

**La rieducazione quale titolo di permanenza:
lo straniero irregolare libero-sospeso.
Commento alla Sentenza n. 1039/2026 della Corte di Cassazione**

di Lorenzo Bernardini

dottorando di ricerca e tirocinante ex art. 73 legge 98/2013 presso la Corte di Cassazione

Nella sentenza n. 1039 del 09/01/2026 la I Sezione penale della Corte di Cassazione ha affrontato la questione degli stranieri irregolari liberi-sospesi, con particolare riguardo al rapporto tra la sospensione del titolo esecutivo e il trattenimento presso un CPR in attesa dell'espulsione. La Suprema Corte ha ritenuto l'interesse dello straniero irregolare ad accedere al percorso rieducativo, anche in forma extramuraria, idoneo a fondare un particolare titolo di permanenza sul territorio nazionale. Ne consegue che, in simili circostanze, l'espulsione, pur formalmente valida, deve ritenersi improduttiva di effetti.

1. Premessa

La I Sezione penale della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1039/2026¹, si è occupata del tema degli stranieri irregolari liberi-sospesi, con particolare riguardo al rapporto tra la sospensione del titolo esecutivo e il trattenimento presso un CPR in attesa dell'espulsione dal territorio nazionale. Dopo aver ricordato che l'ordine di esecuzione di una pena detentiva ed il provvedimento amministrativo di espulsione sono atti che operano su piani diversi e che perseguono finalità diverse, la Suprema Corte, in consapevole e motivato dissenso rispetto a un precedente della I Sezione civile, ha affermato il seguente principio di diritto: lo straniero irregolare è portatore di un interesse ad accedere al percorso rieducativo (sia esso pena detentiva o misura alternativa) e tale percorso rieducativo, una volta avviato, rende esistente un temporaneo e particolare titolo di permanenza sul territorio, che paralizza gli effetti del provvedimento di espulsione amministrativa. Ne consegue che l'espulsione, pur formalmente valida, deve ritenersi improduttiva di effetti.

Prima di introdurre gli argomenti spesi dalla Corte a sostegno di questo importante *revirement* interpretativo, si ritiene utile, da un lato, chiarire chi siano i c.d. liberi-sospesi e, dall'altro, soffermarsi su due sentenze espressamente richiamate nella stessa pronuncia in commento: la n. 78/2007 della Corte costituzionale (§2) e la n. 36545/2023 della I Sezione civile della Cassazione (§3)² (nella quale è stato espresso il principio di diritto oggi superato dalla corrispondente Sezione penalistica).

Per chiarire a chi ci riferiamo quando parliamo di liberi-sospesi, ci corre in aiuto un'efficace definizione proposta da una certa dottrina, per la quale questi soggetti sono «sospesi in un duplice senso, sospesi perché godono di una sospensione di fatto, ma anche sospesi perché si trovano in una sorta di limbo tra la condanna e l'esecuzione³». Il riferimento normativo va invece rinvenuto nel V comma dell'art. 656 c.p.p., in base al quale il Pubblico Ministero, se la pena da eseguire, anche residua, è inferiore a tre anni (quattro dopo l'intervento della Corte costituzionale nel 2018⁴), deve

¹ Cass. pen., I Sez., Sentenza n. 1039 del 09/01/2026.

² Il riferimento è a: Corte Cost., Sentenza n. 78 del 5 marzo 2007; Cass. civ., I Sez., Sentenza n. 36545 del 13/10/2023.

³ R. BARTOLI, *La gloriosa dissoluzione del mito populista "certezza della pena come certezza del carcere"*, in Sistema Penale (online), 22 aprile 2024.

⁴ Il riferimento è alla Sentenza della Corte cost. n. 41 del 06/02/2018, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni. La norma censurata, mancando di elevare il termine previsto per sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva, così da renderlo corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato (comma 3-bis dell'art. 47 della legge n. 354 del 1975, introdotto dal d.l. n. 146 del 2013) non comportava un mero difetto di coordinamento, ma derogava al principio di parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento

sospenderne l'esecuzione, così che il condannato possa presentare entro trenta giorni un'istanza volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione. Qualora poi il reo non dovesse proporre istanza, o nel caso in cui la stessa dovesse risultare inammissibile, l'esecuzione della pena avrà corso immediato. Nonostante il successivo VI comma richieda espressamente al Tribunale di Sorveglianza di decidere non prima del trentesimo e non oltre il quarantacinquesimo giorno dalla ricezione della richiesta, sono fin troppi i casi in cui simile decisione perviene dopo molto tempo, e persino dopo diversi anni⁵.

Per fornire dei numeri, si ritiene che i liberi-sospesi ad oggi siano oltre 130 mila⁶. Il dato, già evidentemente allarmante, preoccupa ancora di più se lo si confronta con l'ultimo dato ufficiale, risalente a metà del 2024, quando il Ministro della Giustizia, in risposta ad un'interrogazione parlamentare, parlava di oltre 90.000 liberi-sospesi.

Tralasciando la gravità del fatto che simili informazioni non vengano pubblicate periodicamente dal Ministero della Giustizia⁷, un numero così elevato dimostra già da solo la rilevanza del problema dei liberi-sospesi. Premesso questo breve inquadramento generale, nei prossimi paragrafi concentreremo l'attenzione sui soli condannati stranieri illegalmente soggiornanti sul territorio italiano e che risultano gravati da un provvedimento di espulsione.

2. La Sentenza n. 78/2007 della Corte costituzionale

Punto di partenza nell'analisi del provvedimento oggi in commento è sicuramente la sentenza n. 78 del 2007, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 60 della legge n. 354/1975 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà). O meglio, come vedremo, ha dichiarato l'incostituzionalità di una certa interpretazione di simili disposizioni, per come emersa dal principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione⁸.

La vicenda processuale che ha portato il Tribunale di sorveglianza di Cagliari a sollevare la questione di legittimità costituzionale degli articoli d'appena citati, in riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost., ha visto la Suprema Corte accogliere un ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Cagliari, il quale sosteneva che la concedibilità delle misure alternativa alla detenzione fosse subordinata, tra le altre cose, anche all'assenza di contrasto dell'ordinanza che

normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato, insinuando nell'ordinamento una incongruità sistematica capace di ridurre gran parte dello spazio applicativo riservato alla normativa principale.

⁵ Si veda, ad esempio, il caso *Valorio c. Italia*, nello scritto sui liberi-sospesi di F. FIORENTIN, *La crisi sistemica dell'esecuzione penale e la problematica dei liberi sospesi*, in Sistema penale (online), 8 maggio 2025.

Oppure si veda la Sentenza n. 30264 del 27/06/2025, nella quale la I Sezione della Corte di Cassazione si è occupata di un ricorso proposto da un soggetto che risultava libero-sospeso da più di 7 anni, per un residuo pena inferiore ad un anno di reclusione.

⁶ Così secondo i dati forniti recentemente da Carlo Renoldi, già direttore del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, quando è intervenuto in un'assemblea pubblica che si è tenuta presso il dipartimento di Scienze della formazione dell'Università degli Studi Roma tre (cfr. <https://www.romasette.it/il-sistema-carcerario-italiano-tra-diritti-clemenza-umanita/>). Dato in linea con quello "ufficioso" (120-130 mila) emerso nel corso di un convegno organizzato dalla Camera Penale di Milano del 7 marzo 2025: cfr. F. FIORENTIN, op. cit.

⁷ Si pensi che non è dato noto quanti siano, tra i 130 mila "liberi sospesi", le persone straniere (e tra queste, quelle irregolarmente soggiornanti sul territorio nazionale). Sappiamo che la percentuale di stranieri ristretti in carcere si attesta intorno al 31.6% (cfr. <https://www.rapportoantigone.it/ventunesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/stranieri/>), ma qualsiasi tentativo di ricavare da simile dato il numero di stranieri liberi-sospesi finirebbe per essere fuorviante. Invero, sono diverse le ragioni che ci portano a credere che la percentuale straniera di liberi-sospesi sia nettamente inferiore a quella pocanzi indicata. Solo a titolo esemplificativo, si pensi che per le pene sotto i 2 anni di reclusione è prevista la misura alternativa dell'espulsione, o che gli stranieri riescono ad accedere meno facilmente ai percorsi alternativi.

⁸ Su questo tema, si veda l'interessante contributo di G. L. CONTI, *La questione di legittimità costituzionale del principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1995, pp. 2103-2122.

concede il beneficio con norme imperative. Contrasto che, nel caso di specie, veniva ritenuto sussistente in riferimento alle norme sul fenomeno immigratorio. In estrema sintesi: la Corte del merito non avrebbe potuto concedere la misura alternativa allo straniero irregolare, in quanto la permanenza di quest'ultimo sul territorio dello Stato doveva ritenersi, per ciò solo, *contra legem*.

Il Giudice *a quo* – investito del giudizio di rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di Cassazione –, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale, ha correttamente posto in evidenza che un simile orientamento finiva per tagliare completamente fuori dal sistema delle misure alternative gli extracomunitari senza il permesso di soggiorno, creando così un duplice ordine di problemi: da un lato, le evidenti frizioni con il principio della finalità rieducativa della pena; dall'altro, il risultato pratico che in tal modo si realizzava, ossia un differenziato «regime penitenziario per tali soggetti, individuati non già alla stregua di indici rivelatori di una particolare pericolosità, quanto piuttosto di un dato del tutto estrinseco e formale, oltre che tendenzialmente immodificabile, quale la loro presenza irregolare nel territorio nazionale⁹». A supporto della questione di legittimità costituzionale, il giudice *a quo* ha poi ricordato quel consolidato principio in forza del quale ogni misura incidente sfavorevolmente sul trattamento sanzionatorio deve conseguire ad un comportamento addebitabile soggettivamente al condannato, «non potendo le esigenze di difesa sociale [...] annullare la finalità rieducativa della pena¹⁰».

Venendo alla decisione della Consulta, la stessa ha ricordato l'esistenza di due orientamenti contrapposti in seno alla Corte di Cassazione: quello che portava a ritenere la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero ostativa all'accesso alle misure alternative – e sposato anche dal Collegio che ha annullato con rinvio il provvedimento che ha dato origine alla vicenda ora in esame –, ed uno più garantista, cui avevano aderito anche le Sezioni Unite n. 14500 del 2006, che negava l'esistenza di una simile condizione ostativa ed al contempo sottolineava l'importante ruolo svolto dalle misure alternative nel dare attuazione ai «preminenti valori costituzionali della eguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena¹¹».

Aprondo una breve parentesi sulle Sezioni Unite appena citate, la questione che era stata sottoposta alla sua attenzione riguardava proprio la possibilità di permettere l'accesso alle misure alternative alla detenzione anche al condannato straniero irregolarmente soggiornante in Italia. Il Supremo Consesso nomofilattico, nell'accogliere l'orientamento estensivo, ha speso principalmente due considerazioni: non v'è alcun divieto normativo che impedisca allo straniero irregolare l'accesso a misure extramurarie e non si può ritenere lecita la creazione di una sorta di regime speciale differenziato che guardi ad una intera categoria di soggetti, invece che ai singoli. Piuttosto, è bene che il Giudice compia una valutazione caso per caso, che tenga conto della peculiarità della persona e delle caratteristiche che dovrebbe avere il suo specifico percorso trattamentale e rieducativo.

A simile conclusione la Corte di legittimità era già pervenuta nel 1985, quando la I Sezione¹² aveva imperativamente escluso che la risocializzazione potesse assumere connotati nazionalistici, così aprendo a qualunque soggetto l'accesso alle misure alternative, «senza distinzione di nazionalità».

Dunque, se si vedono le due sentenze da ultimo citate, ossia quelle delle Sezioni Unite e della I Sezione, notiamo che già prima dell'intervento della Corte costituzionale poteva considerarsi acquisito il diritto dello straniero irregolare all'accesso ad una misura extra-muraria. Interessante, dunque, che la Consulta sia dovuta intervenire per dichiarare l'illegittimità costituzionale di un orientamento giurisprudenziale, sostanzialmente reiterando argomentazioni che erano già state spese in precedenza.

⁹ Corte cost., Sentenza n. 78 del 5 marzo 2007, nel riassumere le deduzioni del giudice *a quo*. Cfr., sul punto, F. DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27 comma 3 Cost., una "debordante" interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2007, pp. 756-766 e F. DAL CANTO, *Nota a Corte costituzionale*, 16 marzo 2007, n. 78, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2/2007, pp. 754-756.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sez. Un., Sentenza n. 14500 del 27 aprile 2006. Per un commento a questa sentenza cfr. F. CENTOFANTI, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, in *Cassazione penale*, 10/2006, pp. 3123-3126.

¹² Sentenza della Sez. I, 31 gennaio 1985, *Ortiz*, riportata da F. CENTOFANTI, *op. cit.*

Addentrando nel merito del ragionamento seguito dal giudice *ad quem*, possiamo leggere come lo stesso abbia ritenuto l'inesistenza di qualsivoglia incompatibilità tra la disciplina che regola il fenomeno migratorio e l'applicazione delle misure alternative; sarebbe proprio «la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* – ed anzi costringe – lo straniero a permanere nel territorio dello Stato¹³». È lo stesso legislatore che accetta (implicitamente) tale permanenza temporanea, laddove prevede che l'esecuzione della pena debba prevalere sull'espulsione del condannato extracomunitario, che infatti viene sospesa.

I giudici costituzionali sono perentori: vero che il legislatore può diversificare le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato, ma non può spingersi sino al punto di vietare in via assoluta e generalizzata l'accesso alle misure alternative. È una decisione frutto della valorizzazione della funzione rieducativa (come vedremo meglio nell'ultimo paragrafo), che non può essere annullata dalla diversa finalità repressiva, ma solo, a date condizioni, limitata.

Per sintetizzare la replica della Corte costituzionale al censurato orientamento di legittimità, l'esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno sul territorio italiano non può tradursi in una giustificazione della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo. D'altronde, è lo stesso ordinamento penitenziario – oltre al principio di eguaglianza – che impone che il trattamento sia improntato all'imparzialità, senza discriminazione in ordine a nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose¹⁴. Ed è lo stesso T.U. immigrazione, letto unitamente ai principi costituzionali, ad imporre un divieto di discriminazione sulla base della liceità della presenza della persona sul territorio nazionale¹⁵.

L'automatismo derivante dall'interpretazione censurata finiva per accomunare ingiustificatamente situazioni soggettive eterogenee, impedendo la corretta considerazione delle peculiarità del caso concreto, esclusivamente per il fatto che il soggetto condannato fosse entrato illegalmente nel territorio italiano (o vi ci fosse illegalmente rimasto, dopo esservi entrato regolarmente).

Dunque, la pronuncia che abbiamo appena commentato ha chiarito definitivamente la possibilità per lo straniero irregolare di accedere alle misure alternative. La portata di simile sentenza non va sottovalutata: le misure alternative, seppur eterogenee tra loro, sono accomunate dalla «finalità della rieducazione¹⁶» e «costituiscono il punto di emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta¹⁷». Simili riferimenti si possono rinvenire anche nella giurisprudenza di legittimità successiva; ad esempio, in una recente pronuncia, la I Sezione penale¹⁸ – in occasione di un ricorso avverso una decisione del Tribunale di Sorveglianza che aveva rigettato la richiesta di accesso all'affidamento in prova al servizio sociale esclusivamente perché il soggetto richiedente era un clandestino – ha ricordato che il criterio di accesso alle misure alternative non può essere quello dello *status* soggettivo legato alla cittadinanza o alla presenza regolare sul territorio italiano. Ciò che va valutato è, piuttosto, il percorso di evoluzione della personalità successivamente alla commissione del reato, unitamente alla possibilità di pervenire ad un giudizio positivo circa la prospettiva di reinserimento sociale del reo.

3. La Sentenza n. 36545/2023 della I Sezione civile della Corte di Cassazione

¹³ Corte cost., Sentenza n. 78 cit.

¹⁴ In questi termini, F. DAL CANTO, op. cit.

¹⁵ Cfr., sul punto, M. PISATI, *Le espulsioni e la tutela dei diritti fondamentali dello straniero condannato*, in JusOnline, 1/2025, pp. 125-136.

¹⁶ Corte cost., Sentenza n. 173 del 6 giugno 1997, riportata da S. MAGNANENSI e E. RISPOLI (a cura di), in *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, che si può trovare sul sito ufficiale della Corte costituzionale, al seguente indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_205_Finalita.pdf.

¹⁷ Corte cost., Sentenza n. 282 del 17 maggio 1989, in *ibidem*.

¹⁸ Sentenza n. 40131 del 21 giugno 2024. Per un breve nota al provvedimento, si veda V. MANCA, *Anche lo straniero irregolare può accedere all'affidamento in prova al servizio sociale*, in IUS Penale (online), 18 novembre 2024.

La pronuncia appena indicata è quella che è stata oggetto di revisione critica da parte della I Sezione penale, la quale, come abbiamo indicato nella premessa, ha ribaltato l'orientamento esposto dalla "sorella" civilistica¹⁹. La questione oggetto di contrasto riguardava la possibilità di applicare l'art. 13, co. 3, del T.U. immigrazione anche al condannato libero-sospeso che risultava, in quanto straniero irregolare, gravato da una richiesta di espulsione amministrativa.

Andando per ordine, dobbiamo premettere delle considerazioni sulla normativa rilevante. L'articolo 13 cit. prevede, subito dopo l'immediata esecutività del decreto di espulsione (anche se impugnato), che, qualora lo straniero sia sottoposto a procedimento penale e non si trovi in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di poter eseguire l'espulsione, deve ottenere un nulla-osta dall'autorità giudiziaria. La medesima disposizione indica al giudice – limitandone la discrezionalità – quali sono le ragioni che possono portare al rigetto del nulla-osta, ossia: «inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa».

Dunque, il contrasto interpretativo è sorto perché, ad opinione della I Sezione Civile, nel caso il cui il Pubblico Ministero, dopo aver emanato un decreto di cumulo, ne sospenda l'esecutività ex art. 656, co. 5, c.p.p. – e dunque al fine di permettere al condannato di proporre istanza per accedere ad una misura alternativa –, il provvedimento di espulsione amministrativa mantiene i suoi effetti, con l'obbligo però per il Questore, ex art. 13 cit., di richiedere il nulla-osta all'autorità giudiziaria.

La Cassazione civile è pervenuta ad una simile conclusione pur nella consapevolezza che l'esecuzione della pena è ostativa all'immediata espulsione dello straniero, il quale ha diritto a permanere sul territorio nazionale durante la fase di espiazione della pena (come si è visto in precedenza). Il medesimo Collegio ha pure citato la sentenza n. 78/2007 della Corte costituzionale, e specificatamente per ricordare che l'esecuzione della pena, anche se in via extramuraria, costituisce un titolo di permanenza; tuttavia, ha ritenuto che prima dell'emissione di un ordine di esecuzione da parte del P.M., e cioè quando il decreto di cumulo è sospeso, vi sia ancora la possibilità di eseguire l'espulsione in via amministrativa, sempre dietro ottenimento del nulla-osta. Ossia, per meglio dire, l'ordine di sospensione della pena lascerebbe intatto il poter prefettizio, dal momento che l'espulsione amministrativa opera su un piano diverso e si differenzia dalle misure disposte dall'autorità giudiziaria.

Un simile orientamento appare ancora più discutibile e desta ancora più preoccupazioni se lo si collega a quel principio di diritto espresso dalla medesima Sezione, in base al quale: «lo straniero che ricorra avverso il decreto di espulsione, e nei cui confronti penda in Italia un procedimento penale o che sia parte offesa nel medesimo, non può far valere, quale motivo di invalidità del

¹⁹ Il lettore più attento si starà chiedendo perché una Sezione penale della Cassazione si sia trovata a ribaltare un principio di diritto espresso da una Sezione civile, e le ragioni vanno individuate nelle modifiche legislative in tema di competenza funzionale delle Corti d'appello sui procedimenti di convalida (o proroga) del provvedimento di trattenimento del richiedente protezione internazionale. L'art. 16 del d.l. n. 145/2024, come recepito dalla legge di conversione n. 187 del 2024, ha attribuito alle sezioni penali delle Corti d'appello la competenza per la convalida e la proroga di simili provvedimenti, sottraendo tale materia alla competenza delle sezioni specializzate in tema di immigrazione dei Tribunali. Tale modifica, unitamente alla previsione di cui all'art. 18-bis della medesima disposizione – in base alla quale, avverso i decreti di convalida e di proroga, è proponibile ricorso per cassazione entro cinque giorni dalla comunicazione, solo per i motivi di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1 dell'articolo 606 cod. proc. pen. –, ha portato l'allora Prima Presidente della Corte di Cassazione a trasferire dalla I Sezione civile alla I penale la competenza tabellare per trattare i ricorsi in materia di convalida dei trattenimenti.

Le modifiche normative citate sono state oggetto di due questioni di legittimità costituzionale. La prima, sollevata dalla I Sezione penale della Cassazione e inerente all'art. 18, comma 1, lettera a), numero 2), del d.l. n. 145 del 2024, come convertito, nella parte in cui, al terzo periodo, rinviava all'art. 22, comma 5-bis, quarto periodo, della legge n. 69 del 2005, anziché ai commi 3 e 4 di quest'ultimo, è stata oggetto di accoglimento con la Sentenza n. 39 del 24/03/2025, con conseguente parziale revisione dell'iter procedimentale. La Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto la manifesta irragionevolezza del d.l. n. 145 cit. per aver introdotto un modello processuale strutturalmente inidoneo ad assicurare il confronto dialettico tra le parti.

La seconda questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di Appello di Lecce ed inerente agli artt. 16, 18, 18 bis e 19 del citato decreto-legge, è stata invece dichiarata in parte inammissibile e in parte infondata con la sentenza n. 225 del 17 novembre 2025.

provvedimento, la mancanza del nulla osta all'espulsione da parte del giudice penale, imposta dall'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, perché non ha alcun interesse protetto alla denuncia di tale omissione, essendo detta previsione posta a salvaguardia delle esigenze della giurisdizione penale, mentre l'interesse dell'espulso all'esercizio del diritto di difesa e alla partecipazione al processo penale è tutelato dall'autorizzazione al rientro contemplata dall'art. 17 del medesimo decreto legislativo²⁰».

Seguendo le fila del ragionamento speso dalla Cassazione civile, emerge con evidenza un ulteriore dato che è lecito criticare: il cittadino extra-comunitario condannato paga il dazio di essere irregolarmente soggiornante sul territorio nazionale. Simile pregiudizio interpretativo appare confermato dalle stesse parole della Corte, laddove, citando un proprio precedente²¹, ha ritenuto inconferente il fatto che la ricorrente fosse stata affidata in prova ai servizi sociali, dato che «nulla cambierebbe circa il suo *status* di irregolarmente soggiornante, e il conseguente obbligo di espulsione da parte dello Stato ospitante». E ciò in ragione del fatto che non esiste «alcuna norma, né alcun principio desumibile da norme, la quale stabilisca che la persona irregolarmente soggiornante possa evitare l'espulsione, sol perché, essendo stata condannata in sede penale, abbia ottenuto il beneficio dell'applicazione di misure alternative alla detenzione». Il che ci pare equivalente a dire che, dovendo lo straniero essere comunque espulso al termine della pena, è inutile che si dolga di eventuali vizi del procedimento o invochi il rinvio dell'espulsione al fine dell'esecuzione della pena sul territorio nazionale.

La I Sezione civile ha poi osservato che, in casi come quello posto alla sua attenzione, vengono in rilievo contrapposte esigenze, ossia, da un lato, il principio dell'effettività della pena e dell'interesse dello Stato a vedere attuata la pretesa punitiva, in uno con la tutela delle ragioni poste a presidio della sicurezza interna e, dall'altro, la finalità rieducativa della pena. E sarebbe proprio la necessità del rilascio del nulla-osta da parte dell'autorità giudiziaria il metodo per bilanciare queste esigenze. Ad essere errato ci pare il punto di vista scelto dalla Corte, secondo la quale la pena deve sì tendere alla rieducazione, ma viene eseguita nell'esclusivo interesse dello Stato. Con buona pace del diritto del condannato ad accedere al programma rieducativo; diritto che, come vedremo più avanti, è invece da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale.

Dunque, sono diversi i profili problematici che emergono dalla lettura dell'arresto appena analizzato. Nel prossimo paragrafo vedremo come la I Sezione penale ha risolto alcune questioni ricorrendo ad un argomento interpretativo letterale e ad uno teleologico-sistematico, ma è nell'ultima parte di questo scritto che vedremo quali sono le ragioni che ci portano a credere che il medesimo Collegio abbia fatto ricorso anche ad una (implicita) interpretazione costituzionalmente orientata.

4. La Sentenza n. 1039/2026 della Corte di Cassazione

Con la Sentenza in commento, la I Sezione penale ha annullato con rinvio il decreto con cui la Corte di Appello ha convalidato il provvedimento di fermo presso un CPR, avvenuto subito dopo la presentazione da parte del cittadino straniero di una domanda di protezione internazionale. Più precisamente, il trattenimento è stato ritenuto legittimo dalla Corte di secondo grado sia per la sussistenza di una condizione di pericolosità sociale (derivante dalle plurime condanne penali riportate), sia per la ritenuta irrilevanza, in base alla Sentenza n. 36545/2023 cit., dell'esistenza di un provvedimento esecutivo di cumulo da parte del Pubblico Ministero, sospeso ai sensi del V comma dell'art. 656 c.p.p.

Come abbiamo accennato alla fine del precedente paragrafo, la Corte regolatrice ha giustificato il proprio *revirement* interpretativo sulla base di due argomenti, ma solamente dopo aver ricordato un dato pacifico: «la concreta ed immanente prospettiva di reimpatrio (sulla base di un valido provvedimento di espulsione, non contrastato da situazioni ostative alla medesima) è fonte giuridica e al contempo presupposto ontologico del trattenimento dello straniero». Ne consegue allora che un trattenimento di uno straniero presso un CPR può dirsi legittimo solo laddove vi sia una probabilità

²⁰ Cass. civ., Sez. I., Sentenza n. 20693 del 31 luglio 2019, richiamata anche dalla pronuncia in commento.

²¹ Il procedimento riguardava il rigetto di una richiesta di permesso di soggiorno temporaneo di una straniera già condannata in via definitiva.

di esecuzione del reimpatrio, «non potendo essere assegnate al trattenimento finalità diverse da quelle suddette ed in particolare finalità di contenimento della pericolosità sociale». Si può subito cogliere la rilevanza di questa premessa: ad opinione della I Sezione penale la sopravvenienza, dopo il provvedimento di espulsione, di un provvedimento di esecuzione della pena è da ritenersi una causa ostativa all'esecuzione dell'espulsione stessa. Ciò vale (ed è qui il cambio di orientamento), anche nel caso il cui il provvedimento di esecuzione venga sospeso dal Pubblico Ministero per dare al condannato la possibilità di richiedere una misura alternativa.

La Suprema Corte, sul punto, non lascia spazio all'interpretazione: lo straniero irregolare è portatore di un interesse ad accedere al percorso rieducativo, a prescindere dalla tipologia *intra* o *extra* muraria della misura, e «tale percorso rieducativo, una volta avviato, rende esistente un temporaneo e particolare titolo di permanenza sul territorio, che paralizza gli effetti del provvedimento di espulsione amministrativa». Ne discende che l'espulsione, seppur debba ritenersi formalmente valida, risulta concretamente improduttiva di effetti.

Passiamo ora all'analisi dei motivi che hanno portato la I Sezione penale a ritenere inapplicabile, in casi come quelli in esame, l'articolo 13, co. 3, del T.U. immigrazione – che, come abbiamo visto, la I Sezione civile aveva invece applicato. La soluzione è più semplice di quello che si potrebbe pensare: la disposizione citata non è applicabile nella fase della esecuzione penale, ma solamente in quella della cognizione (salvo deroghe sull'esecuzione di misure di sicurezza), e non c'è dubbio che nel caso di sospensione ex art. 656 cit. la fase di esecuzione debba ritenersi già aperta.

A dare supporto alla tesi appena esposta è proprio il testo della disposizione, e precisamente la parte in cui vengono indicate all'autorità giudiziaria le possibili ragioni ostative al rilascio del nulla-osta all'espulsione: «inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali». Dunque, l'articolo 13 del T.U. immigrazione vieta il rilascio del nulla-osta quando nella fase di cognizione si ritiene necessaria, «per fini ricostruttivi delle vicende fattuali oggetto del processo²²», la presenza dell'imputato sul territorio nazionale. Ed allora, sembra doversi condividere la tesi esposta dalla Corte di legittimità, per la quale la correlazione testuale tra il diniego del nulla-osta e le esigenze processuali è un chiaro indice dell'applicabilità dell'art. 13 cit. alla sola fase di cognizione del processo, e non anche a quella esecutiva. Insomma, più che un argomento letterale, una corretta interpretazione del testo di legge.

Come accennato, vi è un'ulteriore argomentazione spesa dalla Suprema Corte e che si fonda su un ragionamento a metà tra il teleologico ed il sistematico. Per comprenderlo al meglio si deve ricordare che l'articolo 656, co. 5 c.p.p. nasce come norma di favore per il reo, prevedendo la sospensione *ex lege* del titolo esecutivo nel caso in cui la pena risultante dall'ordine di esecuzione sia inferiore ai quattro anni – mentre, se la pena supera tale limite, il reo viene tradotto immediatamente in carcere, senza che abbia la possibilità di richiedere l'accesso ad una misura alternativa.

Dunque, applicando il principio di diritto espresso dalla Sentenza n. 36545 del 2023 ne deriverebbe che il cittadino straniero irregolare al quale viene notificato un titolo esecutivo per una pena superiore a quattro anni – o che si trova in una delle ipotesi derogatorie ex art. 656, co. 9 c.p.p.) – ha un titolo per restare in Italia, mentre colui al quale il titolo di esecuzione è stato sospeso può essere trattenuto in un CPR in vista dell'imminente espulsione. Evidenti le criticità di questo ragionamento: il libero-sospeso, che per definizione è «portatore di un minor livello di pericolosità rispetto al soggetto che rientra in una delle ipotesi derogatorie di non sospensibilità del titolo (per entità della pena superiore a quattro anni, per misura cautelare in atto o perché il titolo riguarda condotte di reato di particolari gravità)²³» risulterà più svantaggiato di colui che lo stesso legislatore ritiene più socialmente pericoloso. Con la conseguenza ulteriore di applicare *contra reum* una disciplina che nasce con chiari intenti favorevoli per il reo, ed in particolare con l'obiettivo di evitare il momentaneo ingresso in carcere di quelle persone che hanno diritto a restarne fuori, richiedendo l'accesso ad una misura alternativa.

²² Sentenza n. 1039 cit.

²³ *Ibidem*.

Dunque, considerato che (*repetita iuvant*) il trattenimento presso un CPR di una persona straniera irregolare può ritenersi legittimo solamente se c'è una concreta probabilità di esecuzione del reimpatrio, la non eseguibilità del provvedimento di espulsione (per le ragioni che abbiamo visto) «spezza il necessario nesso funzionale con il trattenimento», che non può quindi considerarsi legittimo.

5. Una lettura costituzionalmente orientata?

La sentenza analizzata sembra far riferimento ad un vero e proprio diritto alla rieducazione – o quantomeno, per essere più cauti, al fatto che la prevalenza delle finalità rieducative impone la permanenza dello straniero sul territorio –, diritto che il condannato va messo nelle condizioni di esercitare, non a beneficio della società (che non potrà vedere il reinserimento di una persona “rieducata”, dato che sarà molto probabilmente espulsa), ma nel proprio ed esclusivo interesse. Certo, è evidente anche a chi scrive che un simile ordine di idee cozza inevitabilmente con le difficoltà che soffre il sistema di esecuzione penale italiano, sia carcerario che extramurario, ma adottare una chiave di lettura che guarda alla rieducazione della pena in senso individualistico, e non social-utilitaristico, può essere d'aiuto nella risoluzione di alcuni problemi interpretativi, come quello che abbiamo esaminato.

Come già nel 2007 la Corte costituzionale, con la sentenza n. 78, ha riconosciuto che l'illegale permanenza sul territorio italiano non giustifica in alcun modo la radicale discriminazione del reo nell'accesso al percorso rieducativo, parimenti non può essere una ragione di disegualianza la condizione di “libero-sospeso”, peraltro non dipendente dal condannato e comunque espressiva, come abbiamo visto, di una minore pericolosità sociale. È difficile che una simile disparità di trattamento riesca a superare quel c.d. vaglio positivo di ragionevolezza che viene ormai da tempo applicato dalla Corte costituzionale – in luogo del tradizionale parametro della non manifesta irragionevolezza –, per valutare se vi sia stata una violazione dell'art. 3 Cost., specialmente laddove siano stati introdotti trattamenti diversificati e peggiorativi per alcune categorie di soggetti. Difatti, come già ha osservato la migliore dottrina²⁴, le “condizioni personali e sociali”, alle quali è senz'altro riconducibile lo *status* di cittadino o di straniero, sono uno dei sette parametrati esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3, che vieta in linea di principio ogni discriminazione suscettibile di incidere sui diritti fondamentali.

Si ritiene che la decisione in commento possa ascriversi a quel filone di sentenze, perlopiù costituzionali, che stanno progressivamente assegnando un valore sempre più rilevante alla finalità rieducativa della pena. È pur vero che da sempre la Consulta riconosce che l'articolo 27 Cost. assegna alla pena una pluralità di funzioni, ma sino ad almeno gli '90 la funzione rieducativa aveva una dignità nettamente inferiore di quella che le viene riconosciuta oggi. Ad esempio, nel 1974 la Corte ha affermato che «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena²⁵». Oppure nel 1989 ha ritenuto che non fosse possibile «delineare una statica, assoluta gerarchia²⁶» tra le molteplici finalità della pena, dovendo valutarsi caso per caso ed analizzando i diversi istituti di volta in volta rilevanti.

A ben vedere, è proprio di quegli anni la prima (ed allora isolata) pronuncia²⁷ in cui si è riconosciuto un vero e proprio diritto alla rieducazione, e si vede nel recupero sociale del condannato il «fine ultimo e risolutivo della pena»²⁸. Comunque, si dovranno aspettare gli anni 2000 per vedere

²⁴ F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2010, pp. 3017-3030, scritto al quale si rinvia per una più precisa analisi della questione e nel quale l'autore auspica che il vaglio positivo di ragionevolezza sia utilizzato per tutte le scelte legislative in materia penale, considerato che la pena detentiva incide su uno dei più importanti diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

²⁵ Corte cost., Sentenza n. 264 del 21/11/1974.

²⁶ Corte cost., Sentenza n. 282 del 17/05/1989.

²⁷ Corte cost., Sentenza n. 204 del 27/06/1974.

²⁸ Si pensi che secondo una certa tesi, brillantemente sostenuta da M. RUOTOLO [*Per una cultura costituzionale della pena*, in *Federalismi.it* (online), 24/2023, pp. 4-10], al raggiungimento del *fine della pena*, ossia la rieducazione, deve poter corrispondere la *fine della pena*, anche anticipatamente rispetto a quella comminata

riconosciuta alla finalità rieducativa un ruolo, se non di impareggiabile importanza, quantomeno di presunta prevalenza. Ad esempio, nella già citata Sentenza n. 78 del 2007, la Consulta ha censurato un automatismo che finiva per accomunare irragionevolmente situazioni soggettive molto eterogenee, ritenendo che «l'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa²⁹».

Possiamo oramai dare per assodato il fatto che il finalismo rieducativo non solo si erge a principio che «connota ontologicamente la pena», ma è un «argine all'opzione repressiva, che mai potrà relegare nell'ombra la finalità rieducativa della pena, non solo perché l'unica espressamente prevista in Costituzione, ma in quanto [...] portato specifico del principio personalista e di pari dignità³⁰». Non si deve dimenticare infatti che il trattenimento nei CPR implica un assoggettamento fisico all'altrui potere, che incide legittimamente sulla libertà personale, ma che non può ledere la libertà della persona. Quest'ultimo è un bene che non può mai messo essere in discussione, nemmeno nei casi in cui sia legittimata una riduzione della libertà personale. Come sostiene una certa dottrina, la Costituzione prevede l'intangibilità della dignità sociale, laddove con il termine "sociale" si rinvia proprio all'esigenza di rimuovere quegli ostacoli che creano diseguaglianza e che spesso creano proprio quel contesto che spinge certe persone a commettere dei reati³¹. La finalità rieducativa ha come scopo proprio questo: rimuovere, oramai con colpevole ritardo, alcuni fattori che hanno indotto la persona a delinquere.

Nonostante simile dichiarazione di intenti, sono diversi i giuristi che ritengono che il sistema penitenziario italiano si sia trasformato in un mero strumento di momentaneo contenimento di alcune categorie di soggetti. Il meccanismo dell'espulsione, soprattutto a seguito delle modifiche intervenute nel 2023, fa un passo ulteriore verso (*rectius*: oltre) questa direzione: «si trasforma in uno strumento fisiologico e obbligatorio di neutralizzazione della pericolosità sociale dello straniero³²», strumento che, calato nel contesto oggi in esame, scavalca a piè pari la finalità rieducativa della pena in nome della tutela della sicurezza dello Stato (come se la stessa potesse essere messa in pericolo dalla presenza di uno straniero irregolare durante il periodo di esecuzione della pena). Tutto ciò, si tiene a precisarlo, accade nonostante il chiaro monito che la Corte costituzionale aveva dato al legislatore e all'interprete con la più volte citata sent. n. 78: «le esigenze di difesa sociale - ancorché rilevanti sul piano costituzionale, perché sottese alla regolamentazione dei flussi migratori - [non possono] annullare la finalità rieducativa della pena».

La sentenza commentata ribadisce allora la prevalenza della finalità rieducativa della pena – messa invece in secondo piano dalla Cassazione civile nel 2023 –, ovvero il diritto del condannato ad accedere ad un percorso che possa, per l'appunto, rieducarlo. Certo, vi sono evidenti difficoltà insite nella predisposizione di un percorso rieducativo di una persona che, una volta espulsa la pena, quasi sicuramente sarà comunque espulsa³³, come anche gli obiettivi rieducativi sono spesso compromessi dalla difficoltà di garantire al cittadino straniero in modo effettivo quel trattamento individualizzato previsto dall'art. 15 della l. 354 del 1975, dati i fattori linguistici, culturali, religiosi e sociali³⁴, ma queste sono tutte considerazioni di cui dovrebbe tener conto il legislatore, non potendovi le Corti di giustizia porvi rimedio da sole. Non si può dimenticare, infatti, che «la criminalità è un fenomeno sociale. Ne consegue il dovere di tener conto e farsi carico della corresponsabilità della società nello sviluppo della devianza. Postuliamo giustamente che la responsabilità penale è personale, ma non

dal giudice. Compito certamente difficile, ma che secondo l'autore ci è assegnato dalla Costituzione, che ci induce a guardare al percorso di esecuzione penale nella «dimensione del *domani* e del *fuori*, non in quella dell'*oggi* e del *dentro*».

²⁹ Per una più compiuta analisi sul percorso evolutivo della funzione rieducativa della pena si veda S. MAGNANENSI e E. RISPOLI (a cura di), op. cit.

³⁰ M. RUOTOLO, op. cit.

³¹ M. RUOTOLO, op. cit., anche in commento agli scritti di Gaetano Silvestri.

³² M. PISATI, op. cit.

³³ Sul punto, si rinvia agli scritti di F. VIGANÒ, sia nell'op. cit., che in *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2010, pp. 13-36.

³⁴ In questi termini, M. PISATI, op. cit.

possiamo ignorare che le forme della criminalità sono sempre legate alla struttura della società. Per questo, le politiche sociali hanno più importanza e sono più efficaci delle politiche penali³⁵».

Ed allora, se così stanno le cose, non possiamo che accogliere con favore una pronuncia che, sulla base del principio della funzione rieducativa della pena (e segnatamente della sua prevalenza sulle altre funzioni che svolge la pena), riconosce il diritto del condannato straniero a permanere sul territorio nazionale durante l'espiazione della condanna, anche se svolta in forma extramuraria, ribaltando un orientamento giurisprudenziale che presentava diversi profili di frizione con i principi costituzionali. Non a caso abbiamo introdotto il concetto di interpretazione costituzionalmente orientata: l'orientamento censurato era esposto al rischio di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, al pari del precedente oggetto della Sentenza n. 78/2007 della Corte costituzionale.

³⁵ D. IPPOLITO, *L'umanesimo penale tra passato e presente*, in questa rivista, 28/04/2025, link: <https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-umanesimo-penale-tra-passato-e-presente>.