

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2026

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA EMESSA IL 9 GENNAIO 2026 DALLA CORTE DI CASSAZIONE, 1^a SEZIONE PENALE, N. 52/2026 SULLA ESPELLIBILITÀ DELLO STRANIERO IRREGOLARE A SEGUITO DELLA PRESENTAZIONE DI ISTANZA DI CONCESSIONE DI MISURA ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE IN CARCERE

di Gianluca De Giuli

Abstract: *Il contributo analizza la sentenza n. 52/2026 della Corte di cassazione, 1^a sezione penale, depositata il 12 gennaio 2026, che affronta il tema dell'eseguibilità del decreto espulsivo ex art. 13 d.lgs. 286/1998 nella fase esecutiva della pena detentiva (par. 1). Dopo aver riportato la frammentaria disciplina normativa che regola i rapporti fra espulsione amministrativa e procedimento penale (par. 2), si illustra la tesi interpretativa seguita dalle sezioni civili che subordina la sospensione dell'espulsione all'effettiva espiazione della pena (par. 3). Si esamina quindi la portata innovativa della pronuncia delle sezioni penali che, valorizzando i principi costituzionali di eguaglianza, ragionevolezza e funzione rieducativa della pena, supera tale impostazione ed afferma che la sospensione temporanea degli effetti del decreto espulsivo opera già a seguito della presentazione dell'istanza di concessione di misura alternativa alla detenzione (par. 4).*

Abstract: *This paper analyses judgment no. 52/2026 of the Italian Supreme Court of cassation, 1st Criminal Section, filed on 12 January 2026, which addresses the enforceability of an expulsion order under Art. 13 of Legislative Decree 286/1998 during the enforcement phase of a custodial sentence (para. 1). After outlining the limited legal framework governing the relationship between administrative expulsion and criminal proceedings (para. 2), it illustrates the interpretative stance taken by the Civil Sections, which conditioned the suspension of expulsion on the actual serving of the sentence (para. 3). Finally, it examines the innovative scope of the Criminal Sections' ruling which - by upholding the constitutional principles of equality, reasonableness, and the rehabilitative function of punishment - rejects the civil sections' approach and asserts that the temporary suspension of the effects of the expulsion order already takes effect upon the filing of the request for an alternative measure to detention (para. 4).*

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA EMESSA IL 9 GENNAIO 2026 DALLA CORTE DI CASSAZIONE, 1^a SEZIONE PENALE, N. 52/2026 SULLA ESPELLIBILITÀ DELLO STRANIERO IRREGOLARE A SEGUITO DELLA PRESENTAZIONE DI ISTANZA DI CONCESSIONE DI MISURA ALTERNATIVA ALLA DETENZIONE IN CARCERE

di Gianluca De Giuli*

SOMMARIO: 1. La decisione. – 2. Il quadro normativo. – 3. Il precedente orientamento giurisprudenziale. – 4. La portata della decisione.

1. La decisione

Con sentenza n. 52/2026 del 9 gennaio 2026, depositata il 12 gennaio 2026, la Corte di Cassazione, 1^a sezione penale, ha affermato un principio di particolare rilievo sistematico in materia di rapporti fra esecuzione penale ed espulsione amministrativa dello straniero.

Secondo la Corte, «*l'apertura della fase esecutiva in senso proprio*» della condanna a pena detentiva – che si verifica non solo con l'ingresso in carcere o con l'ammissione ad una misura alternativa alla detenzione ma anche con la presentazione della relativa istanza, sino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza – rende temporaneamente non eseguibile il decreto di espulsione amministrativa di cui all'art. 13 d.lgs. 286/1998 (Testo unico immigrazione, cd. TUI).

Tale effetto sospensivo paralizza, conseguentemente, il trattenimento amministrativo, venendo meno il necessario nesso funzionale tra quest'ultimo e l'espulsione coattiva.

Nel caso di specie, la Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi, a seguito della nuova attribuzione di competenza operata dalla legge n. 187 del 9 dicembre 2024¹, sulla legittimità del decreto con cui la Corte d'appello di Ancona aveva convalidato il trattenimento presso un Centro per il rimpatrio, disposto dal questore di Fermo ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 142/2015, di un cittadino straniero richiedente protezione internazionale.

Contestualmente al decreto espulsivo e all'ordine di trattenimento, allo straniero era stato notificato un provvedimento di esecuzione di cumulo pene pari ad anni 3 e mesi 11 di reclusione, emesso dalla Procura della Repubblica di Busto Arsizio, con contestuale decreto di sospensione ex art. 656, co. 5, c.p.p.

Le sezioni penali, annullando senza rinvio la decisione di convalida impugnata, hanno superato in modo apprezzabile, per come meglio si vedrà in seguito, il precedente orientamento espresso dalle sezioni civili della Suprema Corte, colmando un rilevante vuoto normativo.

* Avvocato del Foro di Torino.

1. Legge di conversione, con modifiche, del d.l. 11.10.2024, n. 145, ed abrogazione, previa "confluenza", del d.l. 23 ottobre 2024, n. 158.

2. Il quadro normativo

La questione esaminata dalla Suprema Corte si colloca, infatti, in un quadro normativo lacunoso, nel quale i rapporti fra espulsione amministrativa e procedimento penale risultano regolati quasi esclusivamente dalla scarsa previsione di cui all'art. 13, co. 3, d.lgs. 286/1998.

Tale disposizione, dopo aver sancito l'immediata esecutività del decreto di espulsione amministrativa, si limita a disporre che *«[q]uando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il questore, prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di 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.»*.

I successivi periodi delineano, poi, un meccanismo di silenzio-assenso per il rilascio del suddetto nulla osta che *«si intende concesso qualora l'autorità giudiziaria non provveda entro sette giorni dalla data di ricevimento della richiesta»* avanzata dal questore e precisano che durante suddetto termine questi *«può adottare la misura del trattenimento presso un Centro di permanenza temporanea, ai sensi dell'articolo 14.»*

Per esigenze deflattive del processo, il comma 3-*quater* dell'art. 13 dispone che in caso di espulsione dell'imputato il giudice possa, in taluni casi, pronunciare sentenza di non luogo a procedere, mentre l'interesse dell'espulso all'esercizio del proprio diritto di difesa viene contemplato dall'autorizzazione al rientro di cui all'art. 17 del medesimo decreto legislativo.

Nulla, invece, è espressamente previsto per l'ipotesi, centrale nella decisione in commento, in cui il procedimento penale sia ormai definito con sentenza irrevocabile e si sia aperta la fase esecutiva della pena, seppur in forma sospesa *ex art. 656, co. 5, c.p.p.*

3. Il precedente orientamento giurisprudenziale

L'assenza di una disciplina positiva ha determinato, nel tempo, un andamento oscillante dell'elaborazione giurisprudenziale.

Il presupposto condiviso dall'interprete era, in ogni caso, quello per cui in sede esecutiva, diversamente da quanto previsto nella fase cognitiva ove la *«disciplina speciale privilegia (almeno in linea tendenziale) l'esecuzione del provvedimento di espulsione rispetto all'esigenza di celebrazione del procedimento penale»*², l'espiazione della pena prevale sull'espulsione, determinandone la sospensione.

Tale principio operava pacificamente, a partire dai primi anni 2000, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (SU civ., sent. n. 14500 del 28 marzo 2006) e dalla Corte costituzionale (sent. n. 78 del 5 marzo 2007)³, sia nell'ipotesi di esecuzione della pena in carcere sia in quella di esecuzione all'esterno.

I giudici hanno infatti categoricamente escluso la possibilità di creare per gli stranieri privi di titolo di soggiorno *«un regime penitenziario speciale, impermeabile ai principi di eguaglianza e di finalità rieducativa della pena»*.

2. Cfr. Diritto penale dell'immigrazione, S. Zirulia, L. Masera, A. Natale e G. Savio - Pratica giuridica, Milano, Giuffrè ed. 2025, p. 482.

3. Con tale pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento penitenziario ove interpretate nel senso di escludere in modo automatico gli stranieri irregolari dall'accesso alle misure alternative alla detenzione.

In particolare, secondo la Corte costituzionale non può attribuirsi all'espulsione prevista dall'art. 16, co. 5, TUI⁴ il valore di regola generale per l'esecuzione delle pene detentive brevi nei confronti dello straniero irregolare, in ragione della sua applicazione limitata, della natura amministrativa della misura, estranea alle garanzie proprie della pena, e della sua finalità meramente deflattiva del sistema carcerario, distinta da quella perseguita dalle misure alternative disciplinate dalla legge sull'ordinamento penitenziario.

L'interprete delle leggi ha inoltre precisato che è irragionevole subordinare l'accesso alle misure alternative alla sola regolarità del soggiorno, trattandosi di una condizione che non è di per sé indicativa né di una maggiore pericolosità sociale né dell'assenza di un effettivo legame con il territorio.

Infine, è stato chiarito che non è illogico consentire l'esecuzione della pena al di fuori del carcere nonostante l'irregolarità del soggiorno, poiché è proprio l'esecuzione penale e, nel caso specifico, il provvedimento del Tribunale di Sorveglianza che concede la misura alternativa, a costituire il 'titolo' idoneo a sospendere l'espulsione ed a legittimare la permanenza dello straniero sul territorio nazionale per tutta la durata della misura.

Il dibattito interpretativo si è quindi spostato alla fase antecedente alla materiale espiazione della pena.

L'orientamento predominante seguito dalla 1^a sezione civile della Corte di cassazione – espresso, tra le altre, dalla sentenza n. 36545 del 13 ottobre 2023 (richiamato nella decisione annullata dalle sezioni penali) e successivamente confermato dalle pronunce n. 3938/2025 e n. 23018/2025 – ritiene che l'ordine di carcerazione a pena sospesa non incida sul potere prefettizio di emettere il decreto di espulsione, né sulla sua efficacia.

Secondo tale impostazione, solo la materiale espiazione della pena, anche in forma alternativa, costituisce causa temporanea di ineseguibilità dell'espulsione; le altre ipotesi continuano ad essere regolate dall'art. 13, co. 3, TUI, mediante il meccanismo del nulla osta giudiziario, la cui omissione, per giurisprudenza costante⁵, si ricorda, incide unicamente sulla regolarità dell'esecuzione coattiva (paralizzandola) ma non sulla legittimità del provvedimento espulsivo.

A sostegno di tale impostazione le sezioni civili richiamano, da un lato, l'assenza di una espressa ipotesi di inespellibilità fondata sul diritto del condannato a permanere in Italia per l'esecuzione della pena e, dall'altro, l'art. 13 citato che consente l'espulsione anche in pendenza di un procedimento penale, previa acquisizione del nulla osta dell'autorità giudiziaria, ritenuto ancora richiedibile dal questore e idoneo a legittimare il trattenimento.

Si tratta, tuttavia, di filone interpretativo connotato da diversi arresti della giurisprudenza di merito e che non pare adeguatamente rispettoso dei principi di pari dignità umana e ragionevolezza valorizzati nella sentenza 78/2007 della Corte costituzionale, anche alla luce delle implicazioni sulla sfera personale connesse alla perdurante efficacia del decreto espulsivo in tali circostanze.

4. Per cui «*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 di condanna per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del presente testo unico, ovvero per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, terzo comma e 629, secondo comma, del codice penale. In caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espia la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono.*».

5. Cfr., *ex multis*, Cass. civile, sez. 1, sentenza n. 2612 del 4.2.2010 e Cass. civ., sez. I, 31.7.2019, n. 20693.

4. La portata della decisione

La sentenza in commento si colloca consapevolmente in continuità con tali principi costituzionali e segna un netto cambio di rotta nella giurisprudenza di legittimità.

Le sezioni penali osservano, in primo luogo, che il trattenimento amministrativo, anche del richiedente asilo, costituisce una restrizione della libertà personale meramente strumentale all'espulsione, priva di qualsiasi funzione di contenimento della pericolosità sociale.

Risulta, pertanto, irragionevole consentire il trattenimento dello straniero che, avendo presentato istanza di misura alternativa, è qualificabile come "libero sospeso" e, dunque, *«per definizione 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 particolare gravità).»*.

Inoltre, la Corte chiarisce che l'istituto del nulla osta di cui all'art. 13, co. 3, TUI è, a ben vedere, strutturalmente riferito alla fase della cognizione e non può essere esteso alla fase esecutiva della pena, nella quale viene meno qualsiasi esigenza di presenza dell'imputato ai fini dell'accertamento della responsabilità penale.

Dopo la sentenza definitiva e l'apertura dell'esecuzione penale non vi è infatti spazio per un meccanismo di contemperamento tra esigenze processuali ed espulsione⁶.

Ne deriva che già con l'emissione dell'ordine di carcerazione a pena sospesa può dirsi aperta la fase esecutiva in senso proprio, con conseguente sospensione dell'efficacia del decreto di espulsione sino alla definizione del procedimento di sorveglianza.

La soluzione adottata assume una rilevanza significativa: consente allo straniero irregolare di partecipare all'udienza avanti al giudice di sorveglianza, senza incidere sulla sospensione dell'ordine di carcerazione.

In tal modo, evita discriminazioni fondate sui tempi, spesso dilatati, della giustizia di sorveglianza, impedendo che ritardi non imputabili al condannato compromettano l'accesso al percorso rieducativo, nonché irrazionali differenze di trattamento fra la posizione dello straniero "libero sospeso" e di quello che, maggiormente pericoloso, non può beneficiare della sospensione dell'ordine di carcerazione e per tale motivo si trova in carcere.

In tal senso, la decisione si configura come un'interpretazione della normativa coerente con i principi di pari dignità della persona e con la funzione rieducativa della pena, colmando le lacune della materia.

La rilevanza della questione è tutt'altro che teorica. Nella prassi, infatti, l'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei "liberi sospesi" è frequentemente differita nel tempo, anche per più anni, tra la presentazione dell'istanza di misura alternativa e la decisione del Tribunale di Sorveglianza. In questo lasso temporale, l'opzione interpretativa accolta dalle sezioni penali della Suprema Corte evita dunque che ritardi strutturali del sistema incidano

6. Con le parole delle sezioni penali, dall'esame letterale della disposizione *«si desume che il nulla-osta va negato quando nel giudizio in corso (fase cognitiva) risulta necessaria la presenza del soggetto imputato per fini ricostruttivi delle vicende fattuali oggetto del processo (e del resto la avvenuta espulsione post nulla osta concretizza una ipotesi di emissione di sentenza di non luogo a procedere, se non è ancora stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio).»*. E ciò *«rende, di contro, evidente che dopo la decisione definitiva e dopo l'apertura della fase esecutiva in senso proprio non vi è spazio per l'istituto del nulla-osta, che pertanto non può svolgere quella funzione di "contemperamento" tra opposte esigenze ipotizzata nella decisione da cui si dissente.»*.

in modo irragionevole sulla posizione del condannato, assicurando coerenza al sistema esecutivo e tutela effettiva dei diritti coinvolti.