comportamenti (art. 58, 3° co., reg. esec.).

Quanto alla richiesta di assistenza proveniente dal detenuto straniero, essa potrà trovare accoglimento solo dopo che il direttore abbia accertato la qualità e l'identità del ministro di culto scelto: possono, infatti, essere ammessi ad accedere al carcere i soli ministri di culto indicati nell'elenco predisposto dal Ministero dell'Interno, in virtù di una legge che regoli il rapporto tra lo Stato italiano e la specifica confessione religiosa. Ne consegue che nell'ipotesi in cui non sussista una legge che si riferisca ad uno specifico culto, non sia possibile predisporre l'apposito elenco. È questo il caso della religione islamica: i detenuti musulmani non possono avvalersi in modo stabile di un interlocutore religioso, subendo quindi una concreta limitazione del proprio diritto alla religione. Tuttavia, per garantire una seppur minima effettività a tale diritto, l'amministrazione penitenziaria, con circolare n. 508110/2002, ha consentito l'accesso a quei ministri di culto che avessero acquisito un nulla-osta da parte del Ministero dell'Interno: ad ogni modo, una simile presenza non può ritenersi, allo stato attuale delle leggi, continuativa e costante, a differenza di quanto avviene con riferimento al cappellano cattolico, il quale fa addirittura parte della commissione presieduta dal magistrato di sorveglianza per il regolamento interno.

Il detenuto straniero che professi una religione diversa da quella cattolica può ottenere l'assistenza spirituale e morale di cui ha bisogno in altri modi. L'art. 17, 2° co., o.p., ad esempio, ammette a frequentare gli istituti penitenziari - previa autorizzazione del magistrato di sorveglianza, nel rispetto delle direttive di quest'ultimo e con parere favorevole del direttore - «tutti coloro che avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera»; l'art. 116 reg. esec., invece, permette l'ingresso in carcere del

ministro di culto tramite lo strumento delle visite, previa autorizzazione del direttore e nella piena riservatezza di tale attività.

Si può affermare che sia innegabile una disparità di trattamento dei detenuti sotto il profilo del diritto alla religione, sia in termini di sussistenza di una legislazione che tuteli il diritto di professare qualsiasi credo sia in termini di organizzazione (dato che l'unica organizzazione che gode di stabilità all'interno degli istituti penitenziari è quella volta alla professione della religione cattolica).

La mancanza di un'effettiva tutela di ogni credo religioso all'interno del carcere ha delle ripercussioni anche sull'aspetto dell'alimentazione, soprattutto per i detenuti islamici i quali osservano specifiche prescrizioni a riguardo (si pensi al periodo del Ramadan, durante il quale vi è l'obbligo di digiunare fino al tramonto oppure al divieto di consumare determinati cibi). A tal proposito, l'art. 11, 4° co., reg. esec. stabilisce che «nella formulazione delle tabelle vittuarie si deve anche tenere conto, in quanto possibile, delle prescrizioni proprie delle diverse fedi religiose». In questi casi, però, è solo grazie alla sensibilità della direzione del carcere al problema che si può consentire il pieno rispetto - tramite l'emanazione di direttive interne - dei diritti di chi professa la religione musulmana.

4.2. Gli strumenti premiali

L'ordinamento penitenziario prevede la possibilità di disporre l'applicazione di diverse tipologie di strumenti premiali per i detenuti, al fine di incentivare il rispetto delle regole di vita all'interno del carcere. Tuttavia, anche queste ipotesi presentano profili problematici se riferite al detenuto straniero.

4.2.1. I permessi premio

L'art. 30-ter o.p., introdotto dalla legge 10 ottobre 1986, n. 633 (c.d. legge Gozzini), contempla la possibilità di concedere permessi premio⁶¹ grazie ai quali i

⁶¹ I permessi premio sono stati previsti solo con la prima riforma penitenziaria, dato che nella sua versione originaria la legge sull'ordinamento penitenziario annoverava solo i permessi c.d. di necessità. Questi ultimi, disciplinati dall'art. 30 o.p., rispondono all'esigenza a che la pena non sia contraria al senso di umanità (art. 27, 3° co., Cost.) in quanto con il relativo rilascio si permette al

condannati riacquistano - seppur momentaneamente - la libertà. La *ratio* di una simile previsione risiede nel fatto di voler appunto premiare il detenuto per la regolare condotta tenuta all'interno dell'istituto penitenziario: si assolve così ad una funzione sia generale, ossia quella di promuovere il rispetto delle regole, sia speciale, contribuendo al mantenimento dei rapporti affettivi e familiari e degli interessi culturali del detenuto. Proprio in quest'ultimo senso deve intendersi il terzo comma dell'art. 30-ter secondo cui «l'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento»: essa permette al detenuto di continuare ad avere un contatto con l'ambiente esterno, il che costituisce il primo passo per la sua risocializzazione. Non a caso, sulla scia della giurisprudenza costituzionale⁶² si è autorevolmente sostenuto che una simile esperienza «consente un iniziale reinserimento del condannato nella società [...]» e che proprio «per questo motivo, la concessione [del permesso premio] è ancorata esclusivamente alla valutazione del comportamento del detenuto nel corso della espiazione della pena»⁶³. Il primo dei requisiti cui è subordinato lo strumento premiale è, infatti, la regolare condotta (art. 30-ter, 1° co., o.p.) tenuta dal soggetto ristretto durante la detenzione, da intendersi come manifestazione di un «costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali» (art. 30-ter, 8° co., o.p.). La verifica negativa della pericolosità sociale del detenuto ed il fatto che la concessione del permesso premio sia finalizzata alla coltivazione di interessi affettivi o culturali o di lavoro (art. 30-ter, 1° co., o.p.) costituiscono gli altri due requisiti la cui sussistenza dovrà esser valutata dal magistrato di sorveglianza.

detenuto di far visita ad un familiare (o al convivente) che sia in imminente pericolo di vita o comunque di uscire dal carcere in caso di eventi familiari di particolare gravità ed eccezionalità. Tale ultima previsione si rivela come contraria a quella tendenza estensiva del termine "evento" che si diffuse prima dell'introduzione del permesso premio: prima della legge Gozzini, infatti, si riteneva che il termine "evento" facesse riferimento anche ad occasioni positive e particolarmente significative per la vita familiare, quali ad esempio un matrimonio o un battesimo. Successivamente, tali esigenze hanno trovato soddisfazione tramite l'istituto del permesso premio.

⁶² Corte cost., sent. 6 giugno 1995, n. 227, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3; Corte cost., sent. 4 luglio 1996, n. 235, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2128; Corte cost., sent. 22 aprile 1999, n. 137, in *Cons. Stato*, 1999, 2, p. 509.

⁶³ G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, cit., p. 139.

Alla luce dell'analisi appena svolta, è facile comprendere come la concessione dei permessi premio al detenuto straniero avverrà con maggiori difficoltà, non tanto sotto il profilo della regolare condotta tenuta in carcere, quanto piuttosto per i motivi affettivi e lavorativi che sottendono la concessione di un simile beneficio. Difficilmente, infatti, gli stranieri hanno l'opportunità di poter intraprendere un'attività lavorativa al di fuori del carcere a causa della diffusissima condizione di clandestinità in cui questi genericamente versano, così come risulta poco probabile che essi possano coltivare quegli stessi legami affettivi con persone che si trovano nella maggior parte dei casi lontani dal territorio in cui ha sede l'istituto penitenziario. Se non è quindi possibile realizzare gli interessi per i quali il legislatore ha introdotto l'istituto in esame, difficile sarà la sua concessione da parte del magistrato di sorveglianza.

4.2.2. Il lavoro all'esterno

Altro beneficio di cui i detenuti possono godere è il lavoro all'esterno, il quale si sostanzia nella prestazione di un'attività lavorativa al di fuori della struttura penitenziaria. Tale istituto, disciplinato dall'art. 21 o.p. e dall'art. 48 reg. esec., non impone lo svolgimento di una specifica attività lavorativa: infatti, si può trattare di un lavoro prestato in favore di imprese pubbliche o private, di un lavoro autonomo o subordinato oppure della semplice partecipazione ad un corso di formazione professionale. Se irrilevante è la tipologia di lavoro che il detenuto potrà svolgere, di primaria importanza, invece, è che l'accesso a tale beneficio faccia parte del programma di trattamento individualizzato, sottoposto all'approvazione del magistrato di sorveglianza *ex artt.* 21, 4° co. e 69, 5° co., o.p. L'approvazione si rende necessaria in quanto implica una valutazione sui vantaggi che il detenuto potrebbe trarre da un simile beneficio, a supporto della tesi secondo la quale «il lavoro costituisce lo strumento rieducativo su cui il legislatore ha maggiormente puntato per la realizzazione del fine ultimo del trattamento penitenziario»⁶⁴, quello della risocializzazione del condannato.

⁶⁴ G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, cit., p. 98.

Tuttavia, l'opportunità di inserire il lavoro all'esterno quale strumento premiale nel trattamento penitenziario dei detenuti stranieri mal si concilia con la possibilità effettiva per questi ultimi di svolgerlo. Il problema linguistico, da un lato, e la condizione di irregolare permanenza nel territorio italiano, dall'altro, costituiscono ostacoli non facilmente sormontabili. Quanto alla mancanza del permesso di soggiorno, che rende illegale la presenza dello straniero nel territorio italiano e di conseguenza anche l'attività lavorativa eventualmente svolta dallo stesso, il Ministero del Lavoro si è adoperato per evitare di dar vita a discriminazioni nell'accesso allo strumento premiale *ex art. 21 o.p. tra detenuti italiani e detenuti stranieri ed altresì tra detenuti stranieri regolarmente soggiornanti in Italia e detenuti stranieri privi di permesso di soggiorno*. Con circolare del 15 marzo 1993, n. 27, il Ministero del Lavoro ha previsto un'apposita procedura di avviamento al lavoro per i detenuti stranieri i quali, privi di un permesso di soggiorno, ma obbligati a restare in Italia in virtù di una decisione giurisdizionale, fossero stati ammessi a godere del beneficio del lavoro all'esterno dell'istituto penitenziario tramite un provvedimento del tribunale di sorveglianza⁶⁵. In particolare, l'Ufficio provinciale del lavoro dovrà rilasciare un atto di avviamento al lavoro⁶⁶, prescindendo dall'iscrizione nelle liste di collocamento, dal possesso del permesso di soggiorno e dall'accertamento di indisponibilità. A conferma di ciò, il Ministero dell'Interno ha avuto modo di precisare che, pur non essendo consentito il rilascio di uno specifico permesso di soggiorno per i detenuti stranieri ammessi al beneficio in esame, il provvedimento del tribunale di sorveglianza autorizza a permanere nel territorio italiano⁶⁷.

⁶⁵ L'autorità competente all'approvazione del provvedimento di ammissione al lavoro è il magistrato di sorveglianza (art. 69, 5° co., o.p.). Tuttavia, la circolare fa riferimento al provvedimento esito di un eventuale appello che evidentemente è di competenza del tribunale di sorveglianza.

⁶⁶ L'atto di avviamento avrà una validità limitata al tipo di attività svolta ed alla durata della misura premiale e non potrà mai costituire titolo per l'iscrizione nelle liste di collocamento una volta cessato il rapporto di lavoro per il quale sia stato rilasciato.

⁶⁷ Con circolare del 4 settembre 2001 (P.N. 300/C/2001/3595/A/L264/1^ DIV), a proposito della legittimità del provvedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno di un detenuto straniero, il Ministero dell'Interno ha precisato come si possa «ben sostenere che tale provvedimento [la sentenza penale di condanna] contiene in se stesso la caratteristica di autorizzazione al soggiorno, rendendo vano un ulteriore intervento, peraltro di natura amministrativa, dell'autorità di P.S.».

Le conseguenze delle circolari adottate rispettivamente dal Ministero del Lavoro e da quello dell'Interno vanno apprezzate positivamente: difatti, esse permettono al detenuto straniero irregolare di accedere allo strumento premiale di cui all'art. 21 o.p., in un'ottica di risocializzazione dello stesso, ed evitano al contempo l'applicabilità delle sanzioni previste (arresto da tre mesi ad un anno e ammenda di 5.000 euro)⁶⁸ per il datore di lavoro che assuma alle proprie dipendenze uno straniero privo di permesso di soggiorno (o con permesso scaduto, revocato o annullato).

4.2.3. La liberazione anticipata: cenni

La liberazione anticipata consiste nella detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata ed è disciplinata dall'art. 54 o.p. L'istituto in esame, nonostante la sua collocazione, non può essere considerato una misura alternativa alla detenzione né per le sue caratteristiche, né per i suoi presupposti. Si tratta di un beneficio che viene concesso da parte del magistrato di sorveglianza sulla base di una valutazione di merito, avente ad oggetto il comportamento intramurario del detenuto. Se lo scopo della liberazione anticipata è premiare il detenuto dando riconoscimento della sua partecipazione alle offerte trattamentali, presupposto imprescindibile della stessa sarà che il condannato abbia fruito di tali opportunità, dimostrando un interesse verso l'opera di rieducazione e l'instaurazione di corrette relazioni con gli operatori penitenziari, i compagni, i familiari e la comunità esterna (art. 103, 2° co., reg. esec.).

La concessione di tale strumento premiale, com'è facile comprendere, tiene conto di fattori prettamente soggettivi, che variano da detenuto a detenuto. La difficoltà a che un detenuto straniero ottenga un provvedimento di liberazione anticipata risiede, evidentemente, nella condizione generale in cui versano gli stranieri all'interno del carcere: il disagio che essi vivono, causato dalle problematiche relative al loro trattamento, comporta inevitabilmente un atteggiamento di chiusura degli stessi e di mancato adeguamento a quelle norme di vita

⁶⁸ Sanzioni ex art. 18, 12° co., l. 30 luglio 2002, n. 189.

penitenziaria che, seppur tradotte *ex art. 69, 2° co., reg. esec.*⁶⁹, non risultano di facile comprensione (o condivisione) sotto il profilo strettamente culturale.

5. La mediazione culturale

L'istituto della mediazione culturale nasce allo scopo di rimuovere - o per lo meno ridimensionare - gli ostacoli che il detenuto straniero incontra nel suo percorso all'interno del carcere e che rendono problematiche la predisposizione e l'efficacia del suo trattamento rieducativo. Si è già accennato alle difficoltà che gli stranieri affrontano durante lo stato di detenzione, dal punto di vista sia della tutela differenziata dei loro diritti e dell'accesso a specifici benefici che dello svolgimento della vita penitenziaria e dell'integrazione nella comunità carceraria. Se per gli stranieri non è semplice comprendere e adattarsi ad un contesto del tutto diverso da quello di provenienza e per di più coattivo (in quanto sussiste un provvedimento giurisdizionale avente carattere definitivo che obbliga il soggetto ad espiare la pena in un istituto penitenziario), specularmente gli operatori penitenziari incontreranno diverse difficoltà nel relazionarsi ad essi e nel promuovere nei loro confronti il rispetto delle regole, la partecipazione al trattamento e l'inserimento sociale. Proprio per rendere più semplice l'adempimento di questi compiti, il legislatore penitenziario ha concepito la figura del mediatore culturale in carcere.

Il mediatore culturale si pone come “ponte” che collega il detenuto straniero al personale penitenziario, svolgendo un compito che va molto oltre il semplice interpretariato: l'obiettivo è quello di accompagnare gli stranieri verso la più ampia fruizione possibile dei servizi offerti all'interno del carcere, permettendo loro di realizzare quella partecipazione attiva, volontaria e consapevole che risulta essere indispensabile ai fini della rieducazione. Naturalmente, il primo passo per raggiungere i risultati prefissati sta nell'abbattere le barriere linguistiche, le quali costituiscono la fonte primaria dell'ignoranza del patrimonio culturale dello

⁶⁹ Si riporta il testo del secondo comma dell'art. 69 reg. esec.: «All'atto dell'ingresso, a ciascun detenuto o internato è consegnato un estratto delle principali norme di cui al comma 1, con l'indicazione del luogo dove è possibile consultare i testi integrali. L'estratto suindicato è fornito nelle lingue più diffuse tra i detenuti e internati stranieri».

straniero e della conseguente sua discriminazione: sin dal momento del suo ingresso in carcere, lo straniero dovrebbe essere seguito ed aiutato dal mediatore a conoscere il sistema che lo ospiterà per l'espiazione della pena. Un'importanza ancora maggiore è rivestita dall'attività di mediazione nel momento in cui viene effettuato il colloquio con lo psicologo, le cui valutazioni saranno tanto più precise quanto più terranno conto del contesto che ha fatto da sfondo alla vita del detenuto straniero.

Alla mediazione culturale fa riferimento l'art. 35, 2° co., reg. esec.: si tratta della prima disposizione che ha riferito tale istituto al sistema penitenziario, rappresentando quindi una novità legislativa degna di nota.

È da premettere che la norma che ha segnato l'ingresso nella legislazione italiana della mediazione culturale è l'art. 40, l. 6 marzo 1998, n. 40, con la quale è stato imposto agli enti territoriali - «anche in collaborazione con le associazioni di stranieri e con le organizzazioni stabilmente operanti in loro favore, nonché [...] con le autorità o con enti pubblici e privati dei Paesi di origine» - di favorire l'adozione di iniziative quali, ad esempio, corsi di istruzione in lingua originale, corsi di valorizzazione delle espressioni culturali e ogni altra misura volta a prevenire discriminazioni razziali o xenofobe (art. 40, 1° co., l. 40/1998). Tuttavia, la norma in esame non contiene nessun cenno all'adozione delle stesse o di simili misure all'interno degli istituti penitenziari, avendo focalizzato la propria attenzione solo sulle attività locali che potessero coinvolgere gli stranieri liberi.

L'art. 35 reg. esec. costituisce, in tal senso, una svolta nel nostro ordinamento. In particolare, la norma in esame non si è limitata, a differenza del previgente regolamento del 1931, ad affermare la necessità di tener conto delle difficoltà linguistiche e delle differenze culturali nell'esecuzione delle misure privative della libertà personale (art. 35, 1° co., reg. esec.), ma è andata ben oltre. Il secondo comma, recitando testualmente che «deve essere, inoltre, favorito l'intervento di operatori di mediazione culturale, anche attraverso convenzioni con gli enti locali o con organizzazioni di volontariato», ha voluto espressamente riconoscere l'opportunità a che il percorso dello straniero all'interno del carcere si intrecci con l'intervento e l'attività del mediatore culturale.

Se in linea di principio è stato compiuto un grande passo in avanti, la pratica ci suggerisce come in realtà la figura del mediatore culturale sia stata semplicemente presa in considerazione, ma non istituzionalizzata: ancora oggi, i mediatori culturali non sono dipendenti dell'amministrazione penitenziaria e non ne fanno parte, ma collaborano all'interno degli istituti penitenziari in virtù di convenzioni stipulate con gli enti territoriali e le associazioni di volontariato operanti ed esperte nel settore. L'art. 35, 2° co., reg. esec., infatti, non prescrive un obbligo di introdurre il mediatore culturale nel sistema penitenziario, ma richiede semplicemente che sia favorito il relativo intervento. Inoltre, non si definiscono né l'istituto, né i compiti del mediatore e le relative modalità di svolgimento, né il suo rapporto di lavoro con l'amministrazione penitenziaria.

La norma ha quindi carattere generale e si rivela di difficile attuazione; ne consegue che quello di offrire al detenuto straniero un'assistenza che, se fornita con le opportune modalità, possa essere in grado di mutarne la vita in carcere e di evitare l'assunzione di un atteggiamento di chiusura rappresenta un obiettivo ancora lontano da raggiungere.

2. L'espulsione giudiziaria dello straniero irregolare

1. Premessa

Il capitolo che segue è dedicato alle problematiche connesse ad aspetti esecutivi della pena diversi ed ulteriori rispetto a quelli relativi al trattamento penitenziario dell'extracomunitario soggiornante nel territorio dello Stato italiano. Il tema centrale della materia di cui in questa sede ci si occupa è l'espulsione giudiziaria disposta nei confronti dello straniero irregolare, la cui disciplina è contenuta nel testo unico sull'immigrazione (art. 16, 1° e 5° co., t.u. imm.), nonché in altre disposizioni di legge (artt. 235 e 312 c.p., art. 15 t.u. imm. e art. 86 d.P.R. 309/1900) in tema di espulsione disposta a titolo di misura di sicurezza. Si ritiene tuttavia opportuno, in via preliminare, fare un cenno ad alcune problematiche le quali, seppur non direttamente concernenti il tema delle espulsioni giudiziarie, sono legate alla stessa *ratio* sottesa all'istituto dell'espulsione nelle sue varie forme, cioè l'asserita necessità che lo straniero irregolare sia destinatario di un trattamento normativo per molti versi speciale rispetto a quanto avviene con riferimento al cittadino italiano o anche europeo. In particolare, il problema dell'applicabilità allo straniero irregolare di una misura alternativa alla detenzione (su cui si veda il § 2.1.) ha comportato, una volta risolto il quesito in senso positivo, una riflessione sulla possibilità che il condannato straniero vi acceda non solo a trattamento penitenziario già iniziato, ma anche prima dell'ingresso in carcere ricorrendo quindi, in caso di pene detentive brevi, all'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art. 656, 5° co., c.p.p.* Nello specifico, il legislatore del 2008 aveva fatto divieto al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione qualora la condanna fosse seguita alla commissione di un delitto aggravato dalla condizione di clandestinità del reo, escludendo pertanto che lo straniero potesse richiedere la concessione di una misura alternativa alla detenzione prima dell'inizio dello stato detentivo. A fronte del notevole impatto che una simile preclusione ha avuto sullo svolgimento della fase esecutiva della pena nei confronti dello straniero irregolarmente soggiornante in Italia, si ritiene

opportuno prendere le mosse proprio dalle ricadute che l'introduzione dell'aggravante della clandestinità e la relativa declaratoria di illegittimità costituzionale hanno generato nell'ambito dell'esecuzione penale.

2. La declaratoria di illegittimità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità e le sue ricadute in sede esecutiva

I diversi interventi legislativi⁷⁰ succedutisi nell'ultimo ventennio in tema di immigrazione hanno dato a tale fenomeno una risposta di natura palesemente repressiva. Il progressivo inasprimento dell'apparato sanzionatorio per i casi di permanenza illegale nello Stato ha mostrato come il legislatore italiano abbia concepito ed affrontato in termini del tutto negativi le conseguenze dei sempre più numerosi flussi migratori, considerandoli come una minaccia alla sicurezza pubblica⁷¹. A questo proposito, la Corte costituzionale non ha celato le sue perplessità nel rinvenire nel controllo dei flussi migratori «la finalità che il legislatore intende perseguire» attraverso la norma di cui all'art. 14, comma 5-ter e 5-quinquies, t.u. imm. ed ha colto l'occasione per affermare come tali flussi rappresentino «un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica [...], “[bensi]” legate alla pericolosità di alcuni soggetti e di alcuni comportamenti che nulla hanno a che fare con il fenomeno dell'immigrazione»⁷². Nel guardare a quest'ultima con preoccupazione, non sorprende che si sia cercato di tutelare la collettività prospettando rigide sanzioni e prediligendo l'allontanamento dall'Italia di tutti quei soggetti che vivessero in condizioni di clandestinità.

⁷⁰ Si pensi alla l. 28 febbraio 1990, n. 39 che ha convertito, con modificazioni, la l. 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato; alla l. 6 marzo 1998, n. 40 (c.d. Turco-Napolitano) poi confluita nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (t.u. imm.) ; alla l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini) ed infine alla l. 24 luglio 2008, n. 125 che ha convertito il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (c.d. Pacchetto sicurezza).

⁷¹ La rilevanza del bene della sicurezza pubblica si evince persino dall'intestazione che il legislatore ha scelto tanto per il d.l. 92/2008 quanto per la l. 125/2008: «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica».

⁷² Corte cost., sent. 2 febbraio 2007, n. 22, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1042.

Per clandestinità si intende la situazione in cui versi chiunque entri nel territorio dello Stato italiano violando la disposizioni che ne disciplinano l'ingresso e ivi permanga senza un valido titolo di soggiorno: il clandestino - termine di conio giornalistico - è uno straniero extracomunitario la cui presenza in Italia, non essendo conforme alla normativa vigente in materia, non è da considerarsi valida.

La condizione di clandestinità, in particolare, è stata protagonista di un'innovazione legislativa volta ad inasprire ulteriormente l'apparato sanzionatorio previsto per gli immigrati illegali che divenissero autori di reati: la l. 24 luglio 2008, n. 125 aveva introdotto nell'art. 61, 1° co., c.p. un nuovo n. 11-*bis*, che recava una circostanza aggravante consistente nell'«avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale». La circostanza in esame, meglio conosciuta come aggravante della clandestinità, ha sollevato sin da subito molteplici dubbi - relativi al duplice profilo dell'opportunità della sua previsione e della sua compatibilità con i principi costituzionali - che hanno trovato soluzione nella declaratoria di illegittimità costituzionale intervenuta ad opera del Giudice delle leggi nel 2010.

Considerando il breve periodo in cui la circostanza *de qua* ha avuto modo di spiegare i suoi effetti, occorre fare un passo indietro per analizzare le caratteristiche e le conseguenze che le numerose sue applicazioni hanno avuto sulla fase esecutiva. In via preliminare, però, si segnala come, in sede di conversione del d.l. 92/2008, la l. 125/2008 abbia modificato il precedente enunciato il quale prevedeva un aumento di pena nel caso in cui il fatto fosse stato commesso da un «soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale»: alla base della nuova formulazione è stata riscontrata la «volontà di uniformare [...] la nuova circostanza alla struttura lessicale delle altre ipotesi di cui all'art. 61, tutte delineate in modo da riferire l'aumento di pena non ad una qualità soggettiva dell'agente, ma ad una modalità della condotta o al compimento dell'azione durante la permanenza di una particolare situazione di fatto»⁷³. Sebbene equivalente nel significato, si è voluto privilegiare una riscrittura in chiave oggettiva e non soggettiva dell'aggravante la quale, altrimenti, sarebbe stata

⁷³ L. MASERA, *Immigrazione*, in O. Mazza - F. Viganò (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, 2008, p. 7.

applicabile anche a chi si fosse successivamente (rispetto al momento della consumazione del reato) trovato in una condizione di irregolarità, in quanto, com'è stato autorevolmente sostenuto⁷⁴, la formulazione contenuta nel decreto legge «pareva [...] disgiungere la commissione del reato dalla condizione di illegale permanenza dello straniero».

L'introduzione dell'aggravante in esame aveva inciso anche sulla fase esecutiva della pena, limitatamente alle ipotesi in cui la sanzione irrogata con sentenza passata in giudicato non superasse i tre anni di reclusione: l'art. 2, 1° co., lett. *m*), l. 125/2008 aveva infatti modificato l'art. 656, 9° co., lett. *a*), c.p.p., disponendo che non si potesse procedere alla sospensione dell'ordine di esecuzione se in riferimento al delitto oggetto di condanna ricorresse l'aggravante *de qua*. La sospensione, finalizzata all'eventuale richiesta di concessione di una misura alternativa alla detenzione, non poteva quindi operare se il delitto fosse stato aggravato dalla condizione di clandestinità in cui versava il reo al momento della commissione del fatto, con la conseguenza di impedire allo straniero irregolare la possibilità di scontare la pena, una volta accolta la relativa domanda, direttamente all'esterno dell'istituto penitenziario. Un simile effetto, espressamente voluto dal legislatore, si è posto in una direzione evidentemente contraria rispetto a quanto in precedenza chiarito dalla Corte costituzionale sul rapporto tra clandestinità e applicabilità delle misure alternative alla detenzione: difatti, la Consulta⁷⁵, ha avuto modo di precisare che lo stato di clandestinità non può essere ritenuto di per sé preclusivo della concessione dei benefici previsti dagli artt. 47 ss. o.p., così sciogliendo in senso affermativo il dubbio circa la possibilità che lo straniero extracomunitario irregolare si avvalga delle misure extramurarie. Posto che anche quest'ultimo ha diritto ad accedere alle misure alternative alla detenzione, non si potrà escludere *a priori* nei suoi confronti la possibilità di richiederle - da libero - quando lo straniero irregolarmente soggiornante nel territorio dello Stato abbia commesso un illecito punito con una pena inferiore ai tre anni di reclusione. Il meccanismo congegnato dal legislatore, al contrario, imponeva in questi casi la

⁷⁴ C. RENOLDI, *Il trattamento penale connesso all'espulsione e all'allontanamento e le novità del recente "decreto sicurezza"*, in E. Morozzo Della Rocca (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Utet, 2008, p. 241.

⁷⁵ Corte cost., sent. 16 marzo 2007, n. 78, in *Giur. cost.*, 2007, p. 762.

sola via del carcere per condanne comunque lievi, con la prevedibile conseguenza di aumentare la popolazione straniera detenuta e di alimentare dibattiti volti a «comprendere l'utilità di dare inizio all'esecuzione di una pena detentiva, molto probabilmente destinata ad essere eseguita all'esterno della struttura carceraria»⁷⁶. Come già anticipato, l'art. 61, 1° co., n. 11-*bis*, c.p. non ha superato il vaglio di costituzionalità: la Corte costituzionale⁷⁷, avendo ravvisato un contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con quello di offensività⁷⁸, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione in esame ed - in via consequenziale - dell'art. 1, 1° co., l. 94/2009 ed, *in parte qua*, dell'art. 656, 9° co., lett. a), c.p.p.

Invero, ad avviso della Consulta, la circostanza in esame risulta essere chiara espressione di una ingiustificata disparità di trattamento cui il legislatore ordinario, «ritenendo più gravi i comportamenti degli stranieri irregolari rispetto ad identiche condotte poste in essere da cittadini italiani o comunitari», ha dato vita per contrastare il fenomeno dell'immigrazione illegale, senza che vi fosse alcun tipo di collegamento con la logica del maggior danno o maggior pericolo per il bene giuridico tutelato sottesa alla previsione di ogni circostanza aggravante sia comune che speciale. Alla violazione del principio di uguaglianza, inoltre, si è accompagnato il mancato rispetto del principio di legalità di cui al secondo comma dell'art. 25 Cost. nella misura in cui la previsione *de qua* «non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore»: ad avviso della Consulta, infatti, il legislatore italiano aveva fondato l'aggravante di nuovo conio sulla presunzione assoluta per cui uno straniero irregolare sia per ciò solo pericoloso, sciogliendo ogni dubbio circa la volontà di ricorrere alla repressione penale come strumento di risposta alle istanze di un'opinione pubblica sempre più allarmata dai continui flussi migratori.

⁷⁶ L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 9.

⁷⁷ Corte cost., sent. 5 luglio 2010, n. 249, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2996.

⁷⁸ Il principio di offensività (o necessaria lesività) impone che non vi possa essere reato senza che sussista la messa in pericolo o la lesione del bene giuridico tutelato e costituisce un principio cardine del diritto penale. Esso, inoltre, è strettamente connesso al principio di legalità di cui all'art. 25, 2° co., Cost. il quale, ponendo alla base della responsabilità penale la commissione di un fatto, comporta che si possa esser sanzionati solo per le azioni commesse e non per le proprie qualità personali.

Sempre con specifico riguardo alla fase esecutiva, le ricadute connesse alla circostanza aggravante in esame non sono unicamente riferibili alla sua introduzione: è infatti indubbio che anche la relativa caducazione ad opera del Giudice delle leggi abbia inciso sull'espiazione della pena. A tal proposito, ci si era posti il problema relativo alla rideterminazione della quantità di pena ancora da scontare tenendo in considerazione l'intervenuta declaratoria di incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità e del conseguente venir meno dell'aumento di pena (fino ad un terzo) operato in virtù dell'art. 61, 1° co., n. 11-*bis*, c.p. nella precedente fase di cognizione.

In questo contesto, in occasione di un ricorso proposto avverso il rigetto della richiesta di applicazione dell'art. 673 c.p.p.⁷⁹, la Corte di cassazione⁸⁰ ha affermato che se in linea di massima debba prediligersi un'interpretazione estensiva del concetto di *abolitio criminis*, nell'ipotesi *de qua* fosse preferibile optare per la soluzione opposta, escludendo di conseguenza la possibilità di scindere un singolo capo di accusa attraverso l'eliminazione della relativa aggravante. Tuttavia, pur condividendo le ragioni che avevano spinto il giudice dell'esecuzione a rigettare l'istanza di revoca della sentenza *ex* art. 673 c.p.p., la S.C. ha concluso per l'accoglimento della richiesta del ricorrente approcciandosi al problema in modo del tutto nuovo. I giudici di legittimità, infatti, hanno sottolineato la necessità che, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma, ne cessino gli effetti (in questo caso) penali. Ad avviso della Suprema Corte, infatti, l'applicazione dell'art. 30, l. 11 marzo 1953, n. 87, comporta inevitabilmente l'incostituzionalità dell'aumento di pena disposto in applicazione dell'aggravante in esame, in ossequio alla lettera della disposizione richiamata secondo cui in primo luogo «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (art. 30, 3° co.) ed, in secondo luogo, «quando in applicazione della

⁷⁹ L'art. 673, 1° co., c.p.p. recita testualmente: «Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti». Trattasi di un istituto volto a rimuovere gli effetti del giudicato penale di condanna durante la fase esecutiva: essendo venuto meno l'interesse dello Stato a contrastare la commissione di determinati fatti, non più integranti ipotesi di reato, l'espiazione della pena dovrà cessare in quanto non giustificata da alcuna pretesa punitiva.

⁸⁰ Cass. pen., Sez. I, 22 maggio 2012, n. 19361, in *C.E.D. Cass.*, n. 253338.

norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali» (art. 30, 4° co.). Come autorevolmente osservato, «in questo caso [...] il riferimento alla “norma dichiarata incostituzionale” può essere interpretato in relazione a qualsiasi tipologia di “norma penale” (sostanziale) - comprese quindi le circostanze aggravanti - senza incontrare le limitazioni che, viceversa, circoscrivono la portata applicativa dell'art. 673 c.p.p.»⁸¹.

Il riferimento all'aggravante di clandestinità contenuto nell'art. 656, 9° co., lett. a), c.p.p. è stato infine soppresso ad opera del d.l. 1 luglio 2013, n. 78. A ben vedere, se l'introduzione dell'aggravante *de qua* ha contribuito a rimarcare gli intenti repressivi sottesi al c.d. statuto penale dello straniero ed emersi nella fase sia cognitiva che esecutiva del procedimento penale, la sua abrogazione ha al contrario riaffermato l'inviolabile parità di trattamento - e, a monte, di diritti - tra cittadini e stranieri.

3. Le misure alternative alla detenzione

3.1. Il problema dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione allo straniero irregolare

La condizione di clandestinità o irregolarità⁸² in cui versa la maggior parte degli stranieri è stata protagonista di un contrasto giurisprudenziale cui solo recentemente è stata data soluzione. Sono infatti sorti diversi dubbi interpretativi con riferimento alla possibilità di applicare allo straniero extracomunitario irregolare gli istituti di cui agli artt. 47 ss. o.p.

⁸¹ M. SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*, in www.penalecontemporaneo.it.

Il pensiero ivi riportato riguarda una precedente sentenza (Cass., pen., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 977) che ha inaugurato l'orientamento poi consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità: con sentenza 977/2012, infatti, la S.C. ha stabilito per la prima volta che il giudice dell'esecuzione deve dichiarare non eseguibile la porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della c.d. aggravante della clandestinità.

⁸² Clandestino è colui il quale si sia introdotto illegalmente in Italia; lo straniero irregolare è chi permane nel territorio dello Stato in assenza di un valido titolo che ne legittimi la presenza.

Le misure alternative alla detenzione⁸³ rappresentano strumenti volti a permettere al reo, qualora sussistano i requisiti per la loro concessione, di scontare la pena al di fuori dell'istituto penitenziario con l'intento di deflazionare la popolazione carceraria e di realizzare una migliore attuazione della finalità rieducativa della pena. La possibilità di richiedere tali misure è prevista sia per il soggetto libero, tramite l'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art.* 656, 5° co., c.p.p. nel caso in cui sia intervenuta nei suoi confronti una sentenza definitiva di condanna alla reclusione di durata non superiore ad anni tre (a meno che non si tratti delle altre ipotesi specificamente indicate dalla legge⁸⁴), sia per il soggetto già ristretto, attraverso un'apposita istanza da presentare al tribunale di sorveglianza (art. 70, 1° co., o.p.).

Ciò premesso, terreno di scontro per la giurisprudenza di legittimità è stato il rapporto tra la condizione di irregolarità dello straniero e la concessione a quest'ultimo di una misura alternativa alla detenzione: in altri termini, diverse pronunce della S.C. si sono occupate nello specifico del problema della compatibilità in astratto tra la situazione *contra legem* in cui possa versare lo straniero ed il suo essere destinatario di una misura extramuraria. A tal proposito, gli orientamenti registratisi in giurisprudenza sono stati essenzialmente due, a testimonianza di come gli interpreti abbiano affrontato la questione in termini di *aut-aut* e cioè in un'ottica di scelta tra l'assoluta predominanza della soluzione affermativa oppure di quella negativa. Il percorso argomentativo che ha portato alcuni giudici ad escludere la possibilità per lo straniero irregolare di vedersi concedere una delle misure alternative previste dal legislatore penitenziario, mentre altri a non ravvisare alcuna incompatibilità tra l'assenza di un valido titolo di soggiorno e l'ottenimento di uno dei benefici *de quibus*, è stato ampiamente riportato ed analizzato dalle Sezioni unite nella nota sentenza Aloussi⁸⁵, con la

⁸³ Si tratta dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.), della semilibertà (art. 48 o.p.) e della detenzione domiciliare in tutte le sue forme (art. 47-ter o.p.). L'art. 54 o.p. inserisce tra le misure extramurarie anche la liberazione anticipata, ma è pacifico ormai che questa costituisca un beneficio che nulla ha a che vedere con l'esecuzione *extra moenia* della pena.

⁸⁴ Trattasi dei casi di tossicodipendenza o alcooldipendenza individuati rispettivamente dagli artt. 90 e 94, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (t.u. stup.) e di quelle categorie di condannati di cui all'art. 47-ter, 1° co., o.p.: per i primi il limite di pena detentiva, anche residua, ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione è di anni sei; per i secondi, di anni quattro.

⁸⁵ Cass. pen., S.U., 28 marzo 2006, n. 14500, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3120.

quale è stato definitivamente sanato il menzionato contrasto giurisprudenziale. Il quesito sottoposto al vaglio delle Sezioni unite è stato formulato nel senso di comprendere «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 che sia privo di permesso di soggiorno» ed ha trovato soluzione nella condivisione e nell'ulteriore sviluppo da parte della S.C. delle argomentazioni sottese al secondo dei due orientamenti già formatisi in seno alla giurisprudenza, quello positivo.

Due le pronunce cardine che hanno preteso di sciogliere in maniera definitiva i dubbi interpretativi: la prima, più risalente, ha optato per una «radicale incompatibilità» tra l'esecuzione delle misure extramurarie e la condizione dello straniero clandestino; la seconda, di qualche anno dopo, non ha ritenuto, invece, che la mancanza del permesso di soggiorno fosse ostativa alla concessione dei benefici *de quibus*.

In particolare, un primo orientamento ha ritenuto inammissibile l'applicazione delle misure alternative alla detenzione allo straniero che versasse in una condizione di clandestinità o irregolarità «atteso che tale condizione rende illegale la sua permanenza 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 e l'elusione delle norme che rendono configurabile tale illegalità»⁸⁶. Tale affermazione si fonda sulla semplice considerazione per cui qualsiasi situazione di irregolarità rende automaticamente illegale la presenza di chi continui a trattenersi sul territorio italiano, con la conseguenza che nessun provvedimento, pur giurisdizionale che sia (*id est*, la decisione del tribunale di sorveglianza di concedere una misura extramuraria), possa permettere il protrarsi di una permanenza evidentemente contraria alle leggi del nostro Stato. Seguendo un simile indirizzo, l'unico rimedio che, ad avviso della Corte, possa sanare il contrasto tra il caso concreto e quanto previsto dall'ordinamento italiano è da individuarsi nell'applicazione dell'istituto dell'espulsione quale «sanzione [...]

⁸⁶ Cass. pen. Sez. I, 20 maggio 2003, n. 30130, in *Riv. pen.*, 2003, p. 697.

alternativa alla detenzione» di cui all'art. 16, 5° co., t.u. imm.⁸⁷

A ben vedere, se la posizione della prima sezione penale prende le mosse dalla presunta corrispondenza tra l'illegalità della permanenza e quella di eventuali provvedimenti autorizzativi, essa si adagia poi su una particolare interpretazione della volontà legislativa sottesa all'introduzione, ad opera dell'art. 15, l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini), dell'espulsione come misura alternativa: nella pronuncia in esame, infatti, è chiaro come la Corte ritenga che il legislatore abbia inteso, in relazione all'espiazione di pene detentive brevi, prediligere la via dell'allontanamento coattivo e automatico dal territorio dello Stato, imponendo al magistrato di sorveglianza di disporlo senza formalità. Inoltre, sempre al fine di supportare tale tesi, viene citato l'art. 3, l. 1 agosto 2003, n. 207, il quale esclude l'applicazione della «sospensione condizionata dell'esecuzione della parte finale della pena detentiva» - c.d. indultino di cui all'art. 1 della legge in esame - per lo straniero che, nonostante abbia scontato almeno la metà di questa, si trovi in una delle situazioni in presenza delle quali si procede ad espulsione amministrativa⁸⁸ ex art. 13, 2° co., t.u. imm.: se il legislatore ha prima inteso impedire la sospensione dell'esecuzione della pena nei confronti dello straniero che versi nelle condizioni richiamate e ne ha poi previsto l'espulsione, una volta scontato l'intero periodo di reclusione in carcere, allora è chiaro l'intento politico di voler introdurre nell'ordinamento il solo binomio carcere-espulsione, con conseguente esclusione delle misure alternative alla detenzione dal panorama dei provvedimenti adottabili nei confronti degli stranieri irregolari.

⁸⁷ Si riporta il testo del comma in esame: «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».

⁸⁸ Alla disciplina dell'espulsione amministrativa è dedicato il lungo art. 13 t.u. imm. Trattasi di una misura che l'autorità amministrativa (il prefetto in sede di adozione, il questore in fase di attuazione) dispone in presenza di specifici presupposti. Lungi dall'avere carattere discrezionale, il provvedimento *de quo* viene adottato una volta accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 13, 2° co., t.u. imm. e cioè quando lo straniero si sia sottratto ai controlli di frontiera o abbia in tale sede esibito documenti idonei a trarre in inganno gli agenti (lett. a)) o quando egli sia privo di un valido permesso di soggiorno (lett. b)) oppure, infine, quando egli appartenga a taluna delle categorie indicate nell'art. 1, l. 27 dicembre 1956, n. 1423 o nell'art. 1, l. 31 maggio 1965, n. 575 e sia pertanto ritenuto socialmente pericoloso. Preme sottolineare che tali presupposti coincidono con quelli cui si subordina l'emanazione di un provvedimento di espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione di cui all'art. 16, 5° co., t.u. imm.

Diverse critiche⁸⁹ possono muoversi nei riguardi dell'*iter* logico sotteso alla decisione in esame. Infatti, accogliere l'impostazione per cui lo stato di illegalità in cui versi lo straniero impedisce che l'esecuzione delle misure extramurarie si svolga senza violare le norme che disciplinano l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dallo Stato contenute nel testo unico sull'immigrazione significa implicitamente affermare che ogni forma di esecuzione della pena nei confronti dello straniero irregolare o clandestino sia illegittima. Sia la detenzione, sia le misure alternative a questa, infatti, comportano la permanenza del clandestino sul territorio dello Stato e dato che, secondo la ricostruzione in esame, il suo trattenervisi non può essere legittimato neanche dal titolo di esecuzione, l'unica forma di espiazione possibile sarà al di fuori dell'Italia dopo un provvedimento di espulsione. Così facendo, però, lo Stato rinunciarebbe ad ogni pretesa punitiva nei confronti degli stranieri irregolari per il sol fatto che questi siano entrati nel territorio italiano violando la normativa circa l'ingresso nel nostro Stato oppure che non posseggano un valido titolo per soggiornarvi. In secondo luogo, ritenere che allo straniero irregolare possa applicarsi esclusivamente l'espulsione di cui all'art. 16, 5° co., t.u. imm. come misura alternativa alla detenzione non ha alcun solido fondamento giuridico. Se, da un lato, è indubbio che il legislatore abbia voluto conferire carattere di unicità all'espulsione quale «sanzione sostitutiva» della pena (art. 16, 1° co., t.u. imm.), dall'altro non può altrettanto affermarsi circa l'espulsione come misura extramuraria. Lo stesso dettato normativo, infatti, esclude l'operatività dell'istituto in diversi casi e se esso presenta delle esprese deroghe, è chiaro come l'espulsione alternativa alla detenzione non possa assumere 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»⁹⁰.

L'orientamento opposto a quello sin qui esposto muove dalla considerazione per cui «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 [...] il provvedimento giurisdizionale che la legittima

⁸⁹ E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari ed il loro "destino" a fine pena*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 4, p. 25.

⁹⁰ Cass. pen., S.U., 28 marzo 2006, n. 14500, cit.

ben può determinare modalità di espiatione alternative al carcere»⁹¹. La pronuncia in esame presenta l'indubbio merito di aver evidenziato due aspetti significativi: da un lato, l'assenza di alcun divieto implicito o esplicito di applicazione ai condannati stranieri irregolari delle misure alternative alla detenzione; dall'altro, il valore costituzionale della funzione rieducativa della pena sotteso alla possibilità di concedere tali benefici. In particolare, l'orientamento richiamato non rinviene alcun ostacolo legale a che lo straniero venga ammesso a beneficiare delle misure extramurarie, giungendo a tale conclusione anche attraverso il richiamo alla consolidata prassi amministrativa che, nel tempo, ha dimostrato come per i Ministeri della Giustizia, del Lavoro e dell'Interno appaia sottintesa la possibilità che lo straniero irregolare sconti la pena al di fuori del carcere⁹². Inoltre, la sentenza in commento sembra porre le premesse per un ulteriore passo in avanti dato che in essa si sottolinea come «un'eventuale disparità di trattamento normativo risulterebbe indubbiamente contraria ai principi di uguaglianza ed al canone della ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.»: ad avviso della Corte, infatti, deve ritenersi negata la possibilità per il legislatore di introdurre norme che diano vita a discriminazioni relative all'accesso ai benefici *de quibus*, in ragione del fatto che questi sono «dettati a tutela della dignità della persona umana, in sé considerata e protetta indipendentemente dalla circostanza della liceità o non della permanenza nel territorio italiano».

Nel 2006, le Sezioni unite hanno ritenuto di aderire a questa seconda impostazione. L'analisi dei principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario (uguaglianza, finalità rieducativa della pena) ha rappresentato il punto di partenza del ragionamento della Corte, la quale è riuscita a superare quella «sorta di presunzione assoluta di inidoneità delle [misure alternative al carcere] per un'intera categoria di persone» facendo leva sulla necessità che la risocializzazione non assuma «connotati nazionalistici» e che la concedibilità di dette misure dipenda da valutazioni concrete e non da «astratte premesse». Alla

⁹¹ Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 2005, n. 22161, in *C.E.D. Cass.*, n. 232104.

⁹² Si fa qui riferimento alle numerose circolari emanate dal potere esecutivo in materia di strumenti premiali di cui agli artt. 21 e 30-ter o.p. A ben vedere, non si esclude che il detenuto straniero possa usufruire di quei benefici che implicino il trascorrere parte della vita carceraria al fuori dell'istituto penitenziario. Allo stesso modo, non si vuole impedire che egli sconti l'intera pena all'esterno del luogo di detenzione attraverso la concessione di una misura extramuraria.

stregua di tali osservazioni preliminari, il Supremo Collegio ha ribadito come «nel vigente ordinamento non esiste una sorta di regime penitenziario speciale che, restando impermeabile ai principi costituzionali [...], comporti il divieto di applicazione» dei benefici *de quibus* ai condannati stranieri irregolari, in riferimento ai quali è d'obbligo affermare come sia «proprio l'esecuzione penale, anche nelle forme alternative al regime carcerario, a costituire il titolo che ne legittima la permanenza nel territorio dello Stato».

La soluzione delle Sezioni unite ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza costituzionale⁹³, secondo la quale la condizione di clandestinità non può essere considerata di per sé indice di pericolosità sociale e pertanto non può precludere che si raggiunga l'obiettivo della rieducazione attraverso l'applicazione di una misura extramuraria.

3.2. L'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione

L'istituto dell'espulsione quale «sanzione [...] alternativa alla detenzione» di cui all'art. 16, 5° co., t.u. imm. è stato introdotto dall'art. 15, l. 189/2002 allo scopo di ridimensionare il sovraffollamento della popolazione carceraria del tempo. Trattasi di un provvedimento adottato durante la fase esecutiva dal magistrato di sorveglianza, la cui concessione, proprio in ossequio alla sua funzione deflattiva, è sganciata da una qualsiasi valutazione in ordine alla rieducazione e risocializzazione del condannato. La tipologia di espulsione in esame è stata oggetto di diversi dubbi interpretativi che dottrina e giurisprudenza hanno risolto al fine di consentire una corretta applicazione dell'istituto.

3.2.1. Presupposti, cause ostative e natura giuridica

L'espulsione alternativa alla detenzione si caratterizza per alcuni aspetti fondamentali che la rendono un istituto di non semplice attuazione.

Quanto ai presupposti, l'art. 16, 5° co., t.u. imm. subordina l'adozione del provvedimento *de quo* alla sussistenza di una molteplicità di requisiti, tutti

⁹³ Corte cost., sent. 16 marzo 2007, n. 78, cit.

imprescindibili affinché il magistrato di sorveglianza provveda all'espulsione in esame: la norma richiede *in primis* che si tratti di uno straniero in stato di detenzione il quale debba scontare in carcere una pena - anche residua - non superiore a due anni, precisando altresì che egli deve essere stato identificato e debba trovarsi in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13, 2° co., t.u. imm.

Su ciascuno di questi profili è necessario soffermarsi. Innanzitutto, il termine «straniero» usato dalla norma rimanda alla definizione di cui all'art. 1, 1° co., t.u. imm. secondo la quale le norme del Testo unico si applicano «ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi»: a tal proposito, i giudici di legittimità hanno precisato come solo questi soggetti possano essere destinatari del provvedimento di espulsione, dovendosi escludere che «nei confronti dei cittadini comunitari, possa trovare applicazione [...] l'art. 16 del d.lgs. 286/1998, in quanto, in base all'art. 1, comma secondo, del citato provvedimento legislativo, le norme in esso contenute non si applicano, se non in quanto più favorevoli, ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea»⁹⁴.

Ciò premesso, affinché il giudice competente possa disporre l'espulsione alternativa alla detenzione, lo straniero deve essere identificato e deve trovarsi in stato di detenzione. In particolare, non si registra un'uniformità di vedute sul concetto di identificazione: da un lato, le indicazioni provenienti dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale vanno nel senso che a tal fine sia sufficiente l'acquisizione di informazioni sull'identità e la nazionalità dell'interessato (art. 16, 6° co., t.u. imm.), con l'aggiunta di tutte quelle utili ad accertare i presupposti di applicabilità della norma⁹⁵; dall'altro lato, parte della dottrina richiede un *quid pluris*. Secondo la prima delle due posizioni appena menzionate, al fine di identificare lo straniero, è sufficiente un'attività di mera raccolta delle impronte digitali le quali, associate al c.d. C.U.I. (codice univoco identificativo) istituito dall'art. 43, d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, vengono convogliate in un sistema di riconoscimento allo scopo di evitare che l'identificazione non sia effettuata correttamente; per alcuni autori, invece, lo straniero identificato è quello «fornito

⁹⁴ Cass. pen., Sez. I, 22 settembre 2004, n. 38656, in *C.E.D. Cass.*, n. 229536.

⁹⁵ Corte cost., ord. 8 luglio 2004, n. 226, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2375. Essendo di recente intervenuta una modifica legislativa, l'interpretazione dell'art. 16, 6° co, t.u. imm. data dalla giurisprudenza qui riportata è adesso da riferirsi all'attuale art. 16, comma 5-bis, t.u. imm.

di documenti validi ed autentici» perché - si sostiene - «non si “[può]” dire che un soggetto è stato identificato quando di lui si conoscono le impronte digitali e si constata che le medesime sono state rilevate alla stessa persona fisica presentatasi più volte con le stesse o con diverse generalità. In questo caso si sa solo che quelle impronte corrispondono ad una medesima persona fisica, ma, in mancanza di documenti validi ed autentici, in realtà, non si sa come si chiami lo straniero in questione e quale sia la sua nazionalità»⁹⁶.

Ora, al di là di cosa implichi l'attività di identificazione dello straniero, deve tenersi a mente che non sempre le procedure volte a dare un nome ed una nazionalità al condannato sono andate a buon fine in tempi brevi: infatti, nella prassi si sono registrati numerosi casi di soggetti che avevano espiato la loro pena prima ancora di essere stati identificati e, per questo motivo, venivano poi trasferiti nei C.I.E. al fine di essere ivi trattenuti fino al completamento delle operazioni suddette (ma comunque non oltre i diciotto mesi) e poi espulsi. Il risultato finale di tali difficoltà è stato il doppio sacrificio della libertà personale dello straniero, tramite la detenzione penale prima e quella amministrativa dopo. In questo contesto, si è inserita una recente modifica legislativa: il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10 ha aggiunto i commi 5-*bis* e 5-*ter* all'art. 16, t.u. imm. e ne ha sostituito il precedente sesto comma. In particolare, se prima si procedeva ad identificare lo straniero solo una volta aperto da parte del magistrato di sorveglianza il relativo procedimento di espulsione, per effetto della modifica in esame si è inteso anticipare l'inizio di quest'attività «all'atto di ingresso in carcere» imponendo alla direzione dell'istituto penitenziario di richiedere al questore del luogo le informazioni sulla identità e nazionalità dello straniero e al questore di avviare la procedura di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche. Inoltre, il legislatore ha fatto specifico riferimento all'opportunità che il Ministero della Giustizia ed il Ministero dell'Interno adottino «i necessari strumenti di coordinamento» (art. 6, 1° co., lett. c)): evidentemente, l'intento è quello di permettere ai Ministeri, ad esempio, di agevolare i rapporti tra organi di polizia e Consolati. Il comma 5-*ter* dell'art. 16 t.u. imm., in aggiunta, richiede che le

⁹⁶ G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, cit., p. 216.

informazioni acquisite circa l'identità del detenuto straniero sin dal momento iniziale dell'esecuzione della pena nei suoi confronti siano raccolte nella «cartella personale» di cui all'art. 26 reg. esec., evitando così che queste possano andare disperse.

Quanto allo stato di detenzione quale requisito necessario ai fini dell'adozione del provvedimento di espulsione, l'art. 16, 5° co., t.u. imm. prescrive che la misura possa essere disposta soltanto nei confronti dello straniero che si trovi in carcere in forza di una sentenza definitiva di condanna e ivi debba scontare una pena, anche residua, non superiore a due anni. L'aver subordinato l'adozione del provvedimento in esame alla condizione di detenzione - e non ai casi di espiazione della pena in forma extramuraria - trova evidentemente la sua *ratio* nella funzione deflattiva dell'espulsione alternativa, la quale però incontra un limite nel termine di due anni fissato dal legislatore. Inoltre, autorevole dottrina ha non a torto ritenuto che debba escludersi dal novero dei destinatari del provvedimento colui il quale sia ristretto in carcere perché condannato e al contempo imputato in un altro procedimento⁹⁷. Ciò posto, occorre precisare come l'espulsione *de qua* possa essere disposta anche nei confronti del condannato il quale sia stato ammesso alla semilibertà dato che la concessione di quest'ultima implica che lo stato di detenzione, comunque perdurante, subisca una modifica solo in termini di tempo: «trattandosi di misura che comporta la permanenza del condannato in un istituto di pena, seppur limitatamente a determinati orari, [...] anche rispetto al semilibero l'espulsione può realizzare la finalità pratica di ridurre la popolazione carceraria»⁹⁸.

Ulteriore condizione da soddisfare per poter applicare l'espulsione alternativa alla detenzione, è la sussistenza di una delle situazioni che, *ex art.* 13, 2° co., t.u. imm., legittimerebbero l'espulsione amministrativa. In particolare, si richiede che allo straniero sia riferibile una condizione di clandestinità o di irregolarità oppure che egli sia ritenuto socialmente pericoloso e pertanto passibile di applicazione di una misura di prevenzione. In altri termini, le situazioni *de quibus* permettono di disporre l'espulsione dello straniero prescindendo dalla tipologia del reato

⁹⁷ S. TOVANI, *Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in L. Degl'innocenti (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffè, 2011, p. 288 ss.

⁹⁸ Cass. pen., Sez. I, 13 ottobre 2005, n. 39781, in *C.E.D. Cass.*, n. 232514.

commesso (salvo quanto si dirà successivamente circa le cause ostative), dalla relativa gravità e dall'allarme sociale da questo destato.

Il riferimento alla condizione di irregolarità merita un approfondimento: lo straniero irregolare è colui il quale si sia trattenuto sul territorio dello Stato in virtù di un permesso revocato, annullato o scaduto, senza che sia stato richiesto il relativo rinnovo. Ora, *quid iuris* se l'istanza di rinnovo sia stata presentata tardivamente? A tal proposito, l'art. 13, 2° co., lett. b), t.u. imm. esclude che si possa procedere ad espulsione amministrativa se il ritardo sia stato determinato da cause di forza maggiore: tuttavia, a differenza del caso in cui siano le lungaggini dell'autorità amministrativa competente ad impedire che si disponga l'espulsione *de qua* (senza che a nulla qui rilevi la volontà dello straniero), lo stato di detenzione non può essere annoverato tra le cause di forza maggiore ostative all'applicabilità della misura, in quanto ben può il detenuto presentare la richiesta di rinnovo tramite la direzione penitenziaria⁹⁹.

Come già anticipato, la sussistenza di tutti i requisiti sopra menzionati permette al magistrato di sorveglianza di adottare il provvedimento di espulsione come misura alternativa alla detenzione ex art. 16, 5° co., t.u. imm. Tuttavia, ferma restando la loro necessaria presenza, il legislatore ha individuato alcuni casi in cui la misura in esame non può essere disposta. Si tratta di un aspetto su cui ha inciso dapprima il d.l. 146/2013 e successivamente la relativa legge di conversione. In origine, le ipotesi contemplate erano quelle di condanna avente ad oggetto uno o più delitti di cui all'art. 407, 2° co., lett. a), c.p.p. oppure i reati puniti dal t.u. imm. con una qualsiasi pena edittale (art. 16, 5° co., t.u. imm.), nonché i casi che giustificano il divieto di espulsione sancito dall'art. 19 t.u. imm. (art. 16, 9° co., t.u. imm.).

Con l'intervento del d.l. 146/2013 si è inteso restringere il novero dei reati ostativi: in particolare, il d.l. in parola aveva ammesso che l'espulsione avvenisse per i delitti, consumati o tentati, di rapina aggravata o di estorsione aggravata e per quelli previsti nel t.u. imm., puniti con una pena detentiva inferiore nel massimo a due anni (art. 6, 1° co., lett. a)). Con riferimento a questi ultimi, la l. 10/2014 ha poi stabilito che l'espulsione non può essere disposta nei soli casi di

⁹⁹ Cass. civ., Sez. I, 3 giugno 2004, n. 10568, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2006, p. 496.

condanna per i reati di cui all'art. 12, 1° co., 3° co., 3° co. *bis* e 3° co. *ter*, t.u. imm. (favoreggiamento dell'immigrazione clandestina) e quindi, prescindendo dal limite edittale di pena, essa ha di conseguenza ammesso che si possa procedere ad espulsione di tutti quegli stranieri detenuti per i reati, contemplati nel t.u. imm., diversi dal favoreggiamento. Con riguardo all'applicabilità dell'art. 16, 5° co., t.u. imm. ai casi di cumulo di pene derivante dal ricorso all'istituto della continuazione o dall'unificazione di pene concorrenti, la giurisprudenza si è più volte interrogata sulla possibilità di procedere ad espulsione nei confronti dello straniero che avesse avuto - tra le altre - una condanna per taluno dei reati ostativi. In particolare, la Corte di cassazione si è mostrata più propensa ad accogliere la soluzione negativa in virtù del principio di unicità delle pene cumulate *ex* art. 76 c.p.: ammettere che si possa procedere all'espulsione in siffatte ipotesi presuppone che si sia prima sciolto il cumulo e che si siano attribuiti i diversi periodi di espiazione della pena ai corrispondenti titoli detentivi; l'art. 76 c.p., al contrario, impone di considerare la pena come unica ad ogni effetto giuridico e pertanto non sarà possibile riferire un periodo di carcerazione all'uno o all'altro titolo¹⁰⁰. A tal proposito, l'art. 6, 1° co., lett. *b*), d.l. 146/2013 ha risolto i menzionati dubbi interpretativi nel senso opposto, disponendo che «in caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono» (art. 16, comma 5-*ter*, t.u. imm.), sposando la tesi dello scioglimento del cumulo.

Quanto al divieto di espulsione, l'art. 19 t.u. imm. prevede molteplici situazioni ostative: ai sensi del primo comma, «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento 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»; il successivo comma, invece, vieta l'espulsione se lo straniero sia un minore di diciotto anni (salvo il diritto di seguire il genitore o l'affidatario espulso), una donna in stato di gravidanza o che abbia partorito da sei mesi oppure una persona

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2013, n. 35620, in *C.E.D. Cass.*, n. 256847.

in possesso di carta di soggiorno o un soggetto che conviva con un coniuge o con un parente (entro il secondo grado) di cittadinanza italiana. Mentre queste ultime ipotesi attengono ad eventuali condizioni personali dello straniero, il primo comma costituisce chiara applicazione di quanto previsto dall'art. 10, 3° co., Cost. Sull'ottenimento dello *status* di rifugiato, la Corte di cassazione ha chiarito come la mera presentazione della relativa richiesta non supporti l'operatività del divieto *de quo* ma, a tal fine, è necessario che la Commissione territoriale per il diritto di asilo¹⁰¹ si sia in merito pronunciata oppure che, nelle more del relativo procedimento, il giudice penale abbia conosciuto della questione in via incidentale¹⁰².

L'analisi dell'istituto di cui all'art. 16, 5° co., t.u. imm. non può concludersi senza un accenno al dibattito dottrinale e giurisprudenziale riguardante la natura giuridica dell'espulsione quale «sanzione [...] alternativa alla detenzione». Considerare la misura in esame come avente natura penale o meno - ed in quest'ultimo caso ricondurla alla diversa categoria dei provvedimenti amministrativi - ha degli importanti risvolti pratici. L'asserita natura penale dell'espulsione alternativa alla detenzione è stata la prima soluzione prospettata tra gli operatori del diritto, i quali però, già nei primissimi anni di vigenza dell'espulsione *de qua*, ne hanno denunciato l'apparente contrasto con il principio - tra gli altri - della finalità rieducativa della pena *ex* art. 27, 3° co., Cost. e con quello di irretroattività della sanzione penale (corollario del principio di legalità di cui all'art. 25, 2° co., Cost.). Essendo «innegabile che l'espulsione sia irrogata senza tener conto del grado di rieducazione del condannato»¹⁰³, essa sarebbe incostituzionale perché trattasi di una misura alternativa alla detenzione che prescinde da ogni concreta valutazione circa l'effettivo percorso rieducativo del condannato ed altresì perché consiste in un trattamento sanzionatorio più sfavorevole che si applica allo straniero già in stato di detenzione.

La Corte costituzionale, investita più volte della questione, ne ha dichiarato la manifesta infondatezza, desumendo la natura amministrativa del provvedimento in esame dalla presenza di rilevanti affinità con l'espulsione disposta a titolo di

¹⁰¹ Si veda la scheda a ciò dedicata in www.interno.gov.it.

¹⁰² Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 2004, n. 2239, in *Riv. pen.*, 2005, p. 568.

¹⁰³ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 374.

sanzione sostitutiva, sulla quale si era in precedenza espressa nello stesso senso¹⁰⁴. A sostegno di tale tesi, il Giudice delle leggi ha evidenziato come l'esecuzione di entrambe le espulsioni, pur essendo disposte dall'autorità giudiziaria, sia per legge affidata al questore e non al pubblico ministero; inoltre, i presupposti che ne consentono l'adozione coincidono - per espresso richiamo contenuto nell'art. 16, 1° e 5° co., t.u. imm. - con quelli relativi all'espulsione amministrativa di cui all'art. 13 t.u. imm., risultando quindi «evidente la sostanziale sovrapposizione fra le due misure e la conseguente necessità di una loro armonizzazione sistematica»¹⁰⁵. Pertanto, chiarita la natura amministrativa dell'espulsione alternativa alla detenzione, la Corte non ha ravvisato alcun profilo di illegittimità costituzionale in quanto le questioni sottoposte alla sua attenzione muovevano dall'erroneo presupposto che l'espulsione integrasse gli estremi di una sanzione penale. L'ordinanza in esame ha in seguito sottolineato come il provvedimento *de quo* rappresenti soltanto un'anticipazione dell'espulsione amministrativa di cui all'art. 13 t.u. imm., sussistendone già i presupposti e ricordando che ad essa «si dovrebbe comunque e certamente dare corso al termine dell'esecuzione della pena detentiva». Sintetizzando, la natura amministrativa dell'espulsione in esame farebbe venir meno l'esigenza di assicurare il rispetto dei principi costituzionali inderogabilmente stabiliti in punto di pena.

Prima di passare alle problematiche relative al procedimento di applicazione dell'espulsione alternativa alla detenzione, occorre sottolineare la particolarità dell'istituto in esame sotto un diverso ed ulteriore profilo. A dispetto del *nomen iuris*, esso rappresenta una figura che si pone a metà strada tra l'istituto delle misure alternative alla detenzione - con le quali ha in comune il fatto che l'espiazione della pena prosegue al di fuori dell'istituto penitenziario, ma dalle quali differisce quanto a presupposti - e quello della sanzione. In particolare, l'asserita natura amministrativa dell'espulsione *de qua* impedisce che questa venga considerata una sanzione penale, per cui essa non soggiace al principio di irretroattività; al contempo, però, operando nella pratica come una misura

¹⁰⁴ La natura amministrativa dell'espulsione disposta a titolo di sanzione sostitutiva (art. 16, 1° co., t.u. imm.) è stata affermata dalla stessa Corte con ordinanza 28 luglio 1999 n. 369, in www.giurcost.org.

¹⁰⁵ Corte cost., ord. 8 luglio 2004, n. 226, cit.

alternativa alla detenzione, essa non costituisce «una sanzione amministrativa in senso tecnico, ai sensi e per gli effetti della l. 24 novembre 1981, n. 689»¹⁰⁶. Non a torto si ritiene come l'espulsione di cui all'art. 16, 5° co., t.u. imm. appaia nella sostanza «un meccanismo di sospensione dell'esecuzione della pena, su cui si innesta un provvedimento amministrativo di espulsione»¹⁰⁷ ed a conferma di ciò, l'art. 16, 8° co., t.u. imm. dispone che la pena si estingue «alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione, 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».

3.2.2. Procedimento di applicazione

Anche il procedimento di applicazione del provvedimento di espulsione di cui all'art. 16, 5° co., t.u. imm. presenta profili problematici di cui occorre dar atto. L'autorità competente a disporre l'espulsione alternativa alla detenzione è individuata dall'art. 677, 1° co., c.p.p. e dall'art. 16, 6° co., t.u. imm. nel magistrato di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto in cui è ristretto lo straniero: egli dovrà accertare la sussistenza di tutti i presupposti richiesti *ex lege* per disporre l'espulsione, in particolare acquisendo quelle informazioni provenienti dagli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità del detenuto che la direzione penitenziaria provvederà a trasmettergli. Come autorevolmente sostenuto¹⁰⁸, «in presenza dei requisiti di legge, [...] il magistrato di sorveglianza deve disporre l'espulsione, essendogli precluso ogni concreto apprezzamento sull'opportunità, meritevolezza o comunque “giustizia” di quella soluzione [ed] essendo ogni valutazione già stata compiuta dal legislatore al momento dell'introduzione della fattispecie e della contestuale definizione dei suoi presupposti applicativi». Sulla stessa scia, la Corte di cassazione ha avuto modo di precisare che alla discrezionalità meramente tecnica del magistrato di sorveglianza - il quale, secondo il tenore letterale della stessa norma, ha l'obbligo

¹⁰⁶ Cass. pen., Sez. I, 24 gennaio 2006, n. 4429, in *C.E.D. Cass.*, n. 233196.

¹⁰⁷ C. RENOLDI, *Lo straniero nel diritto dell'esecuzione penale*, in *Immigrazione e cittadinanza*, cit., p. 501 ss.

¹⁰⁸ C. RENOLDI, *Recenti arresti giurisprudenziali in materia di espulsione come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Dir. imm. citt.*, 2009, p. 119.

di disporre la misura in esame in presenza dei requisiti di legge - corrisponde un vero e proprio «diritto [dello straniero] ad essere espulso»¹⁰⁹. L'espulsione viene disposta con decreto motivato emesso senza formalità. A ben vedere, la motivazione che si richiede al magistrato di sorveglianza non può che rappresentare una mera garanzia formale, in quanto l'applicazione vincolata dell'istituto in esame fa sì che in sede di motivazione ci si limiti ad elencare i relativi presupposti e a specificarne la sussistenza nel caso concreto; inoltre, l'assenza di qualsivoglia formalità può essere ritenuta un ulteriore argomento a sostegno della natura prettamente amministrativa di tale misura dato che - altrimenti - si verrebbe a configurare una carenza sotto il profilo del principio del contraddittorio costituzionalmente garantito dall'art 111, 2° e 4° co., Cost. Quanto all'iniziativa del procedimento di espulsione, non vi è dubbio che essa possa provenire sia da parte del detenuto straniero attraverso un'apposita richiesta al magistrato di sorveglianza sia da parte di quest'ultimo, d'ufficio *ex art. 678 c.p.p.* Si propende altresì per una soluzione affermativa anche in riferimento al PM¹¹⁰. Una volta adottato il decreto di espulsione, esso viene comunicato agli interessati affinché questi possano proporre opposizione entro il termine - perentorio¹¹¹ - di dieci giorni. Su questo profilo ha inciso la modifica legislativa operata dal citato d.l. 146/2013: se prima, secondo l'originaria formulazione dell'art. 16, 6° co., t.u. imm., destinatario della comunicazione del decreto era unicamente lo straniero da espellere (il quale aveva altresì diritto a che il provvedimento venisse tradotto in una lingua a lui nota¹¹²), ora la normativa in vigore impone che la comunicazione avvenga nei confronti dello straniero, del suo difensore ed altresì del PM (art. 16, nuovo 6° co., t.u. imm.), ampliando così il novero dei soggetti legittimati a proporre opposizione. Premesso che deve ritenersi operante anche in questa sede il principio generale sancito dall'art. 568, 4° co., c.p.p., secondo cui per impugnare è necessario avervi interesse, i nuovi soggetti individuati dal legislatore come destinatari della comunicazione del decreto di espulsione possono anch'essi ritenersi interessati a presentare opposizione dinanzi al

¹⁰⁹ Cass. pen., Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 10752, in *C.E.D. Cass.*, n. 242895.

¹¹⁰ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 373.

¹¹¹ Cass. pen., Sez. I, 3 luglio 2007, n. 34588, in *C.E.D. Cass.*, n. 237681.

¹¹² Corte cost., ord. 8 luglio 2004, n. 226, cit.

tribunale di sorveglianza nel rispetto del termine previsto dalla legge. Altra novità degna di rilievo è stata l'avere espressamente sancito il diritto dello straniero all'assistenza tecnica, assicurandogli la nomina di un difensore d'ufficio laddove manchi quello di fiducia.

L'opposizione presentata dinanzi al tribunale di sorveglianza permette al procedimento di espulsione di assumere quel carattere giurisdizionale prima mancante, con la conseguenza di accordare una maggiore tutela ai soggetti ivi coinvolti tramite il recupero del controllo giurisdizionale e l'applicazione dei principi, *in primis* costituzionali, che ne assicurano il corretto svolgimento. Ad esempio, l'applicabilità all'opposizione *de qua* delle regole previste per il procedimento ordinario di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p. fa sì che questa eventuale seconda fase si svolga nel contraddittorio delle parti, a fronte di un decreto adottato all'esito di un semplice vaglio circa la sussistenza dei presupposti di legge. «Circa il contenuto dell'opposizione è stato anche ritenuto che essa non debba essere necessariamente motivata e che i motivi possano essere presentati all'udienza o anche esposti solo verbalmente, come avviene in sede di riesame delle misure cautelari (art. 309 c.p.p.)»¹¹³; tale interpretazione, pur confermata dalla giurisprudenza di merito¹¹⁴, non ha al contrario trovato seguito nella recente giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto che l'opposizione debba essere corredata di motivi, a pena di inammissibilità¹¹⁵. Il tribunale di sorveglianza deve decidere sull'opposizione entro il termine - ordinatorio¹¹⁶ - di venti giorni, nelle more dei quali l'esecuzione del decreto di espulsione è *ex lege* sospesa (art. 16, 7° co., t.u. imm.) e lo straniero continuerà a espiare la pena in carcere. La stessa situazione si verifica laddove non siano stati ancora acquisiti i documenti necessari per il viaggio, nonostante si sia già respinta l'opposizione al decreto di espulsione con la conseguenza di dover procedere all'esecuzione di quest'ultimo, la quale, sempre ai sensi del medesimo comma, compete al questore del luogo di detenzione e avviene mediante l'accompagnamento alla frontiera da parte della

¹¹³ G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, cit., p. 217.

¹¹⁴ Trib. sorv. Sassari, 30 gennaio 2003, in *Giur. di Merito*, 2003, p. 933.

¹¹⁵ Cass. pen., Sez. I, 28 settembre 2007, n. 38699, in *C.E.D. Cass.*, n. 238047.

¹¹⁶ G. PRELATI, *L'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza a titolo di sanzione alternativa alla detenzione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 623 ss.

forza pubblica.

4. L'espulsione come sanzione sostitutiva della pena

L'art. 15, l. 189/2002 ha introdotto all'art. 16, 1° co., t.u. imm. l'espulsione a titolo di «sanzione sostitutiva» della pena, sempre con l'intento di deflazionare la popolazione carceraria. La misura *de qua*, tuttavia, si articola in una forma diversa rispetto all'espulsione disciplinata dal successivo comma 5, principalmente in quanto essa può essere disposta con sentenza - anche non definitiva - al termine del processo di cognizione, prima - dunque - della fase esecutiva.

4.1. Presupposti, cause ostative e natura giuridica

La valutazione che il giudice della cognizione deve effettuare al fine di applicare la misura in esame attiene tanto alla sussistenza dei presupposti di legge richiesti per concedere l'espulsione come sanzione sostitutiva, quanto all'assenza di specifiche cause ostative. I presupposti in presenza dei quali il giudice della cognizione può prendere in considerazione la possibilità di sostituire la pena sono molteplici. In primo luogo, deve trattarsi di una sentenza di condanna per un reato non colposo oppure di quella con cui si applichi la pena su richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.*, con la precisazione che, in riferimento a quest'ultima, la sostituzione della pena con l'espulsione può avvenire solo se vi sia stato un precedente accordo in tal senso tra l'accusa e la difesa, altrimenti «vi sarebbe difformità tra la statuizione del giudice e le clausole del “patto” su cui si è formato il consenso delle parti»¹¹⁷. In secondo luogo, l'espulsione come sanzione sostitutiva viene disposta dal giudice solo nei confronti dello straniero extracomunitario che si trovi in una delle situazioni di cui all'art. 13, 2° co., t.u. imm.: come nel caso dell'espulsione quale misura alternativa alla detenzione, il destinatario della disposizione è specificamente individuato nella persona dello straniero di cui all'art. 1, 1° co., t.u. imm., il quale sia clandestino o irregolare

¹¹⁷ Cass. pen., Sez. I, 3 febbraio 2006, n. 7906, in *C.E.D. Cass.*, n. 233491.

oppure pericoloso e pertanto passibile di applicazione dell'espulsione amministrativa di cui al precedente art. 13 t.u. imm. Inoltre, la pena detentiva sostituibile con l'espulsione *de qua* non può eccedere il limite dei due anni.

A questi primi tre requisiti - che individuano rispettivamente il momento di applicazione della misura («nel pronunciare sentenza di condanna [...]»), il suo destinatario ed il limite di pena entro il quale il giudice la dispone - se ne aggiungono degli altri. Innanzitutto, il legislatore esclude l'applicazione di detta misura qualora ricorrano i limiti di reclusione (a ben vedere, massimo due anni) e gli ulteriori presupposti che giustifichino la concessione della sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.), grazie alla quale l'esecuzione della pena rimane sospesa¹¹⁸ se «il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati» (art. 164, 1° co., c.p.). Il beneficio *de quo* comporta, a differenza della tipologia di espulsione in esame, l'estinzione del reato se, ai sensi dell'art. 167, 1° co., c.p., nel termine di durata dello stesso il condannato non commetta un reato della stessa indole ed adempia altresì agli obblighi imposti dall'art. 165 c.p. Sussiste quindi un rapporto di alternatività tra i due istituti e tra queste due vie il legislatore impone al giudice di seguirne solo una: tuttavia, autorevole dottrina¹¹⁹ ha osservato come la sospensione condizionale della pena sia maggiormente gravosa rispetto all'espulsione sostitutiva in quanto, nel primo caso, lo straniero sarà comunque passibile di essere espulso ai sensi dell'art. 13 t.u. imm., mentre, al contrario, l'espulsione di cui all'art. 16, 1° co., t.u. imm. si sostituisce alla pena e quindi preclude che il prefetto disponga l'allontanamento dal territorio dello Stato. Unica eccezione al rapporto di alternatività con l'istituto *ex art. 163 c.p.* è rappresentata dal caso in cui nel procedimento penale si persegua lo straniero per il reato di immigrazione clandestina (art. 10-*bis* t.u. imm.) oppure per la violazione - in assenza di giustificato motivo - dell'ordine del questore di allontanarsi dal territorio dello Stato (art. 14, 5° co. *ter* e 5° co. *quater*, t.u. imm.) la cui competenza spetta al giudice di pace il quale, ai sensi dell'art. 60, d.lgs. 274/2000, non può applicare la sospensione condizionale della pena, in tali casi esclusivamente pecuniaria, da lui irrogata.

¹¹⁸ La sospensione condizionale della pena spiega i suoi effetti per cinque anni nel caso di condanna per delitto e per due nell'ipotesi di condanna per contravvenzione (art. 163, 1° co., c.p.).

¹¹⁹ S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Cedam, 2006, p. 375.

Quanto alle cause ostative dell'espulsione in esame, l'art. 16, 1° co., t.u. imm. richiama, a seguito della modifica legislativa operata dall'art. 1, comma 16, lett. b), l. 94/2009, quelle situazioni di cui all'art. 14, 1° co., t.u. imm. che, seppur momentanee, «ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento», comportando il trattenimento dello straniero nei centri di permanenza: si evita quindi che l'espulsione *de qua* tradisca la sua funzione deflattiva, riducendosi in un semplice spostamento dello straniero condannato da un luogo ad un altro e cioè dal carcere al centro di permanenza. Inoltre, osta alla concessione dell'istituto in esame la condanna per uno o più delitti *ex art.* 407, 2° co., lett. a), c.p.p. oppure per un delitto contemplato dal t.u. imm. e punito con una pena edittale superiore nel massimo a due anni¹²⁰ (art. 16, 3° co., t.u. imm.). A tal proposito, occorre sottolineare come la riforma operata dal d.l. 146/2013 - relativamente al restringimento del novero dei reati per i quali è vietato disporre l'espulsione - abbia inciso esclusivamente sull'art. 16, 5° co., t.u. imm., in relazione dunque all'espulsione come misura alternativa alla detenzione, lasciando inalterata la disciplina dell'espulsione quale sanzione sostitutiva della pena.

Con riferimento all'esecuzione dell'espulsione in esame, l'art. 16, 2° co., t.u. imm., stabilisce che essa debba essere eseguita dal questore secondo le modalità previste per l'espulsione amministrativa e quindi con «accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica» (art. 13, 4° co., t.u. imm.).

Per ciò che attiene alla natura giuridica dell'espulsione oggetto di studio, è da premettere che le sanzioni sostitutive della pena sono sanzioni aventi carattere penale, le quali vengono disposte dal giudice della cognizione in luogo di una pena detentiva breve. Disciplinate dagli artt. 53 ss., l. 24 novembre 1981, n. 689, le sanzioni sostitutive sono la semidetenzione per le pene detentive non eccedenti i due anni, la libertà controllata per quelle fino ad un anno ed infine la pena pecuniaria per quelle non superiori a sei mesi. Ora, considerare l'espulsione di cui all'art. 16, 1° co., t.u. imm. come una vera e propria sanzione penale

¹²⁰ Gli unici delitti che esulano dal suddetto divieto sono quelli previsti dagli artt. 13, 5° co., n. 2 e 14, comma 1-*bis*, t.u. imm., i quali sono entrambi puniti con la multa da euro tremila ad euro diciottomila; esula altresì la contravvenzione di cui all'art. 6, 3° co., t.u. imm., la quale è sanzionata con l'arresto fino ad un anno e l'ammenda fino ad euro duemila.

comporterebbe la violazione di alcuni principi costituzionalmente garantiti in tema di pena, dei quali si è già avuto modo di parlare con riferimento all'espulsione come misura alternativa alla detenzione. In particolare, a fondamento delle diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate negli anni, si è posta la censura della norma in esame sotto il profilo della violazione del principio di legalità *ex art. 25, 2° co., Cost.* e del principio di rieducazione di cui all'*art. 27, 3° co., Cost.*: nel primo caso, si lamentava la mancanza di una qualsivoglia predeterminazione della durata massima della sanzione sostitutiva; nel secondo, invece, si osservava come non vi fosse alcun collegamento tra l'*art. 16, 1° co., t.u. imm.* e l'intento di tendere alla risocializzazione del reo. A tal proposito, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire come «l'espulsione prevista dalla norma in discussione, pur se disposta dal giudice in sostituzione di una pena detentiva, non si può configurare come una sanzione criminale, ma come una misura amministrativa per i caratteri che assume»¹²¹. Tuttavia, si sostiene in dottrina¹²² che se con riguardo alla differente espulsione alternativa alla detenzione si contempla l'ipotesi di estinzione della pena trascorsi dieci anni senza che lo straniero sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato (*art. 16, 8° co., t.u. imm.*), l'*art. 16, 1° co., t.u. imm.* non prevede tale possibilità, in quanto all'illegittimo reingresso nel territorio italiano consegue il ripristino della pena detentiva: tale meccanismo, che chiaramente esula da quanto previsto per le sanzioni amministrative, sembra mutuare la disciplina propria delle sanzioni sostitutive aventi pertanto natura penale.

Un ultimo profilo su cui occorre soffermarsi è l'individuazione del giudice competente ad emanare la «sanzione» *de qua*. L'*art. 16, 1° co., t.u. imm.* attribuisce tale competenza al giudice della cognizione, il quale, in presenza dei presupposti elencati dallo stesso comma, può optare per la sostituzione della pena detentiva con l'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. Pertanto, è solo in sede di condanna che si può ricorrere a tale tipologia di espulsione, in ciò sostanziandosi la prima fondamentale differenza con la misura di cui all'*art. 16, 5° co., t.u. imm.* disposta dalla magistratura di sorveglianza durante la fase

¹²¹ Corte cost., ord. 28 luglio 1999, n. 369, cit.

¹²² B. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Giappichelli, 2004, p. 92.

esecutiva della pena. Competente ad emanare l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva è il giudice di pace per i reati di cui egli può conoscere, come stabilito dall'art. 62-*bis*, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, introdotto dalla l. 94/2009. A ben vedere, il legislatore del 2009 non ha coordinato la disposizione in esame con quella di cui all'art. 16, 1° co., t.u. imm., in quanto dal tenore letterale di quest'ultima («il giudice [...] può sostituire») si evince che il giudice togato abbia una mera facoltà di sostituire la pena, mentre sul giudice non togato (il quale «applica») sembra al contrario ricadere un obbligo di disporre l'espulsione in esame.

4.2. Revoca

Ai sensi dell'art. 16, 4° co., t.u. imm., l'espulsione già disposta in luogo di una pena detentiva breve può essere revocata qualora lo straniero violi il divieto di reingresso nel territorio dello Stato. Ciò posto, i due profili più rilevanti in tema di revoca attengono all'individuazione del giudice competente ed alla fissazione del termine entro il quale il reingresso dello straniero assume un carattere di illegalità. Quanto al primo, la norma in esame non indica espressamente quale giudice possa procedere in tal senso, con la conseguenza che sia la dottrina che la giurisprudenza, adoperandosi per colmare questa lacuna, hanno finito col prendere diverse posizioni a riguardo. Secondo alcuni autori¹²³, la competenza deve essere individuata sulla base della definitività o meno della sentenza di condanna con la quale si applica l'istituto di cui all'art. 16, 1° co., t.u. imm.; in particolare, la revoca spetterà al giudice dell'esecuzione nel primo caso, mentre al giudice procedente nel secondo. La giurisprudenza, invece, prescindendo dal criterio appena esposto, ha preferito individuare un unico giudice competente, offrendo soluzioni non di certo univoche: tenendo conto delle caratteristiche, della disciplina dell'espulsione quale «sanzione sostitutiva» e soprattutto delle già menzionate differenze con l'espulsione quale misura alternativa alla detenzione, parte della giurisprudenza ha stabilito che «da tali premesse, si deve quindi trarre la conclusione che competente a disporre la revoca della sanzione sostitutiva sia lo

¹²³ G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, cit., p. 215.

stesso giudice che l'ha disposta e cioè il giudice che pronunciò la sentenza di condanna»¹²⁴; altra parte della giurisprudenza, al contrario, non ha mancato di sottolineare come il giudice competente sia quello dell'esecuzione¹²⁵, al quale il PM deve presentare la richiesta di revoca dell'espulsione in esame, in assenza della quale non si potrebbe emettere, ex art. 656, 1° co., c.p.p., l'ordine di esecuzione della pena detentiva breve in precedenza sostituita con l'espulsione.

Per ciò che attiene ai termini in violazione dei quali il reingresso dello straniero in Italia diviene illegale - così legittimando la revoca della sanzione sostitutiva - l'art. 16, 4° co., t.u. imm. fa esplicito rinvio all'art. 13, 14° co., t.u. imm. il quale, a seguito delle modifiche operate dall'art. 3, 1° co., lett. c), d.l. 89/2011, prescrive che la durata del divieto di reingresso debba esser fissata nel rispetto di un arco di tempo compreso tra i tre ed i cinque anni, lasciando quindi al giudice della cognizione il compito di individuarla nello specifico, in ciò «tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti il singolo caso». Grazie alla suddetta modifica legislativa, al termine decennale prima previsto è stato sostituito un limite minimo ed uno massimo di durata del divieto di reingresso, nel pieno rispetto della normativa europea ed in conformità con quanto precisato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea. In particolare, nel pronunciarsi relativamente al reato di immigrazione clandestina, i giudici di Lussemburgo¹²⁶ hanno sottolineato come la legittimità della revoca dell'espulsione disposta ai sensi dell'art. 16, 4° co., t.u. imm. dipenda dalla «corrispondenza» tra la durata del divieto *de quo* e quella non eccedente¹²⁷ i cinque anni prevista dall'art. 11, par. 2, della Direttiva 2008/115 (c.d. Direttiva rimpatri).

¹²⁴ Cass. pen., Sez. I, 1 luglio 2004, n. 34703, in *C.E.D. Cass.*, n. 229910.

¹²⁵ Cass. pen., Sez. I, 22 settembre 2004, n. 38653, in *Dir. e Giust.*, 2004, p. 63.

¹²⁶ Corte giust. UE, 6 dicembre 2012, C-430/11, Sagor, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1770.

¹²⁷ Tale durata massima potrà essere eccezionalmente superata solo in presenza dell'esigenza di fronteggiare una grave minaccia all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica oppure a quella nazionale.

5. L'espulsione come misura di sicurezza

Il novero delle espulsioni giudiziarie non si esaurisce nelle due tipologie previste dall'art. 16, 1° e 5° co., t.u. imm., ma ad esso devono ricondursi altresì le diverse forme di espulsione disposte a titolo di misura di sicurezza personale. L'allontanamento dello straniero dal territorio italiano può essere disposto anche qualora risulti integrato il requisito della pericolosità sociale, cui l'art. 202, 1° co., c.p. subordina l'applicazione di qualsivoglia misura di sicurezza.

5.1. Il presupposto della pericolosità sociale

La pericolosità sociale è presupposto imprescindibile di tutte le misure di sicurezza personali. Ai sensi dell'art. 203, 1° co., c.p., sussiste tale pericolosità «quando è probabile che [la persona] commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati»: ciò che si intende evitare, quindi, è che il reo si renda nuovamente colpevole. Tale finalità, espressione della svolta impressa al diritto penale dalle concezioni della scuola positiva di fine Ottocento, si spiega alla luce della «probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche psichiche e/o dell'influenza esercitata dall'ambiente»¹²⁸ diventi recidivo; di conseguenza, il diritto penale deve trovare il suo fondamento non solo nella necessità di punire un crimine già commesso, ma altresì di prevenire nuove violazioni dell'ordinamento giuridico da parte sia del soggetto già reo, sia di altri soggetti indotti a delinquere dal cattivo esempio di quest'ultimo. Proprio al soddisfacimento di tali esigenze risponde la categoria della pericolosità sociale, la quale si distingue nettamente da quella della colpevolezza: quest'ultima, infatti, implica che la commissione del fatto di reato sia frutto di una scelta individuale del soggetto che vanti «una sufficiente signoria [...] sulle proprie azioni» ed al quale quindi sarà possibile muovere un rimprovero di natura morale per avere volontariamente agito; la pericolosità sociale, invece, è specchio delle inclinazioni naturali che inducono l'individuo a delinquere «in maniera pressoché necessitata»¹²⁹. È da queste

¹²⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 825.

¹²⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 825.

premesse che prende le mosse il c.d. sistema del doppio binario, nel quale la colpevolezza è presupposto per l'irrogazione della sanzione penale, mentre dalla pericolosità sociale dipende l'applicazione di una misura di sicurezza. Ciò posto, il codice Rocco del 1930 è permeato dall'idea del legislatore dell'epoca di considerare la pericolosità sociale come una caratteristica solo eventuale - e comunque non permanente - della personalità del reo, rendendosi necessario un previo accertamento della relativa sussistenza e del suo effettivo protrarsi nel tempo: solo alla luce di un esito (sempre) positivo si potrà giustificare l'operatività di una misura di sicurezza. Ora, il previo accertamento in concreto della pericolosità sociale si sostanzia in un giudizio prognostico che, avente ad oggetto la probabilità che il reo ricada nel delitto, si effettua tramite la valutazione, in tal senso orientata, degli indici di cui all'art. 133 c.p. (art. 203, 2° co., c.p.). La regola del previo accertamento concreto della pericolosità sociale può adesso dirsi avente carattere assoluto, grazie ad un intervento legislativo che, in passato, è stato più volte propiziato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹³⁰. Nell'originaria versione del codice penale, infatti, tale regola subiva una vistosa deroga all'art. 204, 2° co., c.p., il quale elencava alcune ipotesi in cui la sussistenza della pericolosità sociale era automaticamente desunta dalla gravità del fatto commesso e/o dalle particolari condizioni psicologiche dell'agente: a questi casi, il legislatore del 1930 aveva ricollegato una presunzione *juris et de iure* di pericolosità sociale, senza possibilità di prova contraria. L'art. 31, 1° co., l. 663/1986 ha invece abrogato l'intero art. 204 c.p., sopprimendo dall'ordinamento giuridico la categoria della pericolosità presunta e stabilendo al contempo che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa» (art. 31, 2° co., l. 663/1986). Alla luce di tali significative innovazioni, appare evidente come, nel disporre una misura di sicurezza, il giudice non possa prescindere da un accertamento della pericolosità sociale del relativo destinatario che si svolga in maniera preventiva ed in relazione al singolo

¹³⁰ Corte cost., sent. 20 gennaio 1971, n. 1, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1; Corte cost., sent. 27 luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1585; Corte cost., sent. 28 luglio 1983, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 460.

caso. Inoltre, poiché la misura di sicurezza viene disposta con sentenza e può essere eseguita solo al termine della fase di cognizione, è opportuno ricordare che la regola del preventivo accertamento dovrà ritenersi vincolante anche per il magistrato di sorveglianza che accerterà lo stato di perdurante pericolosità prima di disporre la relativa esecuzione (art. 679, 1° co., c.p.p.): «in altri termini la valutazione effettuata in prima battuta dal giudice della cognizione di per sé non basta a rendere esecutiva l'espulsione»¹³¹.

Dopo aver illustrato le valutazioni prodromiche all'applicazione delle misure di sicurezza personali - a ben vedere fondamentali, per ciò che ai fini della presente trattazione interessa, anche per l'espulsione dello straniero - si ritiene necessario ribadire ancora una volta come la scelta di disporre una delle misure *de quibus* non possa prescindere dall'esito positivo del giudizio prognostico operato dal giudice in ordine alla pericolosità sociale dell'imputato: non a caso, ai sensi dell'art. 164, 3° co., c.p., l'operatività della sospensione condizionale della pena non è compatibile con l'applicazione di una misura di sicurezza (diversa dalla confisca), in quanto si subordina la relativa concessione ad un accertamento della pericolosità sociale dell'imputato che abbia esito negativo (art. 164, 1° co., c.p.). In linea con tali principi, l'applicazione delle misure di sicurezza diverse dalla confisca è esclusa dall'art. 445, 1° co., c.p.p. in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti, laddove la pena applicata non superi i due anni di reclusione¹³².

Con riferimento specifico all'espulsione, ulteriori divieti sussistono in relazione alle ipotesi di cui all'art. 19 t.u. imm. (v. *supra*) ed ai principi sanciti a livello internazionale dall'art. 3 e 8 CEDU. In particolare, la Corte di Strasburgo¹³³ ha ritenuto illegittimo sia il provvedimento di espulsione dello straniero a seguito del quale egli avrebbe dovuto far ritorno nel suo Paese di appartenenza rischiando di essere ivi sottoposto a pene inumane o degradanti, sia quello che imponeva allo straniero avente stabili legami familiari nello Stato ospitante di allontanarvisi, rinvenendo così nel rispetto della vita privata e familiare un ostacolo

¹³¹ G. VARRASO, *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, 3° ed., Giuffrè, 2010, p. 625.

¹³² Diversamente, quindi, rispetto alle ipotesi in cui la pena irrogata sia superiore ai due anni di reclusione (c.d. patteggiamento allargato).

¹³³ Corte EDU, 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, in *www.duitbase.it*.

insormontabile alla relativa espulsione¹³⁴.

5.2. Le fattispecie codicistiche

L'espulsione disposta a seguito dell'accertata sussistenza della pericolosità sociale dello straniero è prevista da diverse disposizioni contenute sia nel codice penale, sia nelle leggi speciali. Quanto alle prime, gli artt. 235 e 312 c.p. sono stati oggetto di una recente modifica legislativa avvenuta ad opera della l. 125/2008. In particolare, le profonde innovazioni di recente apportate hanno inciso su due diversi profili: da un lato, infatti, è mutata la disciplina del solo art. 235 c.p. in ordine al *quantum* di pena cui si subordina l'applicazione della misura di sicurezza allo straniero, lasciando inalterata l'assenza di qualsivoglia limite nel successivo art. 312 c.p.; dall'altro lato - ed è questa la novità più significativa - è stata introdotta, in entrambe le fattispecie, l'ipotesi di allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino comunitario. Con riferimento a tale ultima ipotesi, il provvedimento, sebbene denominato di "allontanamento" e non di "espulsione", nella sostanza equivale a quello indirizzato all'extracomunitario: secondo alcuni¹³⁵, l'intento del legislatore della novella è stato quello di continuare ad applicare la misura di sicurezza *de qua* a quei soggetti che fino a qualche tempo fa venivano considerati stranieri nel senso specificato dall'art. 1, 1° co., t.u. imm., ma che di recente hanno acquistato la cittadinanza europea a seguito dell'allargamento dell'Unione, la quale ormai conta tra i suoi Stati membri anche alcuni Paesi dell'Europa dell'est.

L'art. 235 c.p. regola, in via generale, l'istituto dell'espulsione *de qua*, stabilendo che il giudice debba applicare tale misura di sicurezza allo straniero che sia stato condannato ad espiare una reclusione superiore a due anni: questa l'innovazione principale rispetto alla disciplina previgente, il cui limite minimo di pena, superato il quale il giudice doveva ordinare l'espulsione, era di dieci anni. A ben

¹³⁴ Corte EDU, 21 giugno 1988, Berrehab c. Paesi Bassi, in www.giustizia.it.

¹³⁵ E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in A. Scalfati (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Giappichelli, 2008, p. 11.

vedere, autorevole dottrina¹³⁶ ha ravvisato in tale drastico abbassamento del *quantum* minimo di pena una «mutazione genetica» dell'istituto della misura di sicurezza, che «da *extrema ratio* quale era in origine» è divenuto «strumento fisiologico di neutralizzazione della pericolosità sociale dello straniero delinquente». Da condividersi è quindi la preoccupazione che, a seguito della riforma, l'espulsione in esame si sia trasformata in una misura che, lungi dall'avere un carattere di eccezionalità ricollegato alla particolare gravità del crimine commesso, miri ad inasprire il trattamento penale dello straniero autore del reato. Inoltre, proprio a tal proposito, occorre sottolineare che la condanna ad una pena detentiva comunque superiore ai due anni non è di per sé indicativa della sussistenza della pericolosità sociale, in quanto alla reclusione nella misura in questione si può essere condannati anche per reati di medio-bassa gravità. Tuttavia, altra parte della dottrina¹³⁷ ha rilevato come un simile abbassamento del limite necessario per potere il giudice adottare un provvedimento di espulsione a titolo di misura di sicurezza non rappresenti una novità. La legge c.d. Bossi-Fini, in verità, aveva già previsto che l'espulsione a titolo di misura di sicurezza (art. 15 t.u. imm.) potesse essere disposta per i reati elencati dagli artt. 380 e 381 c.p.p. (relativi all'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza), tra i quali sono inclusi quelli non colposi puniti con una pena superiore a tre anni (o a cinque, nel caso di delitti colposi): «il più consistente abbassamento della soglia di gravità dei reati cui può accedere la misura era, quindi, già stato realizzato in precedenza e l'ultimo intervento normativo si [è] limit[ato] a ribadire la stretta sanzionatoria sancita con la riforma del 2002». Non deve sorprendere, pertanto, che il giudice disponga la misura in esame nei confronti dello straniero il cui trattamento sanzionatorio sia stato cristallizzato in una detenzione che parta dalla soglia dei due anni, in ossequio ad una politica legislativa volta ad aumentare i casi di espulsione. Ad ogni modo, bisogna dar atto del fatto che, seppur dal tenore letterale della norma si evinca l'obbligatorietà per il giudice di procedere ad espulsione («il giudice ordina l'espulsione»), l'adozione del provvedimento *de*

¹³⁶ F. VIGANÒ - M. VIZZARDI, «Pacchetto sicurezza» ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 813.

¹³⁷ L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 29 s.

quo rimane comunque vincolato all'esito positivo del previo giudizio avente ad oggetto la pericolosità sociale dello straniero.

Prima di passare all'analisi della nuova figura dell'allontanamento del cittadino europeo dal territorio dello Stato, è necessario evidenziare i principali punti di contatto, nonché di divergenza, tra l'art. 235 c.p. e l'ulteriore fattispecie codicistica sopra menzionata: il successivo art. 312 c.p., infatti, stabilisce che la stessa misura di sicurezza dell'espulsione venga disposta nei confronti dello straniero qualora questi sia stato condannato per taluno dei delitti contro la personalità dello Stato. Emerge subito la fondamentale differenza tra le norme in esame: mentre la prima, regolando in via generale l'istituto, ne ricollega l'applicazione esclusivamente ad uno specifico *quantum* di pena, senza dare rilievo alla tipologia di delitto commesso, la seconda, al contrario, non prevede limiti di pena, ma subordina l'operatività della misura all'intervenuta condanna per uno dei reati di cui al Titolo I del secondo libro del codice penale. Appare evidente, quindi, che l'art. 312 c.p. si pone come norma speciale in rapporto all'art. 235 c.p. proprio perché legata alla commissione di una specifica categoria di fattispecie incriminatrici. In comune con il più generale art. 235 c.p., invece, è l'aspetto relativo all'obbligatorietà dell'adozione del provvedimento di espulsione a titolo di misura di sicurezza («il giudice ordina l'espulsione»), ferma restando anche qui la necessità di un previo accertamento della pericolosità sociale del reo. Gli ulteriori profili riconducibili ad entrambe le fattispecie attengono all'esecuzione ed alle conseguenze della violazione del provvedimento espulsivo. Quanto al primo aspetto, la misura di sicurezza dell'espulsione viene eseguita dal questore tramite accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica: il richiamo all'art. 13, 4° co., t.u. imm., infatti, rende applicabili all'espulsione *de qua* le modalità esecutive dell'espulsione amministrativa ex art. 13, 1° e 2° co., t.u. imm. Al contrario, il contestuale rinvio all'art. 20, 11° co., d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, è sempre stato ritenuto dalla dottrina - nella parte in cui si richiedeva la convalida del provvedimento amministrativo da parte del giudice di pace - privo di qualsivoglia utilità, in virtù del fatto che, se l'intervento dell'autorità giudiziaria è necessario per «garantire ex art. 13 Cost. un controllo giurisdizionale

di provvedimenti incidenti sulla libertà personale»¹³⁸, nel caso dell'espulsione in esame il provvedimento è adottabile esclusivamente dal giudice, sussistendo già quel vaglio che assicura il pieno rispetto della riserva di giurisdizione prevista a riguardo dalla Costituzione.

Per ciò che attiene alle conseguenze derivanti dalla violazione del provvedimento di espulsione disposto a titolo di misura di sicurezza, gli artt. 235 e 312 c.p. prevedono - a seguito della citata riforma - due nuove figure di reato. Nello specifico, si punisce in entrambe le fattispecie la trasgressione dell'ordine di espulsione (o di allontanamento, nel caso di cittadino europeo) con la pena della reclusione da uno a quattro anni e si prevedono l'obbligatorietà dell'arresto anche fuori dai casi di flagranza e la celebrazione del rito direttissimo. Si viene così a configurare un reato doloso (la cui integrazione avviene nel caso in cui lo straniero sia a conoscenza dell'ordine di espulsione e volontariamente lo violi) che si consuma nel momento in cui si trasgredisca al contenuto dell'ordine, tanto permanendo nel territorio dello Stato quanto rientrandovi dopo aver in un primo momento adempiuto all'intimazione ricevuta. Sebbene con l'introduzione dei reati di trasgressione si sia inteso evitare, tramite la minaccia di una sanzione penale, che l'espulsione non fosse effettiva, autorevole dottrina¹³⁹ ha chiarito come «la portata innovativa della riforma “[sia]” minore di quanto ad un primo sguardo si potrebbe ritenere». La previgente formulazione dell'art. 235 c.p. conteneva, a differenza dell'art. 312 c.p., una clausola secondo la quale nelle ipotesi di trasgressione fossero applicabili «le sanzioni stabilite dalle leggi di sicurezza pubblica per il caso di contravvenzione all'ordine di espulsione emanato dall'Autorità amministrativa». Di conseguenza, lo straniero espulso che si fosse trattenuto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato sarebbe stato ritenuto responsabile per il delitto di cui all'art. 14, comma 5-ter, t.u. imm.; però, laddove avesse violato il divieto di reingresso, egli avrebbe commesso il reato di cui all'art. 13, comma 13-bis, t.u. imm. A ben vedere, alla stregua dei nuovi reati di trasgressione, tali fattispecie prevedono che la reclusione sia ricompresa tra un minimo di uno ed un massimo di quattro anni e che si proceda con rito

¹³⁸ L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 35.

¹³⁹ L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 36.

direttissimo, mentre l'unica differenza riguarda l'obbligatorietà dell'arresto, che avviene solo nei casi di flagranza per il reato *ex art. 14, comma 5-ter, t.u. imm.* o anche al di fuori di questi ultimi secondo quanto disposto dall'*art. 13, comma 13-bis, t.u. imm.* In altri termini, attraverso l'introduzione in entrambe le norme in esame di uno specifico riferimento ai reati c.d. di trasgressione, la novella legislativa ha apportato una modifica meramente stilistica, essendo già in passato possibile applicare agli stessi fatti i reati connessi alla violazione dell'ordine di espulsione e del divieto di reingresso previsti dal Testo unico sull'immigrazione. Passati in rassegna i numerosi aspetti toccati dalla riforma, occorre dar atto che la novità più significativa introdotta da quest'ultima ha inciso sul novero soggettivo dei destinatari del provvedimento di espulsione. Come già anticipato, tale misura di sicurezza è ormai applicabile anche nei confronti dei cittadini europei, sebbene il legislatore abbia preferito usare la diversa denominazione dello «allontanamento». Tuttavia, in riferimento ai nuovi destinatari, il giudice deve tenere in considerazione alcuni limiti derivanti dal diritto europeo, i quali sono stati sanciti espressamente nella direttiva 2004/38/CE - relativa alla libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri - e che costituiscono ormai diritto vigente nel nostro ordinamento grazie all'attuazione avvenuta ad opera del d.lgs. 30/2007. In particolare, l'*art. 27* della citata Direttiva impone il rispetto di più parametri: in primo luogo, l'allontanamento del cittadino comunitario può essere disposto solo «per motivi di ordine pubblico¹⁴⁰, sicurezza pubblica o di sanità pubblica» e non per altri fini; inoltre, un simile provvedimento, per essere valido, deve rispettare il «principio di proporzionalità» e deve essere adottato solo sulla base del «comportamento personale del soggetto» qualora questi rappresenti «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società»; infine, «la sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti».

¹⁴⁰ I motivi di ordine pubblico devono essere gravi per disporre l'allontanamento di un cittadino europeo che abbia acquisito il diritto di soggiorno permanente in Italia, ma dovrà trattarsi di motivi imperativi di pubblica sicurezza nel caso di minore o di straniero residente nello Stato da almeno dieci anni (art. 20, 4° e 5° co., d.lgs. 30/2007).

Se questi sono i presupposti in presenza dei quali l'allontanamento del cittadino europeo può dirsi legittimamente disposto (oltre alla condanna ad una pena detentiva superiore ai due anni ed alla riscontrata pericolosità sociale), l'art. 28 della Direttiva specifica le cause impeditive all'adozione del relativo provvedimento, facendo prevalere sull'interesse sociale elementi quali «la durata del soggiorno dell'interessato, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare ed economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e l'importanza dei suoi legami con il Paese d'origine».

Pertanto, «limiti ben più rigorosi [...] derivano [...] dalla normativa sovranazionale in materia e dall'elaborazione della giurisprudenza comunitaria»¹⁴¹, avendo di fatto il Pacchetto sicurezza del 2008 dato vita ad un istituto di ben più difficile applicazione rispetto a quello dell'espulsione.

5.3. Le fattispecie contenute nella legislazione speciale

5.3.1. L'art. 15 t.u. imm.

L'art. 15 t.u. imm. disciplina un'ulteriore ipotesi di espulsione disposta a titolo di misura di sicurezza. In via residuale, e quindi al «di fuori dei casi previsti dal codice penale», il giudice può adottare il provvedimento *de quo* in presenza di determinati presupposti: oltre alla sussistenza della pericolosità sociale (requisito comune a tutte le misure di sicurezza) è necessario che si tratti di un soggetto extracomunitario o apolide che abbia subito una condanna per uno dei delitti di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. In particolare, la disposizione in esame risulta applicabile ai soli stranieri, nel senso specificato dall'art. 1, 1° co., t.u. imm. e nel pieno rispetto del suo dettato, secondo il quale le norme di detto Testo unico non hanno quali destinatari i cittadini europei. Inoltre, la condanna cui segue l'applicazione della misura in esame deve avere ad oggetto i reati in riferimento ai quali il legislatore ha previsto l'obbligatorietà o la facoltà dell'arresto in flagranza: rispettivamente, si tratta dei reati non colposi, consumati o tentati,

¹⁴¹ L. MASERA, *Immigrazione*, cit., p. 34.

puniti con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a cinque e nel massimo a venti anni e dei reati puniti con la reclusione superiore nel massimo a tre anni se reati dolosi, a cinque anni se colposi.

Se sussistono entrambi i requisiti appena menzionati, il giudice ha la facoltà - a differenza di quanto avviene per le fattispecie codicistiche - di ordinare l'espulsione dello straniero.

L'ultimo aspetto su cui occorre soffermarsi in questa sede attiene alle modalità esecutive dell'espulsione in esame: l'art. 15, comma 1-*bis*, t.u. imm., introdotto dall'art. 14, 1° co., l. 189/2002, ha imposto l'obbligo di comunicare tempestivamente - oltre al provvedimento di custodia cautelare - l'emanazione di una sentenza definitiva di condanna ad una pena detentiva nei confronti dello straniero. Tale comunicazione, rivolta al questore ed alla autorità consolare competente, mira ad avviare le procedure di identificazione dell'extracomunitario ai fini dell'esecuzione dell'ordine di espulsione, la quale avverrà una volta espiata la pena detentiva.

5.3.2. L'art. 86 t.u. stup.

L'art. 86, 1° co., t.u. stup. impone l'adozione da parte del giudice del provvedimento di espulsione nei confronti dello straniero qualora questi sia stato condannato per uno dei reati di cui agli artt. 73, 74, 79 e 82, 2° e 3° co., t.u. stup.: trattasi di reati che puniscono la produzione ed il traffico di sostanze stupefacenti (che avvenga anche in forma associativa), l'agevolazione del relativo uso e l'istigazione o l'induzione del minore a farne utilizzo. Per tutti gli altri casi, e quindi quando lo straniero si sia reso colpevole degli ulteriori reati previsti dal Testo unico, l'art. 86, 2° co., t.u. stup. stabilisce che l'espulsione potrà essere disposta dal giudice in maniera facoltativa. Emerge subito la volontà del legislatore di distinguere la disciplina dei provvedimenti di espulsione a seconda della gravità del reato commesso in tema di stupefacenti, prevedendo come quest'ultima debba essere di regola facoltativa, ma rendendola obbligatoria per un novero ristretto di delitti.

Tuttavia, è necessario che il giudice tenga conto della natura obbligatoria o facoltativa del provvedimento in esame solo dopo avere accertato la sussistenza della pericolosità sociale dello straniero: premesso che la Consulta¹⁴² ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 86, 1° co., t.u. stup. nella parte in cui prescindeva da un simile accertamento, la Corte di cassazione ha poi avuto modo di precisare che, essendo venuta meno la presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato per i reati in esso previsti, «il giudice di merito ha il dovere di accertare in concreto [...] la presenza di tale pericolosità»¹⁴³.

Infine, al pari delle misure di sicurezza previste dagli artt. 235 e 312 c.p., l'espulsione in esame può essere disposta anche nei confronti dei cittadini europei, con le dovute considerazioni già svolte sui limiti derivanti dal diritto europeo.

6. La vicenda El Dridi e le sue ricadute sul giudicato penale di condanna

La nota vicenda El Dridi prende le mosse dalla discrasia venutasi a creare tra il diritto interno e quello europeo in tema di pene previste per l'inottemperanza da parte dello straniero all'ordine di allontanamento emesso dal questore.

Occorre sin da subito premettere che a venire in rilievo è una tipologia di espulsione avente carattere amministrativo e non giudiziario. Tuttavia si tratta di un caso che merita di essere approfondito in questa sede per il non trascurabile effetto che la sua soluzione ha avuto sul giudicato penale di condanna. Quanto concluso nella sentenza El Dridi, infatti, ha spinto gli interpreti a domandarsi se si fosse in presenza di un'ipotesi di abrogazione del reato commesso dallo straniero che avesse violato l'ordine di allontanamento del questore. Per queste fattispecie, il legislatore nazionale aveva previsto la sanzione penale della reclusione, la quale - anticipando quanto si dirà più avanti - non è sembrata una scelta opportuna ai giudici di Lussemburgo. Pertanto, il nodo della vicenda in esame si sposta, ai fini della presente trattazione, dal comprendere se la scelta di una pena detentiva per

¹⁴² Corte cost., sent. 24 febbraio 1995, n. 58, in *Giur. cost.*, 1995, p. 493.

¹⁴³ Cass. pen., Sez. VI, 6 maggio 2004, n. 26096, in *C.E.D. Cass.*, n. 229644.

sanzionare le ipotesi *de quibus* sia stata rispettosa del diritto europeo al capire se la risposta negativa data dalla Corte di giustizia a tale quesito integri nel nostro ordinamento un'ipotesi di *abolitio criminis* idonea a dar luogo, in caso affermativo, alla revoca della sentenza definitiva di condanna ai sensi dell'art. 673 c.p.p.

L'originaria formulazione dell'art. 14, comma 5-ter, t.u. imm. comminava la sanzione della reclusione per il soggetto che in assenza di un giustificato motivo avesse violato l'ordine impartitogli dal questore ai sensi del precedente comma 5-bis: le pene edittali, però, mutavano a seconda della condizione in cui versava lo straniero prima della sua espulsione (clandestinità o mera irregolarità). Tuttavia, ciò che ha avuto rilievo per la vicenda in esame non è stata tanto la determinazione dell'entità della sanzione, quanto piuttosto la scelta del legislatore di punire il reato *de quo* con una pena detentiva.

Già prima della sentenza El Dridi, la giurisprudenza di merito aveva prospettato un contrasto con la direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri), le cui disposizioni - una volta scaduto il termine per darvi attuazione¹⁴⁴ - sono divenute direttamente efficaci in quanto «sufficientemente precise ed incondizionate»¹⁴⁵. Due le vie attraverso le quali si lamentava l'illegittimità dell'art. 14, comma 5-ter, t.u. imm.: una prima opinione¹⁴⁶ faceva leva sulla violazione - realizzata attraverso la previsione di una pena detentiva - del principio dell'effetto utile¹⁴⁷ sancito dal legislatore europeo, il quale, tradotto in termini concreti nella fattispecie *de qua*, imponeva di ritenere che il termine massimo di privazione della libertà personale dello straniero in attesa di rimpatrio non avrebbe dovuto superare i diciotto mesi (c.d. incompatibilità diretta); la seconda strada prospettata

¹⁴⁴ Il termine ultimo per dare attuazione alla direttiva 2008/115/CE è stato lo scorso 24 dicembre 2010.

¹⁴⁵ Corte giust. UE, 28 aprile 2011, C-61/11, El Dridi, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2780. Le parole riportate sono riprese dai paragrafi 46 e 47 della sentenza.

¹⁴⁶ Trib. Nola, 17 gennaio 2011 e Trib. Milano, 19 gennaio 2011, entrambe in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁴⁷ Il principio dell'effetto utile rientra tra i fondamenti su cui è costruito il diritto europeo. Esso impone che una norma contenuta nella legislazione europea venga interpretata dai giudici nazionali nel senso più funzionale possibile alla realizzazione dello scopo che con la sua previsione si è inteso raggiungere.

dai giudici di merito¹⁴⁸, invece, insisteva sull'impossibilità di applicare il provvedimento di espulsione perché non conforme alle modalità di esecuzione stabilite a livello europeo (c.d. incompatibilità indiretta).

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella già citata sentenza El Dridi dell'aprile del 2011, si è espressa nel senso di ritenere incompatibile l'art. 14, comma 5-ter, t.u. imm. con gli artt. 15 e 16 della Direttiva rimpatri, aderendo alla prima delle due prospettazioni esposte. Alla base di tale decisione vi è stata la convinzione per cui non è giustificabile l'introduzione di una norma che irroghi la sanzione della reclusione (appunto, l'art. 14, comma 5-ter, t.u. imm.) «solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli “[sia]” stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine “[sia]” scaduto, “[si sia trattenuto]” in maniera irregolare nel territorio nazionale». Infatti, la Corte di giustizia non ha mancato di sottolineare che una simile scelta, evidentemente sproporzionata rispetto al fatto commesso, «rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare»¹⁴⁹. Alla luce di quanto asserito dai giudici di Lussemburgo, il legislatore italiano ha tempestivamente riformato le varie tipologie penalmente rilevanti di irregolare soggiorno dello straniero: infatti, con il d.l. 89/2011 si è provveduto a sanzionare tutte le fattispecie previste a tal proposito dal t.u. imm. con una pena esclusivamente pecuniaria, sanando quindi quella discrasia che l'opzione per la pena detentiva aveva in precedenza creato. Tuttavia, in attesa di un simile intervento legislativo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva invitato il giudice nazionale a disapplicare la disposizione ritenuta contrastante con la direttiva, in virtù della supremazia del diritto europeo su quello interno. In piena adesione a tale principio, la Corte di cassazione¹⁵⁰ ha avuto modo di chiarire come «le conclusioni [a tal proposito] raggiunte valgano, *a fortiori*, per il reato previsto dall'art. 14, comma 5-quater, t.u. imm.» e come «la decisione della Corte di Giustizia, interpretando in maniera autoritativa il diritto dell'Unione [...], incide

¹⁴⁸ Trib. Cagliari, 14 gennaio 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁴⁹ § § 58 e 59 della sentenza.

¹⁵⁰ Cass. pen., Sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3766.

sul sistema normativo impedendo la configurabilità del reato» ed al contempo ravvisando un «effetto paragonabile a quello della legge sopravvenuta». È proprio questo l'aspetto che più interessa ai fini della presente trattazione: una volta dichiarata incompatibile la scelta della pena detentiva per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal questore, come deve comportarsi il giudice dell'esecuzione dinanzi ad una richiesta di revoca della sentenza definitiva di condanna per il reato *de quo*, presentata ai sensi dell'art. 673 c.p.p.? Ci si chiede, pertanto, se risulti integrata un'ipotesi di *abolitio criminis* che legittimerebbe l'accoglimento della relativa domanda, la quale - a sua volta - farebbe venir meno il giudicato penale di condanna già intervenuto nei confronti dello straniero.

La soluzione a tale quesito è ravvisabile nelle parole espresse dalla Suprema Corte circa la natura della pronuncia della Corte di Lussemburgo. In particolare, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la decisione di quest'ultima «si incorpor[a] nella norma stessa e ne integr[a] il precetto con efficacia immediata [...], così producendo “una sorta di *abolitio criminis*” che impone, in forza di interpretazione costituzionalmente necessitata, di estendere a siffatte situazioni di sopravvenuta inapplicabilità della norma incriminatrice nazionale, la previsione dell'art. 673 c.p.p.».

L'interpretazione estensiva della nozione di *abolitio criminis* di cui all'art. 673 c.p.p., volta ora a ricomprendere le ipotesi di illegittimità di una norma interna per contrasto con il diritto europeo, ha quindi permesso al giudice dell'esecuzione di incidere sul giudicato penale di condanna, rimuovendone *in toto* gli effetti.

3. La cooperazione tra Stati

1. Premessa

Si è fin qui cercato di mettere in risalto le problematiche riguardanti lo svolgimento della fase esecutiva della pena quando un soggetto straniero ne sia il protagonista. La concreta attuazione dei principi costituzionali, infatti, si scontra spesso con le difficoltà intrinseche del trattamento penitenziario del condannato straniero, oltre che con gli intenti repressivi sottesi alla normativa concernente le espulsioni. Con specifico riferimento alla detenzione, ad esempio, il problema della lingua non potrà essere superato se non insegnando l'italiano allo straniero, ma, come rilevato a suo tempo, pochi istituti penitenziari offrono corsi in tal senso, a seconda della sensibilità che la Direzione penitenziaria mostri di avere a riguardo; l'alternativa potrebbe essere quella di affiancare ad ogni detenuto alloglotta un interprete, o meglio, un mediatore culturale, se non fosse che la possibilità di attuare una simile soluzione viene vanificata dall'ingente numero di stranieri reclusi nelle carceri italiane e dall'alto costo necessario per supportare le iniziative in parola (che comunque la legge penitenziaria non prevede come obbligatorie). L'accesso agli strumenti premiali, inoltre, trova un ostacolo nelle conseguenze che la lontananza dal proprio Paese d'origine inevitabilmente comporta: l'assenza di stabili punti di riferimento al di fuori dell'istituto penitenziario rende più difficile la ricerca e lo svolgimento all'esterno di qualsiasi attività e, indirettamente, la concessione di quei benefici che lo stesso legislatore ha ideato quale veicolo diretto alla risocializzazione del condannato, pur nel rispetto di una certa gradualità. In questo contesto, le differenze culturali di cui lo straniero è naturale portatore, lungi dall'essere fonte di arricchimento per la Nazione, assumono un'accezione negativa, in quanto si frappongono tra la pretesa punitiva dello Stato italiano e l'obbligo a che questa trovi esecuzione con determinate modalità (trattamento individualizzato, rieducazione): più lo straniero dovrà rinunciare alle proprie usanze ed ai propri costumi, compresi quelli attinenti agli aspetti più intimi della persona (si pensi alla religione), più la reclusione in carcere verrà da lui avvertita come ostile. Di conseguenza, svolgendosi la vita

penitenziaria nella (totale) noncuranza del bagaglio culturale dello straniero, questi si ritroverà a vivere un disagio che - sommato a quello derivante dall'intervenuta privazione della libertà personale - farà perdere efficacia alla funzione rieducativa della pena e trasformerà la risocializzazione in un obiettivo che, da difficile, diverrà impossibile da attuare. In sintesi, lo straniero sarà quindi costretto ad espiare la pena inflittagli con sentenza definitiva in un contesto che gli è avverso e che, pertanto, raramente gli permetterà di inserirsi di nuovo nella società, questa volta nel pieno rispetto della legge penale.

Ciò premesso, il diritto internazionale, quello europeo e l'ordinamento italiano si sono nel tempo adoperati al fine di creare una rete di rapporti tra Stati volta a permettere che la pena inflitta in un Paese venga in concreto espiata in un altro. In particolare, diversi sono gli strumenti che consentono allo straniero condannato in Italia di tornare nel proprio Paese d'origine per essere ivi sottoposto ad esecuzione della sentenza definitiva emessa nei suoi confronti, esattamente come sussiste la possibilità per l'italiano che abbia commesso un reato all'estero di rimpatriare per dare inizio o proseguire l'ultima fase del procedimento penale. Tuttavia, non tutti i meccanismi previsti a livello sovranazionale rispondono alla stessa logica: se, da un lato, l'extradizione ed il mandato di arresto europeo sono stati ideati per dar vita ad un sistema semplificato di consegna di persone ricercate a scopo di giustizia, dall'altro la Convenzione di Strasburgo del 1983, sul trasferimento delle persone condannate, ha inteso al contrario perseguire una finalità di carattere umanitario. Proprio da quest'ultima partirà l'analisi della cooperazione tra Stati in tema di esecuzione della pena nei confronti dello straniero.

2. La Convenzione sul trasferimento delle persone condannate

La Convenzione sul trasferimento delle persone condannate è un accordo internazionale adottato in seno al Consiglio d'Europa. Firmata a Strasburgo il 21 marzo 1983 e ratificata in Italia con l. 25 luglio 1988, n. 334, essa ha ad oggetto il trasferimento, in un diverso Stato tra quelli aderenti alla stessa, delle persone condannate, per fini prettamente esecutivi. È da premettere che i principi fondamentali ivi sanciti, così come le relative procedure, tendono al

raggiungimento di un preciso obiettivo: promuovere il reinserimento sociale del detenuto straniero non nel luogo in cui ha commesso il reato e nel quale è stata inflitta la pena da espiare, bensì in quello di provenienza. Come già anticipato, trattasi di una «finalità prevalentemente di carattere umanitario, nel senso che mira a favorire [...] il reinserimento sociale delle persone condannate avvicinandole al loro Paese d'origine, in modo tale da superare tutte quelle difficoltà che, su un piano umano, sociale e culturale, oltre che per l'assenza di contatti con i familiari, possono derivare dall'esecuzione della pena in un Paese straniero»¹⁵¹.

Ora, i primi articoli della Convenzione disciplinano i presupposti e le caratteristiche del trasferimento, tracciando un quadro completo di come la cooperazione tra Stati in concreto si realizza. Dopo avere fornito, all'art. 1, le definizioni rilevanti ai fini di una corretta lettura dell'accordo, la Convenzione detta i principi di cui tenere conto in materia di trasferimento e le condizioni cui quest'ultimo è subordinato per essere validamente attuato. In particolare, il trasferimento riguarda le persone già condannate in uno Stato firmatario, le quali possono continuare ad espiare la loro pena in un altro Stato (art. 2, 2° par., prima parte), che, anch'esso firmatario, generalmente, corrisponde al Paese d'origine. Emerge quindi sin da subito la finalità prettamente esecutiva della Convenzione, la quale non contempla alcun procedimento volto a realizzare un trasferimento per esigenze processuali. Quanto all'iniziativa, possono avanzare richiesta nel senso anzidetto sia il condannato, sia lo Stato di condanna, sia quello di esecuzione (rispettivamente art. 2, 2° par., seconda parte e art. 2, 3° par.): la Convenzione prevede pertanto la possibilità che più soggetti si attivino per dare vita a quella che viene definita la «più ampia collaborazione in materia di trasferimento dei condannati» (art. 2, 1° par.). Tuttavia, se l'espiazione della pena può proseguire in un territorio diverso da quello in cui è stata violata la legge penale, il Consiglio d'Europa ha voluto vincolare gli Stati aderenti all'accordo a precise condizioni il cui mancato soddisfacimento impedisce una corretta cooperazione. Segnatamente, l'art. 3, 1° par., della Convenzione, nello stabilire che «un trasferimento può aver

¹⁵¹ A. SILDARELLI, *Trasferimento delle persone detenute all'estero*, in www.altrodiritto.unifi.it (data dell'ultima consultazione 4 agosto 2014).

luogo [...] soltanto alle seguenti condizioni», elenca i requisiti indispensabili in presenza dei quali il trasferimento può essere ritenuto valido. Tra gli altri (definitività della sentenza di condanna e durata minima - eccezionalmente derogabile - di sei mesi della pena ancora da espiare, possesso della cittadinanza dello Stato di esecuzione, accordo tra gli Stati interessati), rilevano sicuramente i requisiti di cui all'art. 3, 1° par., lett. *d*) e lett. *e*). Rispettivamente, il trasferimento potrà avere luogo solo se il condannato (o, in determinati casi, il suo rappresentante) esprima il suo consenso a riguardo: necessario sarà quindi che il soggetto sia d'accordo ad espiare la pena residua nel Paese d'origine, fermo restando il fatto che, ai sensi dell'art. 7, 1° par., tale consenso dovrà assumere quei caratteri di volontarietà e di consapevolezza in assenza dei quali qualsiasi decisione dovrà ritenersi invalida. Una previsione in tal senso non fa quindi che confermare come l'obiettivo primario della Convenzione sia quello di facilitare il reinserimento sociale del condannato, non potendosi ignorare il ruolo primario che la volontà di quest'ultimo ricopre in un simile meccanismo: un eventuale dissenso, se superato da logiche repressive, costringerebbe lo straniero a subire una scelta che non gli appartiene e che diventerebbe doppiamente afflittiva, della sua libertà fisica prima e della sua libertà morale poi. Inoltre, proprio al fine di consentire al condannato straniero l'esercizio del diritto di scontare la pena nel proprio Paese d'origine, l'art. 4, 1° par., dell'accordo in esame impone l'obbligo allo Stato di condanna di informare il reo, cui potrebbe essere applicata la normativa qui richiamata, del «tenore della presente Convenzione» e quindi della possibilità di scontare altrove la pena residua.

Non sul ruolo del consenso, ma sul problema della sua revocabilità si è recentemente pronunciata la Corte di cassazione. Il caso specifico riguardava l'adesione, inizialmente prestata da parte dell'interessato, alla decisione di eseguirne il trasferimento nel suo Paese d'origine (Romania) per ivi scontare la pena detentiva. In un successivo momento, però, il cittadino rumeno aveva presentato ricorso al fine di poter revocare il proprio consenso e restare così in Italia. La terza sezione penale¹⁵² della Corte di cassazione ha ritenuto di dover

¹⁵² Cass. pen., Sez. III, 11 aprile 2014, n. 16022, in www.dirittoegiustizia.it (data dell'ultima consultazione 5 agosto 2014).

rigettare tale ricorso, sulla base sia dell'art. 205-*bis* disp. att. c.p.p., sia di un precedente indirizzo giurisprudenziale cui essa ha inteso aderire. In particolare, la Corte ha riconosciuto come l'art. 205-*bis* disp. att., introdotto dall'art. 16, l. 5 ottobre 2001, n. 367, abbia «generalizzato il principio [dell'irrevocabilità del consenso alla consegna per l'esecuzione della pena in uno Stato estero] a tutte le procedure di cooperazione giudiziaria [e non solo all'extradizione ed al mandato di arresto europeo], con il limite della permanenza delle condizioni di fatto conosciute e rilevanti». Peraltro, i giudici di legittimità, sposando le conclusioni raggiunte in occasione di una precedente pronuncia¹⁵³, hanno ribadito che la soluzione del quesito sottoposto alla loro attenzione dovesse prendere le mosse dalla distinzione tra l'ipotesi in cui il condannato abbia avanzato di propria iniziativa ai sensi della Convenzione di Strasburgo del marzo 1983 richiesta di espiare la sua condanna in un altro Paese ed il caso in cui, al contrario, la richiesta fosse provenuta da uno dei due Stati interessati. Infatti, non si è mancato di osservare come «l'ipotesi del consenso ad una volontà o ad una decisione di altri [...] [rimanga] distinta [...] da quella della richiesta, che non può essere sussunta nella prima per la radicale differenza strutturale». Ad avviso dei giudici di legittimità, tale incompatibilità comporta - in ragione della differente origine dell'iniziativa di trasferimento - che la domanda del condannato, «diversamente dal consenso alla consegna per l'esecuzione della pena in uno Stato estero», possa essere revocata fino alla deliberazione della Corte di appello. Alla luce di tale conclusione, si può quindi affermare che il consenso già prestato dal detenuto straniero è revocabile esclusivamente se, nel rispetto del limite di tempo anzidetto, il trasferimento del condannato segua ad una iniziativa di quest'ultimo, non potendo, al contrario, venire meno nell'ipotesi inversa. Infatti, la volontà prestata nella prima delle due ipotesi, leggendo in tale prospettiva l'espressione «manifestazione del desiderio» di cui all'art. 2 della Convenzione, sarebbe assimilabile - si sostiene - ad una richiesta, più che ad un consenso vero e proprio, perché di «impulso all'intera procedura [di cui] il successivo accordo tra Stati (qualora intervenga) ne costituirebbe solo un eventuale sviluppo»¹⁵⁴. Nel caso in

¹⁵³ Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2013, n. 19774, in *C.E.D. Cass.*, n. 255166.

¹⁵⁴ Cass. pen., Sez. III, 11 aprile 2014, n. 16022, cit.

cui, invece, l'iniziativa provenga da uno dei due Stati interessati, l'adesione prestata alla volontà altrui si sostanzierebbe in un consenso, pertanto irrevocabile. Tornando all'analisi dei presupposti del trasferimento, ulteriore requisito - questa volta di natura oggettiva - che tra gli altri merita di essere approfondito è quello relativo al fatto per il quale deve essere irrogata la sanzione penale: l'art. 3, 1° par., lett. e) della Convenzione prevede che «gli atti o le omissioni» sui quali si basa la condanna debbano integrare reato anche nello Stato di esecuzione. La *ratio* sottesa al c.d. principio della doppia incriminazione è evidentemente quella di fondare su basi legali l'esecuzione della pena nel Paese di destinazione, fermo restando che sarebbe illogico trasferire un condannato in un altro Stato al fine di scontare una pena inflitta per un fatto che, ivi commesso, non sarebbe illecito. Se così fosse, si finirebbe per vulnerare, per lo meno in Italia, il principio della inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13, 1° co., Cost., vincolata alla doppia riserva di legge e di giurisdizione, nonché quello di legalità di cui all'art. 25, 2° co., Cost., da leggersi in combinato disposto con l'art. 1 c.p. e l'art. 2, 1° co., c.p., in virtù dei quali «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge [...]» e che «[...] secondo la legge del tempo in cui fu commesso non costituiva reato».

Gli artt. 8 e 9 della Convenzione affrontano il tema delle conseguenze giuridiche dell'avvenuto trasferimento: l'esecuzione nello Stato di condanna viene sospesa (art. 8, 1° par.), per proseguire nello Stato di destinazione e non potendo più il primo avanzare alcuna pretesa a riguardo, essa cesserà solo nel momento in cui il secondo la riterrà espiata (art. 8, 2° par.). Proprio lo Stato di esecuzione, invece, diviene «il solo competente per prendere tutte le decisioni appropriate» (art. 9, 3° par.), con la precisazione che l'espiazione avverrà esclusivamente secondo le sue regole. Di fronte ad una vera e propria sostituzione dell'autorità esecutiva, si può quindi affermare che il trasferimento delle persone condannate di cui il Consiglio d'Europa ha inteso occuparsi non si risolve nel mero cambiamento del luogo di detenzione, ma - insieme ad esso - nello spostamento «sostanziale [...] della funzione punitiva»¹⁵⁵.

¹⁵⁵ M. SCULCO, *L'esecuzione della pena nei confronti degli stranieri*, in AA. VV., *Il diritto degli stranieri*, a cura di A. Macrillò, Cedam, 2014, p. 988.

Ora, la Convenzione di Strasburgo del marzo 1983 ha cristallizzato nei suoi primi articoli i principi generali ed i presupposti che caratterizzano il trasferimento all'estero del detenuto; tuttavia, consapevoli del fatto che le sanzioni penali possono mutare da un ordinamento giuridico ad un altro, gli Stati firmatari hanno volutamente previsto dei limiti relativi sia al procedimento di esecuzione che alla natura sostanziale della pena inflitta. In questo contesto, assumono uno spiccato rilievo gli artt. 10 e 12 della Convenzione. Nello specifico, l'art. 10, 1° par., stabilisce la regola generale secondo cui lo Stato di destinazione «è vincolato dalla natura giuridica e dalla durata della sanzione quali risultano dalla condanna»: di conseguenza, il proseguimento¹⁵⁶ dell'esecuzione non può subire alcun cambiamento che sia strettamente connesso alla natura sostanziale della pena. L'unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi in cui la natura giuridica oppure la durata della sanzione irrogata dallo Stato di condanna siano incompatibili con la legislazione interna dello Stato di esecuzione: per rendere comunque possibile il trasferimento del detenuto, l'art. 10, 2° par., impone di «adattare», servendosi di un procedimento giudiziario o amministrativo, la pena già inflitta a quella «previst[a] dalla propria legge per reati della stessa natura». Ed è proprio in questo processo di adattamento che deve essere rispettato il limite di non «aggravare», quanto a natura e durata, la sanzione contenuta nella sentenza di condanna, né di «eccedere il massimo previsto dalla legge dello Stato di esecuzione». In altri termini, qualora si scelga di proseguire l'esecuzione, la pena che il reo espierà all'estero dovrà corrispondere a quella che ha già iniziato a scontare nello Stato di condanna, con la precisazione che, nel rispetto della legge penale dello Stato di destinazione, essa non potrà mai essere più afflittiva di quella originariamente irrogata. La seconda procedura contemplata in seno alla Convenzione è la

¹⁵⁶ L'art. 10 della Convenzione reca la rubrica «proseguimento dell'esecuzione». Tale riferimento si spiega precisando che la Convenzione prevede due distinte procedure attraverso le quali lo Stato di esecuzione può in concreto occuparsi di quest'ultima: il proseguimento dell'esecuzione o la conversione della condanna. In particolare, l'art. 9, 1° co., lett. a) offre la possibilità di proseguire l'esecuzione della condanna «immediatamente o sulla base di una decisione giudiziaria o amministrativa, alle condizioni enunciate nell'articolo 10», mentre la lett. b) dello stesso articolo permette di optare per la conversione della condanna «in una decisione di questo Stato, sostituendo così alla sanzione inflitta nello Stato di condanna una sanzione prevista dalla legislazione dello Stato di esecuzione per lo stesso reato, alle condizioni enunciate nell'articolo 11». Ciò premesso, è evidente come i vincoli previsti dal Consiglio d'Europa siano strettamente connessi alla modalità di esecuzione in concreto scelta, che, in Italia, è stata la prima (art. 3, l. 334/1988).

conversione, attraverso la quale, come già anticipato, si sostituisce la sentenza di condanna con una decisione dello Stato di esecuzione. Quanto ai limiti, l'art. 11, 1° par., enuclea diverse prescrizioni cui l'autorità competente deve attenersi: non prescindere dai fatti così come risultanti dall'accertamento contenuto nella sentenza di condanna; non sostituire una pena detentiva con una pecuniaria; dedurre il periodo di carcerazione già subito dal reo e, soprattutto, «non aggrava[re] la situazione penale del condannato». Anche in questa sede, pertanto, si prevede espressamente il limite di non peggiorare il trattamento sanzionatorio del detenuto, ferma restando la possibilità per quest'ultimo di vedersi comunque attribuire un trattamento più favorevole in virtù dell'applicazione delle condizioni enunciate nel successivo art. 12 della Convenzione (a proposito del quale si veda il § 3.2.) oppure di speciali disposizioni, quali ad esempio quelle risultanti da un eventuale giudizio di revisione per il quale, ex art. 13, rimane competente in maniera esclusiva lo Stato di condanna. Ciò posto, occorre precisare che mentre il principio del non aggravamento di pena sancito in più punti dalla normativa in esame si risolve in un divieto per le autorità competenti, l'espiazione all'estero di una pena di fatto meno afflittiva non sembra integrare un diritto per il detenuto straniero. A tal proposito, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di precisare che «la circostanza che [...] la persona trasferita possa essere assoggettata ad una pena più lunga in forza di una previsione [del] Paese di destinazione [...] non integra una violazione della Convenzione in punto di legalità e arbitrarietà della pena»¹⁵⁷ e ciò proprio in virtù della normativa dello Stato di esecuzione che, nel caso di specie, richiedeva tempi più lunghi per l'ottenimento della liberazione condizionale.

Prima di concludere questa breve rassegna sugli aspetti salienti della Convenzione in esame, occorre fare un cenno all'importanza che, in rapporto ad essa, ricopre il relativo Protocollo addizionale. Infatti, tale Protocollo, risalente al dicembre 1997 (ma non ancora ratificato in Italia), prevede - in relazione alla disciplina sopra delineata - delle vistose deroghe, le quali sono giustificate dalla necessità di «facilitar[n]e l'applicazione» e di «completar[ne] [...] alcuni punti». In primo luogo, l'art. 1, 2° par., recitando testualmente che «le disposizioni della

¹⁵⁷ Corte EDU, 27 giugno 2006, Szabò c. Svezia, in *Cass. pen.* 2007, p. 318.

Convenzione sono applicabili nella misura in cui sono compatibili con le disposizioni del presente Protocollo», offre sin da subito la chiave di lettura del rapporto tra le due fonti normative. L'accordo del 1997 non vuole soltanto chiarire i punti controversi della Convenzione, bensì intende sovrapporsi ad essa, in modo tale che quest'ultima svolga - ferma restante la clausola di compatibilità - una funzione residuale.

In secondo luogo, se, ai sensi della Convenzione, il trasferimento all'estero del detenuto presuppone che egli presti il suo volontario e consapevole consenso, il Protocollo addizionale, al contrario, ne erode l'essenza. Nello specifico, sono previste due distinte ipotesi di trasferimento: l'art. 2, 1° par., stabilisce che lo Stato di condanna può chiedere allo Stato in cui il soggetto si è rifugiato per sottrarsi all'esecuzione (o alla sua continuazione) di occuparsi dell'espiazione della pena, «non» essendo a ciò «necessario il consenso del condannato» (art. 2, 3° par.); il successivo art. 3, 1° par., inoltre, prevede che lo Stato di esecuzione, su richiesta di quello di condanna, possa acconsentire a che il destinatario di un provvedimento di espulsione o di accompagnamento alla frontiera (e simili) venga trasferito nel suo territorio, «senza il [di lui] consenso». A ben vedere, il Protocollo addizionale intende prescindere, nelle fattispecie appena menzionate, dalla volontà del condannato, incentrando la sua disciplina unicamente sui rapporti tra Stati e quindi sulle richieste di trasferimento avanzate e sulle soluzioni adottate in risposta. Il consenso del detenuto, pertanto, perde il rilievo primario che ricopre all'interno della Convenzione, degradando da requisito fondamentale del trasferimento a mera dichiarazione di volontà dell'interessato, priva di efficacia. L'unica disposizione che ad essa fa cenno è l'art. 3, 2° par., del Protocollo, in base al quale «lo Stato d'esecuzione dà il proprio consenso ai sensi del paragrafo 1 solo dopo aver considerato il parere del condannato»: com'è facile comprendere dal tenore letterale della norma, trattasi di un semplice «parere» che, lungi dall'avere una seppur minima portata vincolante, entra a far parte del processo decisionale dello Stato di destinazione, ma senza possedere in concreto la forza di orientarne l'evoluzione verso un determinato esito.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, il Protocollo addizionale stilato a Strasburgo il 18 dicembre 1997 sembra contrastare con la logica fondante la

precedente normativa convenzionale, ossia il reinserimento sociale del condannato e, a monte, l'efficacia del suo percorso rieducativo, tanto che è stato prospettato in dottrina¹⁵⁸ come un provvedimento di ratifica di tali disposizioni possa essere adottato - più che per ovviare agli inconvenienti derivanti allo straniero dalla detenzione in un Paese diverso da quello di origine - al fine di deflazionare la popolazione (straniera) carceraria.

3. L'esecuzione delle sentenze straniere in Italia

3.1. La normativa: artt. 731 ss. c.p.p.

La cooperazione tra Stati non si esaurisce nella richiesta, per fini esecutivi o processuali, di trasferimento o di consegna di un soggetto. Difatti, il nostro codice di procedura penale offre la possibilità - in mancanza di norme sovranazionali in materia o laddove queste non dispongano diversamente - di rendere esecutivi in Italia provvedimenti emanati all'estero. Tale esecutività, tuttavia, è subordinata all'attuazione di uno specifico procedimento, disciplinato dagli artt. 733 ss. c.p.p.: il riconoscimento delle sentenze penali straniere. Esistono diverse tipologie di riconoscimento, il cui criterio distintivo va individuato negli effetti che tramite esso si intendono produrre, i quali, a loro volta, possono avere natura penale *ex* art. 12 c.p. (art. 730 c.p.p.), civile (artt. 732 e 741 c.p.p.) oppure - ed è questa l'ipotesi che qui maggiormente interessa - esecutiva, derivando da accordi internazionali (art. 731 c.p.p.). Come opportunamente prospettato in dottrina¹⁵⁹, proprio quest'ultima tipologia di riconoscimento «rappresenta la maggiore e più interessante novità dell'attuale codice di rito [in quanto] volt[a] a consentire l'esecuzione nel nostro Stato della decisione straniera, allorché tale forma di cooperazione sia prevista da accordi internazionali, e non semplicemente l'utilizzazione del giudicato straniero per ricollegarvi effetti di natura penale o civile». L'art. 731, 1° co, c.p.p., infatti, stabilisce che al Ministro della Giustizia

¹⁵⁸ M. G. COPPETTA, *Art. 42*, in F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, 4° ed., Cedam, 2011, p. 495.

¹⁵⁹ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. Conso - V. Grevi - M. Bargas (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 6° ed., Cedam, 2012, p. 1153.

spetti l'iniziativa del procedimento, richiedendo, tramite il procuratore generale presso la corte d'appello, il riconoscimento della sentenza di condanna straniera al collegio individuato ai sensi dell'art. 731, 1° co., seconda parte, c.p.p. Allo stesso modo, l'art. 731, comma 1-*bis*, c.p.p. prevede l'obbligo di procedere seguendo l'*iter* suindicato anche nel caso in cui si voglia riconoscere un provvedimento, diverso dalla sentenza di condanna, che abbia disposto la confisca. La norma in esame, quindi, attribuendo un potere di iniziativa al Ministro della Giustizia ed un ruolo di promozione al procuratore generale presso la corte d'appello, permette a questi ultimi di attivare e presiedere a quel procedimento di riconoscimento dell'atto che miri alla realizzazione di fini esclusivamente esecutivi, a condizione che il Ministro ritenga «che a norma di un accordo internazionale deve avere esecuzione nello Stato una sentenza penale pronunciata all'estero o comunque che a essa devono venire attribuiti altri effetti nello Stato» (art. 731, 1° co., prima parte, c.p.p.).

Tutte le tipologie di riconoscimento hanno in comune presupposti, limiti e regole procedurali. Quanto ai primi, occorre in via preliminare fare un cenno a quelli che la dottrina considera presupposti «positivi», i quali si sostanziano *in primis* nella natura del provvedimento che «deve “[essere]” una sentenza straniera¹⁶⁰, cioè un provvedimento pronunciato dall'autorità giudiziaria dello Stato straniero e “[avente]” carattere penale»¹⁶¹ e, in secondo luogo, sono quelli legati all'eventualità che il riconoscimento venga richiesto anche per gli effetti individuati dall'art. 12 c.p. (art. 731, 2° co., secondo periodo, c.p.p.), in quanto occorre la sussistenza dei relativi presupposti. A ben vedere, il riconoscimento può quindi avere luogo se il provvedimento preso in considerazione sia una sentenza o comunque un atto ad essa equiparabile a livello sostanziale e, pertanto, contenutistico-decisionale.

L'art. 733 c.p.p. elenca i presupposti c.d. «negativi» che, qualora assenti, ostano al riconoscimento della sentenza straniera: la loro presenza, infatti, «rispond[e] all'esigenza che il procedimento straniero abbia rispettato i fondamentali diritti dell'imputato e di tendenziale compatibilità con i principi cui si ispira il nostro

¹⁶⁰ Con la precisazione che «il termine sentenza “[sia da intendersi]” in senso sostanziale».

¹⁶¹ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1154.

ordinamento»¹⁶². Trattasi dell'irrevocabilità della sentenza secondo le leggi dello Stato di emissione (lett. *a*)), della non contrarietà delle disposizioni in essa contenute con i principi cardine del nostro diritto (lett. *b*)) e del rispetto - in ossequio all'art. 25, 2° co., Cost.¹⁶³ - del principio della doppia incriminabilità (lett. *e*)) ed altresì del divieto del *ne bis in idem*, sia sostanziale *ex art.* 649 c.p.p. (lett. *f*)), sia procedimentale¹⁶⁴ (lett. *g*)). Sempre in un'ottica di rispetto del principio del *ne bis in idem*, l'art. 739 c.p.p. si pone in linea di continuità con il citato art. 733, 1° co., lett. *f*) e lett. *g*), c.p.p., in quanto stabilisce il divieto sia di estradizione, sia di instaurazione di nuovo procedimento per lo stesso fatto nei confronti della persona condannata con la sentenza straniera riconosciuta.

Affinché il riconoscimento vada a buon fine, l'art. 733, 1° co., lett. *c*), c.p.p. impone la necessità che il provvedimento sia stato pronunciato da un «giudice indipendente ed imparziale», che l'imputato sia stato regolarmente citato in giudizio e che questi abbia avuto la possibilità di essere interrogato in una lingua a lui comprensibile. In sintesi, si richiamano le garanzie costituzionali relative al diritto di non essere distolti dal giudice naturale precostituito (art. 25, 1° co., Cost.), sottese al diritto di difesa di cui all'art. 24, 2° co., Cost. ed al diritto allo svolgimento di un giusto processo *ex art.* 111, 1° co., Cost. Infine, un'ultima condizione ostativa al riconoscimento è individuata nella clausola di non discriminazione (art. 733, 1° co., lett. *d*), c.p.p.) che, essendo «volta ad impedire l'uso politico del processo», proibisce il riconoscimento qualora le situazioni prese in considerazione dalla norma (razza, religione, sesso, nazionalità, lingua,

¹⁶² M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1155.

¹⁶³ Alla stessa logica si ispira il dettato dell'art. 733, comma 1-*bis*, c.p.p., il quale prevede che, in riferimento alla confisca (comune, ma non di valore), i beni oggetto del provvedimento debbano essere confiscabili anche in base all'ordinamento italiano, altrimenti non si potrà procedere al riconoscimento della sentenza ai fini dell'esecuzione della confisca.

¹⁶⁴ Il principio del *ne bis in idem* c.d. procedimentale è stato così descritto dalla Corte di cassazione: «le situazioni di litispendenza, non riconducibili nell'ambito dei conflitti di competenza di cui all'art. 28 c.p.p., devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale in applicazione della preclusione fondata sul principio generale del *ne bis in idem*, sempreché i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o in gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria» (Cass. pen, Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *C.E.D., Cass.*, n. 231800).

opinioni politiche, condizioni personali o sociali) «abbiano condizionato - sia positivamente, sia negativamente - lo svolgimento o l'esito del processo»¹⁶⁵.

Per ciò che attiene al procedimento, l'art. 734, 1° co., c.p.p. attribuisce il potere di pronunciare il riconoscimento alla corte di appello, la quale, all'esito della camera di consiglio, emana una sentenza in cui «enuncia espressamente gli effetti che conseguono» allo stesso. A tal proposito, autorevole dottrina ha sottolineato come «l'unica reale diversità rispetto al modello seguito [ex art. 127 c.p.p.] è costituita dall'atto conclusivo del procedimento, che qui si traduce in una sentenza sia nel caso di riconoscimento, sia nel caso di inammissibilità dello stesso, qualora non ne sussistano i presupposti»¹⁶⁶: di conseguenza, il giudice competente non potrà più approvare un riconoscimento generico, da integrare successivamente con un'ordinanza. Ciò posto, insieme all'indicazione degli effetti dell'avvenuto riconoscimento, la corte di appello dovrà altresì determinare la pena da eseguire nello Stato nel quale il provvedimento straniero viene riconosciuto. In particolare, l'art. 735, 2° co., c.p.p. prescrive che la conversione debba tradursi nella scelta di «una delle pene previste per lo stesso fatto dalla legge italiana», con la precisazione di alcuni limiti: la pena da espiare «deve corrispondere per natura a quella inflitta con la sentenza straniera» e «non può eccedere il limite massimo previsto per lo stesso fatto dalla legge italiana». Inoltre, essa deve sempre risultare proporzionata alla sanzione penale irrogata nella sentenza riconosciuta e per tale motivo non potrà mai essere maggiore rispetto a quest'ultima (art. 735, 3° co., c.p.p.).

Esaurita l'analisi delle regole sostanziali e procedurali dettate in materia dall'attuale codice di rito, occorre fare un breve cenno alla possibilità che, nelle more del riconoscimento, vengano adottati dei provvedimenti cautelari. Ai sensi degli artt. 736 e 737 c.p.p., la corte di appello può disporre nei confronti del condannato che si trovi nel territorio dello Stato una misura coercitiva personale se con la sentenza straniera si infligga una pena restrittiva della libertà personale oppure ordinare il sequestro dei beni qualora la sanzione da eseguire sia la confisca. Tuttavia, come ben noto, il nostro ordinamento subordina l'applicabilità

¹⁶⁵ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, cit., p. 1155.

¹⁶⁶ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, cit., p. 1157.

di qualsivoglia misura cautelare alla sussistenza di almeno una delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p.. Non tutte, però, risultano in concreto compatibili con le finalità del riconoscimento: infatti, in caso di misura personale, l'unica esigenza ravvisabile è il pericolo che il condannato si dia (o l'evenienza che egli si sia già dato) alla fuga. Nell'ipotesi di misura reale, «sembra chiaro che [...] qui si tratti di porre un vincolo di indisponibilità sulle cose, allo scopo di adempiere ad un impegno di natura pattizia, risultando per ciò stesso inapplicabile l'art. 321, 1° co., c.p.p.»¹⁶⁷.

L'esecuzione della sentenza straniera riconosciuta avviene «secondo la legge italiana» (art. 738, 1° co., c.p.p.): ciò significa che il pubblico ministero competente ad emanare l'ordine di esecuzione sarà il procuratore generale presso la corte di appello che ha deliberato il riconoscimento dell'atto, la quale dovrà altresì considerarsi il giudice dell'esecuzione. Nello specifico, se il giudice dell'esecuzione corrisponde all'autorità che ha emanato il provvedimento della cui esecuzione si tratta (art. 665, 1° co., c.p.p.), ci si chiede come sia possibile che, nell'ipotesi *de qua*, esso venga individuato nella corte di appello protagonista del procedimento di riconoscimento. La spiegazione a tale quesito è offerta dallo stesso art. 738 c.p.p., che, nel secondo periodo del secondo comma, equipara «a ogni effetto» la corte di appello al giudice che ha pronunciato sentenza di condanna in un procedimento penale ordinario: pertanto, sembra chiaro che uno degli effetti del riconoscimento è quello di far sì che il giudice che ad esso abbia atteso sia fittiziamente considerato il giudice della cognizione e, quindi, anche quello dell'esecuzione.

3.2. Le sentenze Napoletano e Beschi

Con le sentenze Napoletano¹⁶⁸ e Beschi¹⁶⁹, la Corte di cassazione ha definitivamente risolto in senso affermativo il dubbio circa l'applicabilità dell'indulto alla pena inflitta con sentenza straniera che abbia trovato, a seguito

¹⁶⁷ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, cit., p. 1158.

¹⁶⁸ Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2008, n. 36527, in *Cass. pen.*, 2009, p. 49.

¹⁶⁹ Cass. pen., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Guida dir.*, 2010, n. 27, p. 70.

del trasferimento del condannato ai sensi della Convenzione di Strasburgo, esecuzione in Italia. Occorre sin da subito evidenziare il legame che intercorre tra le due pronunce: se grazie alla vicenda Napolitano ci si è interrogati per la prima volta sul significato dell'art. 12 della Convenzione, nel caso Beschi, invece, ci si è chiesti se quel mutamento di giurisprudenza rappresentato dalla sentenza Napolitano potesse essere considerato un nuovo elemento di diritto che, argomentando *a contrario* sulla base dell'art. 666, 2° co., c.p.p., escluderebbe che la richiesta, non più «mera riproposizione di una richiesta già rigettata», venga dichiarata inammissibile¹⁷⁰.

Passando all'analisi della prima delle due pronunce in esame, occorre premettere, in punto di fatto, che il Napolitano era stato condannato nel 1989 dalla Crown Court di Stafford (UK) per omicidio volontario. L'anno successivo, la sentenza fu riconosciuta dalla Corte di appello di Milano ed il condannato trasferito in Italia. Il Parlamento, con l. 31 luglio 2006, n. 241, dispose l'indulto, per la cui applicazione il Napolitano si rivolse al giudice dell'esecuzione. Tuttavia, i giudici milanesi rigettarono l'istanza *de qua* in quanto ritennero di dover sposare l'indirizzo, fino a quel momento costante, della giurisprudenza di legittimità. L'indirizzo in esame, infatti, propendendo per l'esclusione dell'applicabilità dell'indulto alle pene dei condannati all'estero, si basava su un duplice assunto: in primo luogo, in virtù dell'art. 10 della Convenzione, si considerava lo Stato di esecuzione vincolato in maniera inderogabile alla natura e alla durata della sanzione stabilita dallo Stato di condanna; in secondo luogo, si riteneva, in base al tenore letterale dell'art. 12 della Convenzione, il quale permette solo in via eccezionale la modifica del trattamento sanzionatorio del condannato in senso a questi favorevole, che fossero contemplate unicamente le ipotesi della grazia, dell'amnistia e della commutazione della pena, escludendo che tra queste ipotesi rientrasse anche l'indulto. Sulla base di tali premesse, la giurisprudenza di legittimità ha dunque per diverso tempo escluso che l'art. 12 della Convenzione

¹⁷⁰ L'art. 666, 2° co., c.p.p. si pone come filtro di inammissibilità delle richieste di instaurazione dell'incidente di esecuzione. In particolare, il meccanismo ivi previsto evita che un procedimento di esecuzione abbia inizio in caso di richiesta manifestamente infondata per assenza dei requisiti di legge necessari oppure quando sia stata riproposta un'istanza già rigettata, senza che i relativi elementi di fatto e di diritto siano mutati. In tali casi, il giudice dell'esecuzione emana un decreto motivato di inammissibilità il quale è ricorribile in cassazione.

annoverasse i casi di condono (totale o parziale) della pena tra quelle situazioni eccezionali di modifica della stessa.

Avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione il Napoletano aveva presentato ricorso in cassazione, sostenendo, da un lato, che nell'espressione «commutazione della pena» dovesse rientrare anche l'indulto, in quanto tale istituto non trovava un equivalente nella terminologia anglosassone o francese e che, dall'altro lato, fosse chiara la volontà di consentire che nella fase esecutiva del giudicato straniero si applicasse la generalità dei benefici con effetto riduttivo della pena. Inoltre, si è argomentato che se l'art. 12 della Convenzione non fosse stato in tal senso interpretato, si sarebbe creata una disparità di trattamento tra i condannati all'estero la cui pena fosse espiata in Italia e coloro i quali, destinatari di una sentenza di condanna da parte del giudice italiano, ivi fossero rimasti.

La prima sezione penale, non condividendo l'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, sottoponeva la questione alle Sezioni unite, ritenendo, dal canto proprio, che l'indulto avrebbe dovuto trovare applicazione ai casi *de quibus* poiché l'art. 12 della Convenzione sembrava avere la chiara finalità di dare ingresso, in sede di esecuzione della pena, a qualsiasi trattamento più favorevole per il condannato. Le Sezioni unite, nel 2008, hanno accolto il ricorso del Napoletano, annullando con rinvio l'ordinanza del giudice dell'esecuzione. In particolare, dopo avere richiamato e spiegato le motivazioni sottese alle numerose pronunce che avevano formato quell'indirizzo causa del rigetto della richiesta, i giudici di legittimità hanno altresì ricordato che - in una delle recenti elaborazioni sul tema - si era già aperta la strada ad una differente interpretazione. La prima sezione penale ¹⁷¹, infatti, aveva senza dubbio già associato il termine «commutazione» all'indulto, ma solo nel caso in cui questo avesse comportato la trasformazione della pena in un'altra sanzione meno afflittiva e non il semplice condono della stessa.

La Corte ha affrontato il problema interpretando la normativa convenzionale in modo tale da conformarla allo spirito dell'intero accordo. Richiamandosi ai

¹⁷¹ Cass. pen, Sez. I, 16 novembre 2007, n. 42420, in *C.E.D., Cass.*, n. 237971.

criteri¹⁷² dettati dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, ha quindi osservato *in primis* che l'indulto, non essendo un istituto presente in altri ordinamenti, viene spesso tradotto - a livello internazionale¹⁷³ - con l'espressione «rimessione della pena». La rimessione della pena, a sua volta, si identifica con la grazia collettiva, ossia un'ipotesi di clemenza prevista in numerosi ordinamenti europei. Ciò posto, l'art. 12 della Convenzione, data l'ampia gamma di istituti presenti in vari Stati, non può essere interpretato nel senso di escludere l'indulto dai benefici ivi elencati, ma, al contrario, esso sembra voler autorizzare l'utilizzo di qualsiasi esercizio di potere che, espressione di clemenza (individuale o generale), sia diretto alla sostanziale riduzione della pena. In secondo luogo, il carattere eccezionale dell'art. 12 della Convenzione non può essere assunto a divieto generale di applicazione di benefici diversi da quelli in esso menzionati perché ciò contrasterebbe con lo spirito della Convenzione. Anche se così fosse, poi, si potrebbe fare ricorso agli artt. 9, 3° co. e 10 della Convenzione che, consentendo al solo Stato di destinazione di regolare l'esecuzione della pena, impongono che esso rispetti dei limiti aventi natura esclusivamente negativa poiché incentrati sul divieto di aggravare il trattamento sanzionatorio del condannato. Infine, accogliendo l'indirizzo più risalente, si esporrebbe la legge di ratifica della Convenzione a rilievi di incostituzionalità per aver previsto, in riferimento ad una specifica categoria di soggetti, un trattamento sanzionatorio irragionevolmente più afflittivo. Ciò in quanto altri detenuti, italiani e stranieri, potrebbero beneficiare durante la fase esecutiva della generalità degli istituti che, in quanto previsti dalla legislazione nazionale, comportino una diminuzione della pena; una simile opportunità non sarebbe, al contrario, offerta anche ai condannati all'estero giunti in Italia ai soli fini esecutivi.

Sulla base di tali considerazioni, accogliendo un'interpretazione estensiva dell'art. 12 della Convenzione, il Supremo Collegio ha rilevato che, nel fare riferimento alla grazia, all'amnistia ed alla commutazione della pena, la norma in esame esprima non un «intento di limitare i benefici concedibili ai condannati», bensì la

¹⁷² Tra i quali spiccano la buona fede, l'analisi del contesto, dello scopo e dell'oggetto del trattato e l'attribuzione di un senso che permetta alla norma di spiegare i propri effetti, piuttosto che di un significato che la renda superflua.

¹⁷³ Trattasi delle sentenze della Corte EDU, dei documenti redatti in seno all'Unione europea e degli studi comparativi.

volontà di «designare qualsiasi, equivalente, istituto che, nell'ambito dei singoli ordinamenti, corrisponde all'esercizio di un potere di clemenza, sia in forma individuale che generalizzata, diretto alla sostanziale riduzione di pena»¹⁷⁴.

Risolto in senso positivo il problema dell'applicabilità dell'indulto alle ipotesi di pena scontata in Italia a seguito di trasferimento del condannato, occorre adesso fare un passo avanti e capire se una simile svolta nella giurisprudenza di legittimità integri un «nuovo elemento di diritto» *ex art. 666, 2° co., c.p.p.* L'importanza di tale quesito si coglie riflettendo sulle conseguenze negative che, se così non fosse, si avrebbero in riferimento ai casi in cui la richiesta di applicazione dell'indulto fosse stata presentata prima dell'emanazione della sentenza Napoletano, per essere poi - dopo questa - nuovamente riproposta: è proprio questo il fulcro del caso Beschi.

Per ciò che attiene alla vicenda, il Beschi era stato condannato dal tribunale di Innsbruck alla reclusione di anni venti a seguito della commissione di diversi reati. Una volta concesso l'indulto con l. 241/2006, il Beschi si rivolse per la prima volta, nel maggio 2008, al giudice dell'esecuzione per ottenerne l'applicazione. Anche in questo caso, la corte di appello di Milano rigettò l'istanza per le stesse motivazioni già analizzate nel caso Napoletano. Tuttavia, l'emanazione della sentenza Napoletano nel luglio dello stesso anno portò il condannato a ripresentare la richiesta *ex art. 666, 2° co., c.p.p.* che, questa volta, fu accolta. Avverso tale ordinanza propose opposizione il Procuratore generale presso la corte di appello di Milano, sostenendo che la richiesta del Beschi dovesse essere dichiarata inammissibile perché semplice reiterazione di una richiesta già rigettata. Per potere riproporre una questione già decisa - si è argomentato - è necessario che vi siano nuovi elementi di fatto e di diritto che, nel caso specifico, il pubblico ministero non riteneva sussistenti: la sentenza Napoletano, infatti, lungi dal costituire un nuovo elemento di diritto, aveva sviluppato solo nuovi argomenti in diritto, ma con riferimento ad un principio giuridico fermo. Pertanto, non essendo cambiato alcunché, la richiesta avrebbe dovuto essere considerata inammissibile.

¹⁷⁴ Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2008, n. 36527, cit.

Il giudice dell'esecuzione, al contrario, respinse l'opposizione, affermando che, pur non essendo mutati i presupposti di fatto, il radicale cambiamento di quelli di diritto (non qualificabili come meri argomenti) giustificava l'accoglimento della richiesta.

Il provvedimento dei giudici milanesi venne impugnato tramite ricorso in cassazione: la prima sezione penale, allora, nel sottoporre la questione alle Sezioni unite, chiese a queste ultime di pronunciarsi sulla portata dell'espressione «nuovi elementi» di cui all'art. 666, 2° co., c.p.p. e di specificare se il mutamento di giurisprudenza fosse idoneo ad integrarne uno di diritto.

Le Sezioni unite, nello sciogliere il dubbio interpretativo a loro presettato, hanno prima ripercorso gli orientamenti giurisprudenziali che sposavano l'una e l'altra tesi circa la possibilità che un mutamento di giurisprudenza potesse integrare un nuovo elemento di diritto *ex art. 666, 2° co., c.p.p.*; si è poi osservato come, nel raffrontare le due richieste del Beschi, la situazione di fatto fosse rimasta immutata e, pertanto, non rilevasse nel caso specifico. L'unica novità era perciò rappresentata dalla sentenza Napoletano, con riferimento alla quale ci si chiedeva se la stessa potesse essere idonea a superare il c.d. giudicato esecutivo¹⁷⁵.

Prima di passare alle conclusioni cui è giunto il Supremo Collegio, è da premettere che il punto di partenza per la risoluzione del quesito fu individuato dalla Corte nell'interpretazione da dare all'art. 666, 2° co., c.p.p. alla luce delle disposizioni della CEDU ed in particolare del suo art. 7, nel significato attribuitogli dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nello specifico, in relazione alla portata del principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione, la Corte EDU ha ritenuto che la disposizione facesse riferimento sia al diritto di produzione legislativa, sia al diritto di derivazione giurisprudenziale, il quale serve a precisare l'esatta portata delle norme della CEDU che, di conseguenza, vivono attraverso l'interpretazione che ne viene data. È bene ricordare come tale concezione si ponga in linea con quella espressa, sin dal 1974, in tema di diritto vivente dalla Corte costituzionale¹⁷⁶ la quale, con particolare riguardo alla

¹⁷⁵ Il concetto di giudicato c.d. esecutivo è impiegato al fine di certificare il (limitato) effetto autoconservativo di un accertamento *rebus sic stantibus* che, come già anticipato, nel caso del filtro processuale di cui all'art. 666, 2° co., c.p.p. intende evitare richieste meramente dilatorie.

¹⁷⁶ Corte cost., sent. 11 dicembre 1974, n. 276, in www.cortecostituzionale.it.

giurisprudenza di legittimità, ha inteso chiarire la portata del ruolo di nomofilachia assegnato dal nostro ordinamento giuridico alla Corte di cassazione. Tenuto conto di ciò, il mutamento giurisprudenziale, integrando il diritto vivente, è ad avviso della Suprema Corte sicuramente idoneo a superare la preclusione *ex art. 666, 2° co., c.p.p.* Inoltre, i giudici di legittimità non hanno mancato di rilevare che «tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto dei diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione [...] non può che essere recessiva»¹⁷⁷. Pertanto, una volta rigettato il ricorso, è stato applicato l'indulto alla pena del Beschi, ponendo fine in maniera definitiva alla vicenda.

4. L'esecuzione delle sentenze italiane all'estero: l'art. 742 c.p.p.

La possibilità di eseguire in Italia sentenze emanate da autorità straniera trova il suo «reciproco»¹⁷⁸ nella disciplina di cui agli artt. 742 ss. c.p.p. Nel contemplare l'opposta ipotesi dell'espiazione all'estero della pena inflitta con sentenza penale italiana, infatti, il codice di rito individua essenzialmente due tipologie di esecuzione. Tuttavia, prima di passare all'analisi dei presupposti, occorre premettere che l'art. 742, 1° co., c.p.p. circoscrive i casi e le modalità attraverso cui è possibile applicare l'istituto in esame. Si richiamano *in primis* le situazioni prese in considerazione da accordi internazionali, in alternativa alle quali si affianca poi la circostanza specificamente prevista dall'art. 709, 2° co., c.p.p. a mente del quale il Ministro della Giustizia «può convenire [con l'autorità giudiziaria competente] che la pena da scontare abbia esecuzione nello stato richiedente [l'estradiizione]», procedendo pertanto alla consegna della persona da estradare. Inoltre, sempre il primo comma dell'art. 742 c.p.p., individua proprio nella figura del Ministro della Giustizia l'autorità competente a richiedere che l'esecuzione della sentenza penale italiana irrevocabile avvenga oltre i confini dell'Italia oppure a prestare il necessario consenso nel caso in cui l'iniziativa

¹⁷⁷ Cass. pen., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, cit.

¹⁷⁸ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, cit., p. 1162.

provenza dallo Stato estero. Come autorevolmente¹⁷⁹ osservato, trattasi di un provvedimento avente carattere discrezionale ed impugnabile dinanzi al giudice amministrativo.

Chiarito ciò, l'art. 742 c.p.p. distingue due tipologie di esecuzione all'estero: la prima ipotesi, in particolare, è disciplinata dal secondo comma e si incentra, in quanto «coincidente con gli interessi del condannato»¹⁸⁰, sulla finalità del reinserimento sociale di quest'ultimo, acquisendo quindi un rilievo tutt'altro che marginale nell'ambito della cooperazione tra Stati a ciò finalizzata; la seconda, al contrario, è prevista dal terzo comma e, prescindendo dallo scopo sopra menzionato, si pone come alternativa all'impossibilità di procedere all'estradiizione.

Entrambe le tipologie di espiiazione all'estero della sanzione penale si riferiscono ai casi in cui sia intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna ad una pena restrittiva della libertà personale. Tale precisazione si spiega in ragione del fatto che la Corte costituzionale, nel 2001, ha escluso che possa richiedersi l'esecuzione all'estero di una misura alternativa alla detenzione¹⁸¹. In particolare, il tribunale di Caltanissetta aveva sollevato questione di illegittimità costituzionale in via incidentale, ritenendo che l'art. 47 o.p., nel non prevedere che l'esecuzione dell'affidamento in prova al servizio sociale potesse avere luogo nel territorio di un altro Stato dell'Unione europea, violasse gli artt. 3, 4 e 27, 3° co., Cost. Il giudice *a quo*, infatti, aveva ravvisato un contrasto con il principio della funzione rieducativa della pena e con quelli di uguaglianza e di tutela del diritto al lavoro poiché soccombenti di fronte ad una prassi amministrativa «che vede[va] le strutture deputate non predisposte per eseguire la misura fuori del territorio nazionale». I giudici costituzionali hanno dichiarato la manifesta infondatezza della questione sotto tutti i profili denunciati, precisando in primo luogo che restringere la libertà personale mediante l'applicazione di una misura extramuraria implichi «l'esercizio di poteri autoritativi [...] che non potrebbero essere esercitati al di fuori del territorio nazionale in mancanza di accordi con le autorità di altro

¹⁷⁹ G. DIOTALLEVI, *I limiti al controllo di legalità della corte d'appello nel caso di esecuzione della pena all'estero*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 169.

¹⁸⁰ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1162.

¹⁸¹ Corte cost., ord. 17 maggio 2001, n. 146, in www.cortecostituzionale.it (data dell'ultima consultazione 9 agosto 2014).

Stato», dovendo tale ipotesi tenersi distinta da quella «dell'esecuzione di una sanzione penale, ad opera delle autorità italiane, sul territorio di un altro Stato, [che implica] piuttosto l'esecuzione della stessa o di analoga misura ad opera delle autorità di un altro Stato». In secondo luogo, si è convenuto sul fatto che «in assenza di pur auspicabili sviluppi della normativa comunitaria e degli accordi di cooperazione con altri Stati per l'esecuzione di misure penali, non può ritenersi contrastante con alcuna norma della Costituzione la limitazione della esecuzione di misure penali nazionali all'ambito territoriale dello Stato italiano».

Altra considerazione preliminare è quella per cui, per poter procedere al trasferimento del condannato, occorre che l'esecuzione della pena all'estero possa avere effettivamente luogo. La Corte di cassazione, non a caso, ha ritenuto non applicabile la Convenzione di Strasburgo in un'ipotesi in cui il reato oggetto di condanna era stato amnistiato in base al diritto dello Stato di destinazione ed in un momento antecedente alla presentazione della domanda di esecuzione all'estero. Nel dettaglio, i giudici di legittimità hanno affermato, quanto alle condizioni di applicabilità dell'istituto, che l'autorità giudiziaria competente deve verificare «la sussistenza del presupposto fondamentale su cui sia l'istituto codicistico [...] sia l'intera Convenzione europea sono fondati: la possibilità, materiale e giuridica, che una pena inflitta da una sentenza di condanna italiana abbia esecuzione nello Stato estero richiesto»¹⁸².

Come già anticipato, le due declinazioni dell'istituto in esame disciplinate dall'art. 742 c.p.p. differiscono quanto al requisito base che le caratterizza. L'art. 742, 2° co., c.p.p., in sintesi, ricollega la domanda o la concessione dell'esecuzione all'estero di una sentenza penale di condanna alla sussistenza del consenso dell'interessato che «deve essere reso liberamente e con la consapevolezza di ogni conseguenza ed effetto del trasferimento»¹⁸³. Nonostante la norma insista ancora una volta sull'importanza rivestita dal consenso nell'ambito della cooperazione tra Stati ai fini esecutivi, non si è mancato di osservare come sussistano delle ipotesi eccezionali in cui si prescinde dal consenso: si pensi all'Accordo intervenuto tra Italia ed Albania nel 2002, aggiuntivo alla Convenzione di Strasburgo del 1983 e

¹⁸² Cass. pen., 2 luglio 2004, n. 47887, in Cass. pen., 2005, p. 1206.

¹⁸³ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1162.

ratificato in Italia con l. 11 luglio 2003, n. 204. A tal proposito, la Corte di cassazione¹⁸⁴ ha ribadito come «non “[sia]” necessario il consenso della persona condannata» perché è proprio la normativa appena richiamata a non considerarlo quale presupposto imprescindibile, stabilendo al contrario che «quando in uno “[dei due Stati]” è stata pronunciata sentenza definitiva di condanna nei confronti di un cittadino dell’altro Stato, quest’ultimo [...] può procedere alla relativa esecuzione nel caso in cui la persona condannata si trovi sul suo territorio» (art. 2, par. 1, dell’Accordo).

Ulteriore presupposto contemplato dall’art. 742, 2° co., c.p.p. è l’idoneità del trasferimento al reinserimento sociale del condannato, la quale deve essere valutata tenendo conto delle circostanze concrete del caso specifico e dei legami familiari e sociali dell’interessato.

Con riferimento alla seconda delle due tipologie di esecuzione, l’art. 742, 3° co., c.p.p. prevede che l’espiazione all’estero della pena avvenga nel caso in cui l’interessato si trovi «nel territorio dello Stato richiesto» e non sia possibile estradarlo, oppure l’estradizione sia stata negata. A ben vedere, l’opportunità di eseguire all’estero la pena si pone in questa ipotesi come unica soluzione al problema dell’impossibilità di procedere con l’estradizione, a prescindere dal motivo per cui questa non sia praticabile. Proprio perché si configura come unica via da seguire, essa rimane sganciata dalle condizioni alle quali si dovrebbe soggiacere e risulta pertanto ammissibile «anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 2».

Quanto ai limiti, l’art. 744 esclude che l’istituto in esame si applichi quando «si ha motivo di ritenere che il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori [...] ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti». In tali casi, infatti, il Ministro della Giustizia non può domandare o acconsentire a che il trasferimento avvenga, in ciò prevalendo l’esigenza di tutela della persona del condannato e della sua dignità.

Per ciò che attiene al procedimento, posto che l’iniziativa spetta al Ministro della Giustizia, l’art. 743, 1° co., c.p.p. individua la corte di appello del distretto in cui è stata pronunciata la condanna quale autorità giudiziaria competente a deliberare in

¹⁸⁴ Cass. pen., 3 dicembre 2007, n. 47537, in *C.E.D. Cass.*, n. 238325.

ordine all'esecuzione all'estero: nello specifico, a seguito dell'instaurazione della relativa procedura a cura del procuratore generale presso la corte di appello così individuata, il collegio deve riunirsi in camera di consiglio al fine di vagliare la sussistenza delle condizioni del trasferimento. A differenza di quanto avviene con riferimento all'esecuzione in Italia di sentenze penali straniere, nel qual caso occorre riconoscere il provvedimento di condanna, qui è necessario il riscontro dei presupposti richiesti affinché l'espiazione della condanna possa aver luogo all'estero, «operando una valutazione che attiene esclusivamente all'ammissibilità giuridica della richiesta»¹⁸⁵. Tuttavia, la decisione dei giudici competenti non può, ad avviso della Suprema Corte, essere condizionata in maniera negativa dalla circostanza che la pena, qualora eseguita all'estero, potrebbe assumere una valenza meno afflittiva: infatti, «il controllo della corte d'appello non può involgere l'adeguatezza della sanzione rispetto alla durata stabilita nei titoli esecutivi eseguiti in Italia»¹⁸⁶, dovendosi lo stesso incentrare sulla sola correttezza della relativa determinazione da parte dello Stato estero. Nell'ipotesi in cui risulti necessario che il condannato presti il suo consenso ai sensi dell'art. 742, 2° co., c.p.p., la Corte dovrà acquisirlo in udienza, sempre che detto consenso non sia già stato espresso dinanzi al procuratore oppure che, trovandosi l'interessato all'estero, questi non lo abbia reso dinanzi all'autorità giudiziaria straniera o a quella consolare italiana (art. 743, 3° co., c.p.p.).

Prima di avviarci verso una conclusione, occorre fare un cenno alla possibilità che venga applicata una misura cautelare all'estero, per poi soffermarci sugli effetti che l'istituto in esame ha sul nostro ordinamento.

L'art. 745, 1° co., c.p.p. stabilisce che - qualora la condanna da eseguire si sostanzi in una pena detentiva ed il condannato si trovi all'estero - il Ministro della Giustizia debba chiedere l'adozione di un provvedimento di custodia cautelare, mentre, nel caso in cui la sentenza da eseguire all'estero disponga la confisca, egli ha la «facoltà di richiedere» il sequestro dei beni (art. 745, 2° co.,

¹⁸⁵ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1163.

¹⁸⁶ Cass. pen., 17 marzo 1999, n. 2200, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1369.

c.p.p.)¹⁸⁷. A ben vedere, il tenore letterale del primo comma («chiede») suggerisce come l'attivazione in tal senso sia obbligatoria nel caso di misura cautelare personale mentre, nella diversa ipotesi disciplinata dal comma successivo, in capo al Ministro si configura una mera facoltà. Una simile differenziazione si spiega tenendo conto della finalità che il legislatore ha inteso perseguire nel prevedere la possibilità di adottare un provvedimento cautelare: scongiurare il pericolo di fuga del condannato che già si trovi all'estero, i cui spostamenti non sarebbero pertanto facilmente rintracciabili.

Resta infine da chiarire quali siano gli effetti che l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane determina sul diritto nazionale. L'art. 746 c.p.p. sancisce, al primo comma, la sospensione dell'espiatione della pena in Italia per tutta la durata in cui questa trovi esecuzione nello Stato richiesto, mentre chiarisce, al secondo comma, che si avrà estinzione della pena soltanto quando questa risulti interamente scontata secondo il diritto dello Stato richiesto. La disposizione in esame, lungi dall'avere una portata innovativa, sembra piuttosto rispondere ad un'esigenza di coerenza logica interna: se la pena è scontata all'estero, per il qual fine è stata avviata la procedura di cui agli artt. 742 ss. c.p.p., essa non può trovare esecuzione in Italia, in quanto si è volutamente compressa la pretesa punitiva del nostro Stato. Pertanto, l'inizio dell'esecuzione all'estero integra una «causa di sospensione» dell'esecuzione della pena nel nostro territorio, la quale tuttavia verrebbe meno, come sostenuto da autorevole dottrina, quando si proceda al «ritrasferimento del condannato in Italia [nonché] nell'ipotesi di evasione»¹⁸⁸ dello stesso: di conseguenza, il nostro Stato vedrebbe espandersi nuovamente la propria potestà punitiva.

¹⁸⁷ La norma, al successivo comma 1-bis, attribuisce allo stesso Ministro la facoltà di richiedere lo svolgimento di indagini volte ad individuare i beni da confiscare o sequestrare, subordinandone però l'effettuazione alla circostanza che ricorrano i «casi previsti da accordi internazionali».

¹⁸⁸ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1164.

5. Il mandato di arresto europeo

5.1. Premessa

Tra i principi cui è chiamata ad ispirarsi l'azione dell'Unione europea ai fini della cooperazione tra Stati rileva il c.d. riconoscimento reciproco, il quale, come autorevolmente sostenuto in dottrina, «rappresenta, ai sensi delle conclusioni del Consiglio di Tampere, il fondamento della costruzione dell'Unione come spazio di libertà, sicurezza e giustizia»¹⁸⁹. Il Consiglio di Tampere, svoltosi nell'ottobre 1999, ha per l'appunto inteso migliorare il settore della cooperazione in ambito (non solo) penale adottando una strategia basata su un doppio binario: da un lato, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali; dall'altro, il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Quest'ultimo, in particolare, prendendo le mosse dalla «presunzione di equivalenza tra beni e valori di enti di governo differenti»¹⁹⁰, ha lo scopo di creare un effettivo collegamento tra ordinamenti giuridici diversi, sostituendosi al tradizionale principio della richiesta secondo il quale ogni Stato sovrano decide se dare seguito o meno alla domanda presentatagli da un'autorità straniera. In altri termini, la nuova politica in parola sopra menzionata implica che una decisione adottata dall'autorità giudiziaria di uno Stato appartenente all'Unione europea non possa che essere accettata - e quindi trovare ingresso - anche in uno Stato estero, in quanto si ripone piena fiducia nei procedimenti e nei provvedimenti giudiziari adottati in ciascun Paese dell'Unione stessa¹⁹¹.

Il principio del reciproco riconoscimento ha trovato conferma ufficiale nel Trattato di Lisbona il quale, nel modificare l'assetto normativo del diritto europeo, lo ha elevato - in più punti - quale fondamento della cooperazione giudiziaria, non solo penale, ma anche civile. Con riferimento al settore civile, infatti, l'art. 81,

¹⁸⁹ D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. Draetta - N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3° ed., Giuffrè, 2010, p. 18.

¹⁹⁰ D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 18.

¹⁹¹ Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ha trovato spazio anche nella Costituzione americana con riferimento ai rapporti che intercorrono tra gli Stati federati. Contenuto nell'art. 4, par. 1, esso è meglio conosciuto come clausola *full faith and credit*.

par. 2, lett. a), TFUE ha sancito espressamente l'obbligo per le istituzioni legislative europee di adottare misure volte a garantire «il reciproco riconoscimento tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione», mentre il successivo art. 82, par. 1, lett. a) e d), TFUE, occupandosi dell'ambito penale, ha sottolineato il dovere del Parlamento europeo e del Consiglio di intervenire nella stessa direzione. In particolare, alla lett. a), si orienta l'attività legislativa nel senso di «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria», facendo sì che si adottino, a mente della successiva lett. d), misure volte a «facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni».

In sintesi, il mutuo riconoscimento è oramai principio «costituzionalizzato» del diritto dell'Unione europea, essendo espressione della fiducia che necessariamente si viene a creare «quando si desidera prestare appoggio a chi condivide gli stessi principi, valori ed impegni, costruendo una struttura istituzionale dotata di proprie fonti del diritto [...] che mirano a prevenire e combattere la criminalità [...] mediante la facilitazione della cooperazione tra gli Stati membri e l'armonizzazione delle loro normative in materia penale»¹⁹².

5.2. La decisione quadro 2002/584/GAI

La decisione quadro 2002/584/GAI, adottata dal Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002, ha introdotto quel nuovo strumento di cooperazione giudiziaria denominato “mandato di arresto europeo” (d'ora in avanti, M.A.E.), il quale, operante unicamente nei rapporti tra gli Stati membri, rappresenta una «prima concretizzazione»¹⁹³, ai fini esecutivi, del principio del reciproco riconoscimento. La portata innovativa del M.A.E. può essere immediatamente colta se si considera che la sua adozione ha significativamente inciso sulla

¹⁹² La citazione è tratta dalle conclusioni del 12 settembre 2006 cui è giunto l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW v. Leen van de Ministerraad*, in *Raccolta*, p. I-3638 ss.

¹⁹³ 6° considerando della decisione quadro 2002/584/GAI.

modalità di consegna della persona condannata, incentrandone l'attuazione sull'automatico riconoscimento, ad opera dell'autorità giudiziaria dello Stato membro richiesto, del provvedimento, anche non definitivo, emesso nello Stato richiedente. Trattasi dunque di un procedimento che, sostituendosi all'extradizione e basandosi sulla piena fiducia riposta nel sistema di amministrazione della giustizia penale, «consente che il trasferimento della persona si perfezioni in assenza del tradizionale vaglio di opportunità che nell'extradizione appartiene in via esclusiva all'autorità politico-amministrativa [ma] mantenendo le garanzie giurisdizionali previste con l'extradizione a tutela della persona “oggetto” della richiesta di consegna. Tale reciproca fiducia si fonda sulla comunanza di principi e dei relativi valori fra Stati membri, espressa nell'art. 6 TUE»¹⁹⁴.

Fatte tali premesse, è facile comprendere come il M.A.E. crei, tra gli Stati membri dell'Unione, un collegamento che prescinde da soggetti intermediari e da qualsivoglia procedura, avente carattere amministrativo, di valutazione/accettazione della richiesta di consegna del condannato: a differenza dell'extradizione (artt. 697 ss. c.p.p.), infatti, non si coinvolgono nel procedimento autorità appartenenti al potere esecutivo, ma, al contrario, si instaura un dialogo esclusivo tra autorità giurisdizionali. Come osservato dal Giudice delle leggi, «il mandato d'arresto europeo - che poggia sul principio dell'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale - [...] non postula alcun rapporto intergovernativo, ma si fonda su rapporti diretti tra le varie autorità giurisdizionali dei Paesi membri, con l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate (o sospettate)»¹⁹⁵.

Ora, semplificare il sistema di consegna di tali soggetti non equivale ad eliminare ogni tipo di controllo sulla valida emissione del M.A.E. L'autorità giudiziaria che riceve il mandato deve pertanto effettuare una verifica avente ad oggetto innanzitutto l'esistenza e la forma del provvedimento, quindi la corrispondenza del suo contenuto al dettato dell'art. 8 della decisione quadro; inoltre, si dovrà accertare la legittimazione dell'autorità richiedente ad emanare il M.A.E. ed il rispetto dell'ambito di applicazione di cui all'art. 2 della stessa decisione. L'art. 2,

¹⁹⁴ D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 71.

¹⁹⁵ Corte cost., sent. 7 maggio 2008, n. 143, in www.cortecostituzionale.it (data dell'ultima consultazione 11 agosto 2014).

infatti, nel definire i confini di operatività dell'istituto in esame, specifica che esso trova applicazione esclusivamente in ordine ai reati elencati nel secondo punto (terrorismo, tratta di schiavi, pornografia, corruzione, criminalità informatica, stupro etc.), a condizione che la pena per essi prevista nello Stato di esecuzione non sia inferiore ai tre anni di reclusione. In alternativa, qualora il fatto non sia suscumbibile in nessuna delle fattispecie di reato menzionate, il successivo punto quarto stabilisce che occorrerà verificare che si tratti di un fatto penalmente sanzionato anche nello Stato richiesto «indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso» (c.d. principio della doppia incriminazione). A ben vedere, la semplificazione cui la decisione in esame ha dato vita ha ad oggetto la sola interazione tra le autorità giudiziarie che, essendo diretta, permette di superare tutte le complicazioni e le lungaggini inevitabilmente derivanti da una procedura articolata quale quella dell'extradizione.

Chiarito ciò, sembra opportuno passare in rassegna gli aspetti salienti della disciplina del M.A.E. per meglio comprenderne l'ampia portata innovativa. Innanzitutto, l'istituto in esame viene definito come «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà» (art. 1, punto 1, della decisione quadro). Dalla formulazione letterale della norma, pertanto, si evince in realtà l'esistenza di due tipologie di M.A.E.: il mandato c.d. processuale, volto ad ottenere la consegna di una persona da sottoporre a procedimento penale (c.d. "giudicanda") ed il mandato c.d. esecutivo, finalizzato al trasferimento del condannato onde dare inizio all'esecuzione della pena. Tale precisione acquista un rilievo tutt'altro che marginale con riferimento alle ipotesi in cui lo Stato richiesto può opporsi alla consegna della persona condannata (su cui si veda il § 5.3.).

Da segnalare è che l'esecuzione del M.A.E. è subordinata al rispetto dei principi giuridici contenuti nella CEDU ed in particolare di quelli relativi allo svolgimento di un giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione, nonché alla tutela dei diritti fondamentali sanciti a livello costituzionale (art. 1, punto 3).

Un altro aspetto fondamentale della disciplina del M.A.E. verte sull'obbligo, per l'autorità che ha ricevuto il provvedimento in esame, di darvi esecuzione. In altri termini, la regola è quella di dare esecuzione al mandato, laddove invece l'eccezione è rappresentata dalla possibilità di far valere la presenza di specifici motivi ostativi. In particolare, gli artt. 3 e 4 della decisione quadro elencano delle ipotesi tassative di rifiuto, rispettivamente obbligatorio e facoltativo, che impediscono che si dia un seguito all'emissione del mandato. Ad esempio, l'autorità giudiziaria ricevente «rifiuta» di dare esecuzione al mandato se il reato è, nello Stato in cui essa svolge la sua attività, coperto da amnistia (art. 3, n. 1) oppure se la persona risulti non penalmente responsabile a causa della sua età (art. 3, n. 3). Al contrario, la stessa autorità di cui sopra «può rifiutare» di darvi esecuzione «se contro la persona [...] è in corso un'azione nello Stato membro di esecuzione per il medesimo fatto che è alla base del mandato d'arresto europeo» (art. 4, n. 2), se - come si dirà più avanti - lo Stato richiesto «si impegna [...] ad eseguire [la] pena conformemente al suo diritto interno» qualora l'interessato ne sia cittadino o in esso risieda o abbia la dimora (art. 4, n. 6) oppure se il fatto è stato commesso al di fuori del territorio dello Stato emittente (art. 4, n. 7). In aggiunta a tali specifici casi, la normativa italiana, nel dare attuazione al diritto europeo, ha previsto un ampio elenco di motivi ostativi.

Occorre da ultimo ricordare come la disciplina *de qua* abbia preso in considerazione anche l'ipotesi in cui il M.A.E. riguardi una persona nei cui confronti sia intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna a seguito di un procedimento svoltosi in sua «*absentia*». A tal proposito, l'art. 5, nell'occuparsi di quelle «garanzie che lo Stato emittente deve fornire in particolari casi», stabilisce che possa darsi esecuzione al mandato nell'ipotesi in esame solo a condizione che si offra l'opportunità al condannato di richiedere la celebrazione, nello Stato emittente, di un nuovo processo, questa volta da svolgersi in sua presenza.

5.3. La sentenza della Corte costituzionale n. 227/2010

L'analisi delle principali caratteristiche del M.A.E., lungi dall'avere una finalità meramente espositiva, si rivela lo strumento conoscitivo necessario per la

comprensione di alcuni problemi di diritto sorti in riferimento all'attuazione, nel diritto interno, della disciplina tracciata dalla decisione quadro 2002/584/GAI. In particolare, con l. 22 aprile 2005, n. 69 si è inteso conformare il nostro ordinamento ai principi dettati in tema di M.A.E. Tuttavia, nel fare ciò, il legislatore italiano sembra essersi allontanato dalla base tracciata dalla decisione quadro, sollevando di conseguenza negli operatori del diritto diversi dubbi circa il rispetto, da parte delle norme interne, degli obblighi internazionali.

Nel 2010, la Consulta¹⁹⁶ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, 1° co., lett. r), l. 69/2005, nella parte in cui non prevedeva che tra i motivi ostativi alla consegna - per fini esecutivi - del condannato straniero rientrasse la legittima ed effettiva residenza (o dimora) dello stesso nel territorio italiano. L'art. 18, 1° co., lett. r), infatti, si limitava a contemplare la sola cittadinanza italiana quale ipotesi in cui fosse possibile opporre il rifiuto di consegna.

Ripercorrendo la vicenda giudiziaria sin dall'inizio, il giudice *a quo* sollevava la suddetta questione di legittimità costituzionale in quanto riteneva la norma poi dichiarata illegittima contrastante con diversi principi costituzionali. I parametri invocati, in effetti, erano più d'uno, ognuno dei quali merita un approfondimento. La prima censura riguardava l'art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di ragionevolezza. Nello specifico, si considerava violato tale principio per avere l'art. 18, 1° co., lett. r) creato una irragionevole disparità di trattamento tra coloro i quali fossero destinatari di un mandato c.d. esecutivo, al quale ci si poteva opporre solo in caso di possesso della cittadinanza italiana, ed i soggetti nei cui confronti fosse invece intervenuto un mandato c.d. processuale. Infatti, il successivo art. 19, 1° co., lett. c), l. 69/2005, nel contemplare la possibilità di non dare esecuzione al mandato emesso nei confronti di una persona ancora da giudicare, stabilisce che il rifiuto di consegna possa essere opposto non solo nell'ipotesi in cui il soggetto non necessariamente sia un cittadino italiano, ma anche laddove questi semplicemente risieda in Italia, sempre a condizione che, dopo essere stato sentito, ivi sia riportato. In secondo luogo, si lamentava il contrasto con l'art. 27, 3° co., Cost. in quanto l'espiazione della pena in Italia, previo rifiuto di dare esecuzione al mandato, risultava idonea, nel caso specifico, a

¹⁹⁶ Corte cost., sent. 24 giugno 2010, n. 227, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2598.

garantire la risocializzazione del condannato attraverso la conservazione dei suoi legami familiari e sociali, ormai consolidatisi nel nostro Paese. La terza violazione veniva invece riferita all'art. 117, 1° co., Cost. il quale impone il rispetto degli obblighi assunti a livello internazionale. La norma europea che si riteneva infranta, in particolare, era l'art. 4, punto 6, della decisione quadro la quale, come già anticipato, attribuisce al legislatore nazionale la facoltà di prevedere che l'autorità giudiziaria rifiuti di consegnare il reo al fine di espiare la pena nello Stato di emissione del mandato nell'ipotesi in cui il condannato sia un cittadino dello Stato richiesto o ivi risieda o vi abbia dimora. Infatti, se è vero che il legislatore europeo ha semplicemente facoltizzato gli Stati membri a contemplare i requisiti della cittadinanza, della residenza o della dimora quali motivi ostativi all'esecuzione del mandato, non sembra ammissibile una limitazione del rifiuto ad uno solo dei tre casi menzionati. L'art. 117, 1° co., Cost., nel dare ingresso al diritto europeo nel nostro ordinamento, risulterebbe pertanto violato.

Nello svolgere lo scrutinio di legittimità della norma denunciata, la Corte costituzionale ha ritenuto di non potere prescindere dalla giurisprudenza consolidata sulla decisione quadro 2002/584/GAI in seno alla Corte di giustizia dell'Unione europea, dato che le sentenze di detta corte vincolano il giudice nazionale relativamente alle interpretazioni in esse fornite. In particolare, richiamando i principi di diritto sanciti in diverse pronunce¹⁹⁷, il Giudice delle leggi ha chiarito come la Corte di giustizia interpretasse l'art. 4, punto 6, della decisione quadro sul M.A.E. nel senso di attribuire una mera facoltà agli Stati membri di prevedere ipotesi di rifiuto della consegna. Ogni Stato membro, quindi, avrebbe potuto optare per una delle due vie prospettate dalla norma, ma una volta operata la scelta di contemplare tali ipotesi di rifiuto nel proprio ordinamento, avrebbe dovuto rispettare il divieto di discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art. 18 TFUE, sebbene occorra ricordare che tale principio non comporti un'assoluta impossibilità di differenziare il trattamento del cittadino nazionale da quello di un altro Stato membro, purché si ancori una simile disparità

¹⁹⁷ Corte giust. UE, 6 ottobre 2009, C-123/09, Wolzenburg, in *Raccolta*, 2009, p. 1-9621; Corte giust. UE, 17 luglio 2008, C-66/08, Kozłowski, in *Raccolta*, 2008, p. 1-6041.

alla presenza di una giustificazione legittima, ragionevole e proporzionata all'obiettivo da conseguire.

Sulla scia di tale impostazione, la Consulta ha affermato che quella creata dall'art. 18, 1° co., lett. r), l. 69/2005 si sostanzia in una irragionevole discriminazione soggettiva, che porta all'esclusione del beneficio del rifiuto di consegna per il cittadino di un altro Stato membro in quanto straniero. Inoltre, richiamando le nozioni di residenza e dimora elaborate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza Kozłowski, il Giudice delle leggi ha chiarito che la *ratio* sottesa all'art. 4, punto 6, della decisione quadro andrebbe individuata nell'intento di favorire - tramite il rifiuto alla consegna - il reinserimento sociale di quei soggetti «che abbiano dimostrato un sicuro grado di inserimento nella società di un altro Stato membro», considerabile come «residenza stabile, luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della formazione dei figli e di quant'altro sia idoneo a rivelare la sussistenza di quel radicamento reale e non estemporaneo dello straniero in Italia»¹⁹⁸.

Tale principio, lungi dal trovare conferma in una norma che non tenga conto della situazione dello straniero e del suo, appunto, radicamento nel territorio italiano, non può quindi considerarsi rispettato da una disposizione quale l'art. 18, 1° co., lett. r), l. 69/2005, evidentemente contrastante con gli artt. 11 e 117, 1° co., Cost.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Corte cost., sent. 24 giugno 2010, n. 227, cit.

¹⁹⁹ La sentenza in esame ha costituito per la Corte costituzionale l'occasione per ribadire la sussistenza di diverse coperture costituzionali in relazione al diritto sovranazionale: l'art. 11 Cost. per ciò che attiene al diritto dell'Unione europea dotato di efficacia diretta e l'art. 117, 1° co., Cost. per quanto riguarda le norme internazionali convenzionali, tra cui la CEDU, prive di efficacia diretta nell'ordinamento nazionale. Tale precisazione ha quindi portato il Giudice delle leggi ad affermare che nel caso «di illegittimità della norma nazionale per non corretta attuazione della decisione quadro [...] non sussiste il potere del giudice comune di non applicare la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. [...] laddove [...] sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti nell'ordinamento». In particolare, l'art. 11 Cost. rappresenta un parametro integrato, nel caso di specie, dall'art. 18 TFUE, che sancisce il divieto di discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato stesso. Pur essendo tale principio dotato di efficacia diretta - chiarisce la Corte - esso non è sufficiente a dar luogo alla disapplicazione della norma interna con esso contrastante poiché, come già precisato, nel caso di specie la norma scrutinata attiene all'attuazione di una decisione quadro, priva di efficacia diretta nell'ordinamento interno. Pertanto, risultando impossibile ricorrere ad un'interpretazione dell'art. 18, 1° co., lett. r), l. 69/2005 che sia orientata al pieno rispetto della disciplina del M.A.E., l'unica via da percorrere in simili ipotesi è la denuncia di illegittimità costituzionale.

Da ultimo, occorre precisare che, nella stessa occasione, la Consulta ha avuto modo di specificare che spetti al giudice del rinvio stimare «gli elementi caratterizzanti la situazione della persona quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza nel territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro Paese».

Come sottolineato in una successiva pronuncia della Corte di cassazione²⁰⁰, la corte distrettuale, chiamata a verificare il presupposto della residenza o della dimora, deve tener di due criteri guida: il radicamento territoriale e la finalità rieducativa della pena.

6. La decisione quadro 2008/909/GAI

Con l'adozione della decisione quadro 2008/909/GAI, attuata in Italia con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, il Consiglio europeo ha inteso completare la disciplina, avviata con l'introduzione del M.A.E., sulla cooperazione penale tra Stati in materia esecutiva, precisandone gli aspetti relativi alle modalità attraverso le quali vi si potesse dare corretta attuazione. Segnatamente, l'art. 3, punto 1 della decisione, nel definirne l'ambito di applicazione, specifica che essa risponde all'esigenza di «stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro [...] debba riconoscere una sentenza ed eseguire la pena», da applicare «qualora la persona condannata si trovi²⁰¹ nello Stato di emissione o [...] di esecuzione» (art. 3, par. 2) ed esclusivamente nel caso in cui con la sentenza di condanna sia stata inflitta una sanzione penale che privi il condannato della propria libertà personale (art. 3, par. 3). La decisione in esame, occupandosi nello specifico dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali²⁰² che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione

²⁰⁰ Cass. pen., Sez. VI, 3 agosto 2010, n. 31009, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2641.

²⁰¹ Non è pertanto richiesto che il condannato sia altresì detenuto. Presupposto imprescindibile della procedura è soltanto la presenza di questi nel territorio di uno dei due Stati.

²⁰² Quanto all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento ad altre ipotesi, si veda la decisione quadro 2008/947/GAI con riferimento «alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive». Per quanto riguarda, invece, le misure alternative alla detenzione cautelare, si rimanda alla decisione quadro 2009/829/GAI.

nell'Unione europea, limita la sua efficacia alle condanne penali che comportino la reclusione o comunque la restrizione personale del reo, fermo restando che la diversa o ulteriore condanna ad una sanzione pecuniaria e/o alla confisca «non osta alla trasmissione della sentenza», ma deve essere eseguita ai sensi di altre e specifiche direttive. Sebbene tracciare i passaggi del processo di riconoscimento ed esecuzione della sentenza straniera rappresenti lo scopo della decisione quadro in esame, preme precisare che essa individua il suo obiettivo primario nella risocializzazione del condannato. Non a caso, nel 9° considerando della decisione, si auspica che le nuove disposizioni adottate favoriscano il reinserimento sociale dell'interessato, ritenendo che scontare la pena nello Stato di esecuzione «dovrebbe aumentare la possibilità» che ciò avvenga. Inoltre, dovendo accertare che l'esecuzione a ciò finalizzata possa effettivamente avere esito positivo, «l'autorità competente dello Stato di emissione dovrebbe tenere conto di elementi quali, per esempio, l'attaccamento della persona allo Stato di esecuzione e il fatto che questa consideri tale Stato il luogo in cui mantiene legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di altro tipo».

Ciò premesso, per meglio comprendere in che modo la decisione 2008/909/GAI si collochi nel panorama del diritto europeo, occorre prendere in esame gli artt. 25 e 26 della decisione stessa, i quali ne disciplinano il rapporto con le altre fonti. Quanto alla normativa sul M.A.E., si ritengono applicabili le disposizioni della decisione in esame, ai sensi dell'art. 25, ai casi previsti dagli artt. 4, par. 6 e 5, par. 3 della decisione 2002/584/GAI, ma solo se compatibili con le norme di quest'ultima. Trattasi quindi dell'ipotesi in cui lo Stato richiesto abbia la facoltà di rifiutarsi di dare esecuzione al M.A.E. esecutivo quando questo sia stato emesso nei confronti di un soggetto che dimori, risieda o posseda la cittadinanza di detto Stato, a condizione che quest'ultimo «si impegni esso stesso ad eseguire [...] la pena»; trattasi altresì del caso in cui, con riferimento ad un M.A.E. processuale, si subordini l'esecuzione dello stesso al ritrasferimento dell'interessato - successivo alla relativa audizione - nello Stato richiesto, per ivi scontare l'eventuale condanna. Per ciò che attiene al rapporto con le altre convenzioni, l'art. 26 afferma invece che la normativa in esame, a partire dal dicembre del 2011 (termine ultimo per gli Stati per darvi attuazione), si sostituisce agli accordi in

precedenza stipulati, con l'unica eccezione di quelli - in vigore dal novembre del 2008 e da indicare mediante notifica ad entrambi il Consiglio e la Commissione - che «consentano di approfondire e di andare oltre le disposizioni della presente decisione quadro e contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di esecuzione delle pene» (art. 26, par. 2).

Importante da approfondire, poi, è il contributo che la decisione 2008/909/GAI ha apportato al sistema della cooperazione tra Stati in materia di esecuzione della pena. La novità risiede nel fatto che il meccanismo di trasmissione della sentenza - descritto dagli artt. 4, 5 e 6 ed attraverso il quale le autorità competenti dei due Stati europei interessati entrano in contatto - si caratterizza per essere «obbligatorio»²⁰³, a differenza di quanto in precedenza suggerito dal panorama legislativo e giurisprudenziale in riferimento alle convenzioni finalizzate alla cooperazione. A conferma di ciò, l'art. 8, par. 1, stabilisce che lo Stato di esecuzione, per il tramite dell'autorità competente, «riconosce una sentenza trasmessa» e «adotta immediatamente tutti i provvedimenti necessari all'esecuzione della pena», con la precisazione che se la natura o la durata di quest'ultima risultino incompatibili con l'ordinamento dello Stato di esecuzione, si procederà ad adattarla, osservando il limite di non irrogare una sanzione «più grave della pena imposta nello Stato di emissione» (art. 8, 4° par.). L'unica eccezione è rappresentata dalle ipotesi di rifiuto che ogni Stato membro ha la possibilità di far valere. I motivi ostativi al riconoscimento di una sentenza penale di condanna sono molteplici e sono elencati dall'art. 9²⁰⁴: trattasi, ad esempio, dei casi in cui il certificato che accompagna la sentenza sia incompleto, la pena sia prescritta secondo il diritto di suddetto Stato, i criteri di trasmissione della sentenza e del certificato non siano stati soddisfatti, il processo si sia svolto *in absentia*, il divieto del *ne bis in idem* risulti violato, il territorio dello Stato che oppone il rifiuto coincida con il *locus commissi delicti*.

Un ulteriore elemento di novità è ravvisabile nell'aver ridotto, fino ad escludere in determinati casi, il ruolo del consenso. A monte, per eseguire il trasferimento a fini esecutivi, il consenso dell'interessato si pone come atto propulsivo del

²⁰³ M. G. COPPETTA, *Art. 42*, cit., p. 496.

²⁰⁴ Tali ipotesi di rifiuto sono state poi interamente recepite dalla normativa interna (art. 13, d.lgs. 161/2010).

procedimento: soltanto qualora egli acconsenta, l'autorità competente potrà trasmettere la sentenza ed il relativo certificato (art. 6, par. 1, decisione 2008/909/GAI). Tuttavia, il successivo par. 2 deroga a tale principio, elencando le situazioni in cui «il consenso della persona condannata non è richiesto». Le ipotesi in esame vertono tutte sul particolare rapporto che lega quest'ultima allo Stato di esecuzione, che sarà lo Stato di cittadinanza in cui il soggetto vive (lett. a)) o nel quale è giunto dopo essere fuggito dal Paese di condanna (lett. c)) oppure, ancora, verso il quale l'interessato verrà espulso al termine dell'esecuzione della pena (lett. b)).

Quanto alla normativa interna, il d.lgs. 161/2010 prevede due procedure che si diversificano a seconda che sia il nostro Stato a richiedere l'esecuzione o meno. Trattasi rispettivamente della trasmissione all'estero, di cui al Capo I, e della trasmissione dall'estero, di cui al successivo Capo. Gli artt. 20 e 21, poi, si occupano delle disposizioni comuni ad entrambe le procedure: oltre alla definizione dei criteri di ripartizione delle spese tra lo Stato italiano e l'altro Stato membro, il legislatore nazionale ha inteso designare il Ministro della Giustizia quale autorità competente a ricevere e trasmettere le sentenze (accompagnate dal relativo certificato), seppur autorevole dottrina abbia osservato come tale «compito [...] [avendo] natura meramente amministrativa [...] non “[sia]” impeditivo della corrispondenza diretta tra autorità giudiziarie, non subordinata alla reciprocità»²⁰⁵.

Per ciò che attiene alla prima delle due procedure, competente per la trasmissione all'estero è il pubblico ministero presso il giudice individuato ai sensi dell'art. 665 c.p.p. con riferimento alle pene detentive e dall'art. 658 c.p.p. in relazione alle misure di sicurezza (art. 4, 1° co., d.lgs. 161/2010). Tuttavia, sebbene si richiamino le disposizioni del codice di rito al fine di individuare l'autorità competente, è da notare come l'art. 4, al successivo comma, impedisca di applicare le norme di cui agli artt. 742-746 c.p.p. ai rapporti tra gli Stati appartenenti all'Unione europea: di conseguenza, si sostituisce interamente la già prevista normativa in materia di esecuzione all'estero di sentenze penali italiane. Le condizioni per trasmettere la sentenza all'estero sono elencate nell'art. 5. In

²⁰⁵ M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., p. 1165.

primo luogo, la trasmissione può avvenire sia contestualmente all'emissione dell'ordine di esecuzione, sia quando questo sia stato già eseguito (art. 5, 1° co.). In secondo luogo, devono sussistere congiuntamente alcuni requisiti tra i quali, in piena corrispondenza con il contenuto della decisione quadro 2008/909/GAI, si ricordano l'intento di favorire il reinserimento sociale del condannato e la circostanza per cui il condannato si trovi nel territorio di uno degli Stati interessati. Infine, è altresì necessario acquisire preventivamente il consenso dell'interessato qualora la trasmissione sia stata disposta verso uno Stato membro che vi abbia acconsentito (art. 5, 3° co., lett. c)), diverso da quello in cui il soggetto vive o del quale sia cittadino. In questa ipotesi, infatti, si potrà trasmettere la sentenza soltanto dopo avere acquisito il consenso dell'interessato, da prestare personalmente, in forma scritta ed alla presenza di un difensore. L'art. 6 stabilisce che l'autorità giudiziaria competente per l'esecuzione, dopo aver sentito il condannato qualora questi si trovi nel territorio italiano, provvederà, d'ufficio o su richiesta del reo o dello Stato di esecuzione, all'adozione del provvedimento di trasmissione, da comunicare all'interessato e da notificare al Ministro della Giustizia il quale si occuperà del successivo inoltrare allo Stato di esecuzione. Se lo Stato di esecuzione dovesse accogliere la richiesta di riconoscimento della sentenza italiana, il condannato verrà ivi trasferito entro il termine di trenta giorni²⁰⁶, con la precisazione che, una volta avvenuto il trasferimento, se lo Stato di esecuzione intenda perseguire, condannare o comunque privare il soggetto della sua libertà personale per un reato anteriore al trasferimento e diverso da quello che lo ha determinato, la corte di appello del distretto cui appartiene l'autorità giudiziaria competente dovrà pronunciarsi a riguardo, acconsentendovi solo «quando il reato per il quale è richiesto permette il trasferimento ai sensi dell'articolo 10» (art. 7, 4° co.).

La procedura passiva si apre con l'individuazione dell'autorità italiana competente al riconoscimento della sentenza straniera: fatte salve le dovute eccezioni²⁰⁷, l'art. 9, al 1° ed al 2° comma, stabilisce, rispettivamente, che la trasmissione non può

²⁰⁶ Il termine *de quo* decorre dalla data in cui la decisione definitiva dello Stato di esecuzione sul riconoscimento della sentenza di condanna è comunicata al Ministero della Giustizia, che a sua volta provvede ad informarne l'autorità giudiziaria che ha disposto la trasmissione (art. 7, 1° co.).

²⁰⁷ A tal proposito, si veda lo stesso art. 9, 3° e 4° co.

avvenire in assenza di una decisione a ciò favorevole emessa dalla corte di appello appartenente al distretto in cui la persona condannata risieda ovvero abbia il domicilio o la dimora. Tra i presupposti del riconoscimento previsti dall'art. 10, d.lgs. 161/2010, meritano di essere menzionati il requisito della cittadinanza italiana e quello della corrispondenza del fatto commesso dal reo con un reato punito dalla legislazione italiana. Quanto al procedimento, infine, la corte di appello decide in camera di consiglio entro sessanta giorni, prorogabili, decorrenti dalla ricezione della sentenza di condanna.

Bibliografia

- E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in A. Scalfati (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Giappichelli, 2008.
- G. BELLAGAMBA - G. CARITI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, 2° ed., Giuffrè, 2008.
- G. BELLANTONI, *Il trattamento dei condannati*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 4° ed., Monduzzi Editore, 2011.
- M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, 9° ed., Giuffrè, 2010.
- F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2ª ed., Giappichelli, 2011.
- S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Cedam, 2006.
- M. G. COPPETTA, *Art. 42*, in V. Grevi - G. Giostra - F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, 4ª ed., a cura di F. Della Casa, Cedam, 2011.
- P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, 4° ed., Monduzzi Editore, 2011.
- G. DIOTALLEVI, *I limiti del controllo di legalità della corte d'appello nel caso di esecuzione della pena all'estero*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 169 ss.
- G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6° ed., Zanichelli, 2009.
- R. M. GENNARO, *Stranieri e repressione penale: i soggetti e le istituzioni*, Franco Angeli, 2012.
- V. GREVI, in V. Grevi - G. Giostra - F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, 2° ed., Cedam, 2000.
- B. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Giappichelli, 2004.
- M. R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. Conso - V. Grevi - M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 6ª ed., Cedam, 2012.
- L. MASERA, *Immigrazione*, in O. Mazza - F. Viganò (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Giappichelli, 2008.
- G. PRELATI, *L'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza a titolo di sanzione alternativa alla detenzione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 623 ss.

- C. RENOLDI, *Lo straniero nel diritto dell'esecuzione penale*, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, in E. Morozzo Della Rocca (a cura di), Utet, 2008.
- D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in U. Draetta - N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, 3° ed., Giuffrè, 2010.
- E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, n. 4, p. 25 ss.
- M. SCULCO, *L'esecuzione della pena nei confronti degli stranieri*, in AA. VV., *Il diritto degli stranieri*, a cura di A. Macrillò, Cedam, 2014.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13° ed., Giuffrè, 2012.
- S. TOVANI, *Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in L. Degl'innocenti (a cura di), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Giuffrè, 2011.
- G. VARRASO, *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, 3° ed., Giuffrè, 2010.
- F. VIGANÒ - M. VIZZARDI, *"Pacchetto sicurezza" ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 813 ss.

Sitografia

www.altrodiritto.unifi.it

www.cortecostituzionale.it

www.dirittoegiustizia.it

www.dirittopenaleeuropeo.it

www.duitbase.it/database-sentenze-corte-europea-diritti-umani

www.gazzettaufficiale.it

www.giurcost.org

www.giurisprudenzapenale.com

www.giustizia.it

www.interno.gov.it

www.italy.iom.int

www.penalecontemporaneo.it

www.stranieriinitalia.it