

Indice

# IL TRAFFICO DI MIGRANTI

*Diritti, tutele, criminalizzazione*

a cura di

VINCENZO MILITELLO e ALESSANDRO SPENA



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0138-8

*Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze giuridiche, della società e dello sport dell'Università degli studi di Palermo – Fondi di ricerca scientifica FFR 2012 (Reati transnazionali ed esigenze di cooperazione giudiziaria) – Responsabile scientifico Prof. Vincenzo Militello.*

*Composizione:* CDR - Sistemi stampa di Maria Angela Roviera - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*Il traffico e la tratta di esseri umani*

Calogero Ferrara

*La política criminal en materia de migración en España y en Europa:  
¿Tráfico ilícito de migrantes o inmigración ilegal?*

Teresa Aguado Correa

### PARTE III

## CRIMINALIZZAZIONE DEI MIGRANTI

*La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*

Gian Luigi Gatta

*The criminalisation of irregular migration in the European Union*

Mark Provera

*I centri di identificazione ed espulsione come strumento di governo della pericolosità sociale*

Giuseppe Campesi

*Quali alternative alla "detenzione" nei centri di accoglienza?*

Annalisa Mangiaracina

*L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*

Licia Siracusa

*Condotte dei migranti tra rigori normativi e giurisprudenza costituzionale ed europea. Il ruolo dell'interpretazione*

Ignazio Pardo, Cristina Ingrao

*Gli stranieri e il carcere tra indici di criminalità e fattori di criminalizzazione*

Marco Manno

*Integrazione attraverso il diritto penale? Dal migrante autore di reato al migrante vittima del sistema*

Rosaria Crupi

# L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico

Licia Siracusa \*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il polimorfismo della misura dell'espulsione dello straniero. – 3. L'espulsione come sanzione amministrativa. – 4. L'espulsione come sanzione sostitutiva e come misura di sicurezza. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

In ambito italiano, la riflessione sociologica e penalistica sui complessi rapporti tra diritto penale e fenomeno migratorio si è in prevalenza sviluppata – e anche a ragione – intorno a due ordini di questioni: il problema della *criminalizzazione* delle condotte migratorie e delle interrelazioni tra *sicurezza e migrazione*<sup>1</sup>, da un lato, e dall'altro lato, la dubbia costituzionalità delle incriminazioni di comportamenti di mero ingresso o soggiorno illegale dello straniero nel territorio nazionale<sup>2</sup>.

Si tratta, come è evidente, di temi cruciali, certo non trascurabili nel contesto di un'analisi critica sulle cause che hanno originato le risposte degli ordinamenti occidentali al fenomeno delle migrazioni. Tra queste, va senza dubbio annoverata la difficoltà avvertita dagli stati di gestire le tensioni sociali (in parte fondate, in parte artificiosa-

---

\* Ricercatore di Diritto penale, Università di Palermo.

<sup>1</sup> Tra gli altri, A. DAL LAGO, *La tautologia della paura*, in *Rass. it. soc.*, 1999, p. 5 ss.; G. CAMPESI, *Migrazioni, sicurezza, confini nella teoria sociale contemporanea*, in *Studi sulla questione criminale*, 2012, p. 7 ss.; V. FERRARIS, *Immigrazione e criminalità*, Roma, 2012; M. BARBAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, Bologna, 2008; D. MELOSSI, *La criminalizzazione del migrante*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 7 ss.

<sup>2</sup> Per un elenco di certo non esaustivo dell'ormai sterminata letteratura penalistica in materia, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 101 ss.; E. ROSI, F. ROCCHI (cur.), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013; R. CRUPI, *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in G. VERDE, A. GENNA (cur.), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, p. 287 ss.; nello stesso volume, M. LA ROSA, *"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale*, p. 311 ss.; ID., *I "Crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 407 ss.; A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006; ID., *Irregolari, criminali, nemici: note sul "diritto speciale" dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 45 ss.; ID., *Diseguali, illegali, criminali*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 1 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 17 ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 ss.; M. PELISSERO, *Immigrazione e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2011, p. 21 ss.

mente ingigantite dalla cassa di risonanza dei mass media) innescate dalle grandi migrazioni e di dare soluzioni adeguate alle insistenti richieste sociali di sicurezza che ne sono derivate<sup>3</sup>.

Sicché, qualunque studio sul diritto penale e l'immigrazione deve necessariamente fare i conti con le spinte criminalizzanti scatenate dall'insicurezza, senza al contempo tralasciare una puntuale verifica del modo in cui le soluzioni punitive approntate a loro volta refluiscono sul senso collettivo di insicurezza, eventualmente inducendo nuove spinte criminalizzanti; in un circolo vizioso in cui le une finiscono con l'alimentare l'altro e viceversa, quasi senza soluzione di continuità.

Se l'allarme sociale generato dal problema migratorio è stato dunque all'origine dell'instaurarsi di un approccio di tipo essenzialmente punitivo al fenomeno, le istanze repressive hanno a loro volta comportato un progressivo passaggio della regolamentazione della condizione del migrante dal diritto amministrativo al diritto penale<sup>4</sup> (o punitivo in senso lato), i cui strumenti sono sembrati più adatti di quelli di altri settori dell'ordinamento a regolare la materia, in quanto capaci di assicurare – almeno in apparenza – un pieno “controllo” dei potenziali pericoli collegati al fenomeno<sup>5</sup>.

Ne è così derivata una disciplina giuridica in gran parte ispirata al contenimento dei potenziali rischi collegati alla figura del migrante non regolare, né regolarizzabile. E nella prospettiva della prevenzione massima verso cui tale disciplina si è orientata, si è altresì insinuata l'idea di un possibile asservimento del diritto alla logica efficientista dell'adeguatezza del mezzo usato rispetto allo scopo dell'azzeramento dei suddetti rischi; anche a costo che ciò potesse produrre un sostanziale svilimento, e talora anche il totale dissolvimento, delle garanzie connesse alla diversa qualificazione giuridica degli istituti impiegati<sup>6</sup>.

Ebbene, lasciando sullo sfondo le più ampie e complesse tematiche sopra brevemente indicate, e riguardanti i rapporti tra sicurezza, immigrazione e diritto penale, il *focus* del mio contributo si concentrerà esclusivamente sull'istituto dell'espulsione del-

---

<sup>3</sup> Il valore della sicurezza ha acquisito una tale centralità nei moderni ordinamenti giuridici che oggi ci si interroga non più tanto sulla legittimità dell'opzione di attribuirgli piena cittadinanza nel novero dei valori giuridicamente tutelabili, quanto piuttosto sul modo di declinarla nel quadro degli altri valori fondamentali dello Stato di diritto, come la libertà e l'uguaglianza. Sul tema, di recente, C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà*, Padova, 2012.

<sup>4</sup> Si tratta del fenomeno di fusione tra il diritto dell'immigrazione e il diritto penale denominato «*crimmigration*» da J. STUMPF, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss.

<sup>5</sup> La sorveglianza del migrante pericoloso è divenuta il primo e più importante obiettivo da perseguire, anche a costo di violare qualunque libertà fondamentale dello straniero. Come evidenziato da S. CARRERA, *Towards a Common European Border Service?*, CEPS Working Document n. 331/June 2010, p. 10.

Più in generale, il fenomeno della criminalizzazione delle condotte del migrante viene comunemente ritenuto un esempio emblematico della c.d. “cultura del controllo” tanto efficacemente descritta da D. GARLAND, *The culture of control: Crime and Social Order in a Contemporary Society*, Chicago, 2002.

<sup>6</sup> Efficace la nozione di “*ad hoc instrumentalism*” coniata da A. SKLANSKY, *Crime Immigration and Ad Hoc Instrumentalism*, in *New Criminal Law Review*, 2012, p. 161 e 162, per indicare la pratica di impiegare nel contrasto all'immigrazione gli istituti del diritto in termini prevalentemente funzionalistici, ossia in chiave di efficacia degli stessi in relazione allo scopo perseguito, ed anche a discapito delle categorie giuridiche formali. Tale pratica prediligerebbe un approccio di tipo casistico in cui le regole del diritto, così come gli strumenti giuridici in generale, diventano flessibili ed intercambiabili e possono variare al variare delle esigenze concrete, ove ciò risulti necessario per il conseguimento dell'obiettivo prescelto.

lo straniero che nel Testo Unico sull'immigrazione riceve una tale proteiforme collocazione da porsi come esempio paradigmatico della dimensione "spuria" assunta dalla normativa sui migranti, in conseguenza della preferenza accordata proprio all'impostazione di tipo "funzionalista", poc'anzi richiamata.

L'espulsione dello straniero irregolare costituisce in effetti l'espressione più evidente della tendenza predominante in materia di immigrazione ad assoggettare il diritto – non solo penale – ad una visione di stampo "manageriale"<sup>7</sup>, in cui ogni risorsa messa a disposizione dai vari settori dell'ordinamento giuridico viene adoperata nella direzione di conseguire il risultato prefissato; anche al prezzo, se necessario, della deviazione dai principi fondamentali che un tale uso strumentale può provocare.

Nel caso della regolamentazione dell'immigrazione il fine prescelto consiste appunto nell'allontanamento del migrante dai confini nazionali; come si vedrà, l'intera legislazione in materia è inequivocabilmente concepita allo scopo di realizzare tale obiettivo<sup>8</sup>. Di qui, l'evidente centralità rivestita dalla misura dell'espulsione, il cui ruolo decisivo trova sicura conferma sia nell'impianto complessivo della normativa nazionale ed europea, sia nell'approccio "soft" ad essa riservato dalla Corte Costituzionale e dalle Corti europee.

Quanto al profilo legislativo, basti considerare l'uso ricorrente della misura nel TUIMM e nella Direttiva rimpatri<sup>9</sup> ove è ad essa attribuito ampio spazio in ogni momento e ad ogni livello tanto del procedimento amministrativo di gestione dello straniero, quanto degli eventuali correlati procedimenti penali.

Con riguardo invece al "salvataggio" della stessa operato da parte delle consulta e delle Corti sovranazionali, non vi è che da considerare come la necessità di rafforzare e favorire le procedure di rimpatrio/espulsione – coatto o volontario – del migrante non sia stata mai messa in discussione dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia UE; contrariamente a quanto accaduto per altri profili e per altre disposizioni della disciplina, nei cui confronti invece le suddette corti non hanno mancato di esprimere pesanti censure<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> L'espressione "approccio manageriale" riferita al diritto penale dell'immigrato è di A. ALIVERTI, *Crimes of Mobility*, Oxford, 2013, p. 145 e 146.

<sup>8</sup> Così, per esempio, anche nei Paesi Bassi, ove l'espulsione è pensata come imprescindibile azione di chiusura per un'efficace politica restrittiva in materia di immigrazione, M.A.H. VAN DER WOUDE, J.P. VAN DER LEUN, J. ANNE, A. NIJLAND, *Criminalization in the Netherlands*, in *Law and Social Inquiry*, 2014, p. 12.

<sup>9</sup> Direttiva 2008/115/CE.

<sup>10</sup> Con riguardo alla giurisprudenza costituzionale, si vedano, tra le altre, le seguenti pronunce: Corte cost., 8 luglio 2010, n. 24 che ha dichiarato l'illegittimità della aggravante della clandestinità in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017, con nota di F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?* (tra i numerosi commenti alla pronuncia, G.L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, cit., p. 713 ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1634 ss.; L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit., p. 1373 ss. M. LA ROSA, *I "crimini contro l'ospitalità": vecchi e nuovi paradigmi di diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 446-451; ID., *"Clandestinità" e profili di illegittimità costituzionale*, in G. VERDE, A. GENNA (cur.), *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, cit., p. 313 ss.; L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, *La Corte Costituzionale dichiara illegittima la c.d. aggravante di clandestinità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1177); Corte cost., 8-15 luglio 2004, n. 223 che ha dichiarato illegittima la norma che prevedeva l'arresto obbligatorio in relazione alla contravvenzione di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3990, con nota di E. GALLUCCI, *Illegittima previsione dell'arresto da parte della polizia giu-*

In effetti, quando è stata chiamata a pronunciarsi sull'ibridazione subita dall'istituto nella legislazione in materia di immigrazione, la Corte Costituzionale ne ha sovente ribadito la piena legittimità, talora addirittura attribuendogli una qualificazione giuridica ancora diversa rispetto a quella pertinente al *nomen iuris* di volta in volta assegnatogli. Ciò ha impedito di estendere allo straniero destinatario della misura in esame una serie di garanzie penalistiche – sostanziali e processuali – che ove riconosciute, avrebbero invero potuto costituire un ostacolo insuperabile al conseguimento dell'esito inevitabile della sua espulsione dal territorio nazionale.

Infine, laddove l'istituto dell'espulsione nelle sue diverse forme ha goduto di letture costituzionalmente orientate in sede applicativa, si è trattato sovente di interpretazioni volte ad estenderne, piuttosto che a restringerne, l'ambito di operatività<sup>11</sup>.

Né un argine al polimorfismo della misura è provenuto dall'adeguamento del diritto interno alla Direttiva rimpatri<sup>12</sup>, dato che quest'ultima condivide con la normativa nazionale la medesima impostazione di tipo "strumentale" o "ancillare", incentrata su una sostanziale subalternità dei diversi istituti giuridici rispetto al risultato finale del rimpatrio, coatto o volontario dello straniero<sup>13</sup>.

---

*diziaria dell'autore di contravvenzioni e in Dir. pen. proc.*, 2005, p. 299, con nota di E. CALCAGNO, *Permanenza illecita nel territorio dello Stato: illegittimità costituzionale e limiti applicativi*.

Per quanto concerne invece la giurisprudenza delle corti europee, il riferimento è alle note pronunce: CGUE 28 aprile 2011, causa C-61/2011, *El Dridi* (per un commento della sentenza, si leggano, tra gli altri, C. FAVILLI, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 904 ss.; L. MASERA, F. VIGANÒ, *Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi e sul suo impatto nell'ordinamento penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1425 ss.; A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1490) e CGUE 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor* (si leggano i commenti di F. VIGANÒ, *La Corte di giustizia UE su articolo 10 bis t.u. immigrazione e direttiva rimpatri* e di L. MASERA, *Art. 10 bis e direttiva rimpatri dopo la sentenza Sagor della Corte di Giustizia*, entrambi in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

<sup>11</sup> Per un'approfondita ricostruzione delle dinamiche attraverso cui gli organi giudicanti e più in generale gli interpreti concorrono in sede applicativa ad adeguare il diritto penale dell'immigrato ai principi costituzionali, R. CRUPI, *Trattamento differenziato italiani e stranieri. Crisi del principio di eguaglianza e strumenti penali per l'integrazione*, Paper, Workshop "La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale", Modena, 27-28 novembre 2014.

<sup>12</sup> Direttiva 2008/115/CE la quale per vero costituisce il risultato di una politica europea che in materia di immigrazione si è sviluppata in modo ambivalente. Da un lato infatti, l'Ue ha contribuito ad attenuare il rigore repressivo delle normative penali nazionali sull'immigrazione escludendo la possibilità di impiegare la pena detentiva come sanzione per l'ingresso o il soggiorno illegali (caso *El Dridi*); dall'altro lato però, la creazione di uno spazio interno senza frontiere tra stati ha obbligato la stessa Ue ad adottare strategie di controllo del migrante, in chiave securitaria, incentrate sul largo ricorso a misure espulsive o a forme di detenzione amministrativa nei confronti degli stranieri irregolari.

Negli stessi termini, ma con particolare riferimento alla situazione olandese, anche M.A.H. VAN DER WOUDE, J.P. VAN DER LEUN, J. ANNE, A. NIJLAND, *Crimmigration in the Netherlands*, cit. p. 15.

<sup>13</sup> La centralità del sistema del rimpatrio nell'ambito della disciplina giuridica delle immigrazioni ha trovato un'ulteriore conferma nel diritto di fonte europea, il quale in questa materia, al contrario che altrove, ha costantemente mostrato i medesimi "lati oscuri" del diritto di fonte nazionale.

Non a caso infatti, laddove è stata invocata per mitigare i profili di irrazionalità della disciplina penale italiana a carico del migrante, la direttiva rimpatri non soltanto non è servita a innescare modifiche radicali all'impianto complessivo del TUIMM, ma al contrario ha indotto ritocchi esclusivamente marginali, sostanzialmente ininfluenti sulla *ratio* della normativa penale del settore e sugli aspetti propagandistici maggiormente deprecabili che la caratterizzavano, prima della riforma. Per tali considerazioni sia consentito rinviare

## 2. Il polimorfismo della misura dell'espulsione dello straniero

Il polimorfismo della misura dell'espulsione dell'immigrato irregolare si incarna nelle molteplici sembianze che essa assume nel TUIMM, ove viene di volta in volta impiegata come:

1. sanzione amministrativa (art. 13 TUIMM; la cui esecuzione comporta la sopraggiunta improcedibilità in sede penale nei confronti dello straniero, art. 13, comma 3-*quater*, TUIMM).
2. misura di sicurezza (art. 15 TUIMM; art. 235 c.p.);
3. sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione (art. 16 TUIMM).

Come è evidente, a seconda dell'ambito e del tipo di procedimento nel quale è chiamata ad operare, l'espulsione muta nella forma, pur rimanendo identica a se stessa nei contenuti e nelle funzioni. Essa consiste infatti sempre nell'allontanamento coattivo dello straniero dai confini nazionali, disposto dall'autorità amministrativa o dall'autorità giudiziaria. All'uniformità dei requisiti costitutivi e delle finalità fa però da contraltare una trasversalità di collocazione, che mostra come identici permangano gli obiettivi di politica/legislativa (o, se si vuole, di politica/criminale) in concreto perseguiti, pur al variare della denominazione giuridica.

Sicché, sebbene ad una lettura strettamente formalistica, l'espulsione possa considerarsi una "sanzione penale" in senso tecnico, soltanto ove prevista come misura di sicurezza o come sanzione sostitutiva o alternativa alla pena, e non invece negli altri casi – ossia quando configurata come sanzione amministrativa, o come condizione di improcedibilità –, nondimeno, essa presenta profili di afflittività tanto evidenti da poter essere ritenuta una misura *punitiva* in senso ampio, a prescindere dal dato meramente nominalistico.

Benché infatti, dal punto di vista formale, nei casi di cui agli artt. 13 e 10-*bis*, comma 5, TUIMM, essa non sarebbe né una pena in senso tecnico (come è noto, seguendo un criterio formale di tale nozione, sono tali quelle così definite dal legislatore<sup>14</sup>) né una misura di sicurezza; tuttavia, il soffermarsi sulla sua natura spiccatamente extrapenale rischierebbe di far cadere l'interprete nella rete della c.d. "truffa delle etichette"<sup>15</sup>, ossia di imbrici-

---

a L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato. Brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, p. 765 ss.

<sup>14</sup> Per esempio, agli artt. 17 e 19 c.p., che rispettivamente forniscono un elenco delle pene accessorie e delle pene principali.

<sup>15</sup> L'espressione, come è noto, risale a E. KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *ZStW*, 1924, p. 33.

Ad essa si è fatto ampiamente ricorso in Italia, sia a proposito della sostanziale identità tra pene e misure di sicurezza (per tutti, G. GRASSO, *Pre-Art. 199 c.p.*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2011, p. 422), sia in materia di responsabilità da reato delle persone giuridiche (tra gli altri, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 322; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 443 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010, p. 164; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231 del 2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 879 ss.; C.E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi *societas delinquere (et puniri) potest**, in *Corr. giur.*, 2001, p. 657; D. PULITANÒ, *La responsabilità «da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415; ID., *Responsabilità amministra-*



gliarlo entro i ristretti schemi di una concezione solo formalistica del diritto che tende a sopravvalutare gli aspetti testuali e definitivi, senza tenere nel dovuto conto né i profili contenutistici, né tanto meno la dimensione funzionale e teleologica delle norme<sup>16</sup>.

In altre parole, una particolare attenzione alle relazioni tra forma e sostanza può servire ad evidenziare l'ambiguità delle scelte nominalistiche compiute dal legislatore. Queste celano in effetti contenuti, elementi strutturali e finalità punitive dello *status* del migrante costantemente presenti, a prescindere dal *nonem iuris* impiegato.

Osservata dalla prospettiva di una valorizzazione dei requisiti sostanziali – e dunque non contro, ma oltre i confini del mero dato nominalistico –, la misura in questione svela una pluralità di indizi in comune con le sanzioni tipiche del diritto penale, che la rendono “problematicamente” interessante all'occhio del penalista.

La pericolosa commistione tra diritto penale e diritto amministrativo, da un lato, e tra istanze di sicurezza e esigenze di prevenzione dall'altro lato, emerge in ogni passaggio della disciplina delle varie tipologie di espulsione e finanche nella metamorfosi subita nel tempo dalle stesse; specie con riguardo alle forme più classiche, dell'espulsione come sanzione amministrativa e dell'espulsione come misura di sicurezza.

Rispetto a tali tipologie in effetti, per un verso, la progressiva estensione dell'ambito applicativo della misura sia in sede amministrativa, sia in sede penale – ove si è ampliata la rosa dei reati presupposto per la sua applicazione in qualità di misura di sicurezza –, e per un altro verso, il moltiplicarsi delle situazioni di incidenza/interferenza della sanzione amministrativa sul procedimento penale costituiscono il segno della graduale trasfigurazione che ha investito l'istituto vuoi in ambito penale, vuoi in ambito extrapenale.

Così, se prima che l'Italia divenisse un paese di immigrazione la misura di sicurezza dell'espulsione era stata concepita come un'inevitabile conseguenza della pericolosità sociale degli stranieri che si fossero macchiati di reati di particolare gravità, ai sensi dell'art. 235 c.p., con l'entrata in vigore della c.d. “Legge Martelli” (28 febbraio 1990, n. 39), la gamma dei reati presupposto ha subito un brusco allargamento<sup>17</sup>.

Alla stessa maniera, con riguardo alla previsione della misura come sanzione amministrativa, le modifiche susseguite nel lungo periodo ne hanno a mano a mano esteso i presupposti applicativi, rendendone sempre meno certi i confini distintivi con la corrispondente misura di sicurezza<sup>18</sup>.

Il che dimostrerebbe il mutamento di prospettiva nel frattempo realizzatosi nella legislazione nazionale: l'allontanamento dello straniero è divenuto uno strumento generalizzato di governo dell'immigrazione irregolare, da trattamento residuale, a carico di soggetti responsabili di violazioni in materia di pubblica sicurezza o socialmente pericolosi, quale era prima.

Nelle pagine successive si prenderanno in considerazione soltanto i primi tre “modi di essere” dell'espulsione dello straniero sopra segnalati, vale a dire la previsione del-

---

*tiva per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg., 2003, p. 955; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, p. 186).

<sup>16</sup> Come insegna A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, ora in *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. I, Milano, 2009, p. 175 e 176.

<sup>17</sup> A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, Milano, 2012, p. 215.

<sup>18</sup> Così anche, G. GRASSO, *Art. 235*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 582 ss.

l'espulsione come sanzione amministrativa, come sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione e come misura di sicurezza, in quanto direttamente interferenti con il diritto penale sostanziale; si tralascerà invece di considerare l'ipotesi della configurazione di detta misura come condizione di improcedibilità, che ricade più specificamente nell'ambito del diritto processuale penale.

### 3. *L'espulsione come sanzione amministrativa*

Con riguardo alla disciplina dell'espulsione come sanzione di carattere amministrativo, ai nostri fini, è sufficiente segnalare i passaggi normativi che ne hanno esteso l'ambito applicativo, trasformandone le funzioni, senza però mutarne gli elementi strutturali.

Il Testo Unico sulla Pubblica Sicurezza prevedeva come facoltativo il potere di disporre l'espulsione dello straniero, pur ancorandone i presupposti a taluni indici o criteri denotativi della pericolosità del soggetto destinatario del provvedimento: 1) condanna per delitti; 2) o – più in generale – ragioni di ordine pubblico<sup>19</sup>.

Se il caso di cui al punto 1) era direttamente collegato ad un predeterminato requisito legale – l'aver subito una condanna per delitti –, il secondo caso, ancorando il provvedimento di espulsione a generiche esigenze di ordine pubblico, lasciava all'autorità di pubblica sicurezza un'ampia discrezionalità nella valutazione dei presupposti per la sua emanazione<sup>20</sup>. Il che estrometteva la cornice delle garanzie offerte dal principio di legalità, prima fra tutte il diritto a difendersi in capo allo straniero che ne fosse colpito<sup>21</sup>.

L'attuale disciplina del TUIMM prevede invece tre tipi di espulsione amministrativa: 1) l'espulsione disposta dal Ministro dell'interno per motivi di ordine pubblico e di sicurezza dello stato (art. 13, comma 1, TUIMM); 2) l'espulsione disposta dal Prefetto a carico dello straniero che sia entrato o si sia trattenuto irregolarmente nel territorio dello stato (art. 13, comma 2, TUIMM); 3) o che appartenga alla categoria di soggetti sottoponibili a misure di prevenzione (art. 13, comma 2, TUIMM).

Tra le suddette tipologie, soltanto la seconda – espulsione disposta per violazione delle regole in materia di ingresso e soggiorno legale – può considerarsi una sanzione

---

<sup>19</sup> Art. 150. (art. 151 T.U. 1926). – [Salvo quanto è stabilito dal codice penale, gli stranieri condannati per delitto possono essere espulsi dal regno e accompagnati alla frontiera.

Il Ministro dell'interno, per motivi di ordine pubblico, può disporre la espulsione e l'accompagnamento alla frontiera dello straniero di passaggio o residente nel territorio dello Stato.

Le predette disposizioni non si applicano agli italiani non regnicoli.

Possono altresì essere espulsi gli stranieri denunciati per contravvenzione alle disposizioni del capo precedente.

L'espulsione per motivo di ordine pubblico, preveduta dal primo capoverso di questo articolo, è pronunciata con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli affari esteri e con l'assenso del Capo del Governo] (Articolo abrogato dall'art. 13, D.L. 30 dicembre 1989, n. 416).

<sup>20</sup> A. CASSIA, *Espulsione ed allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato*, in *Giust. pen.*, 1966, p. 403 ss.

<sup>21</sup> Nonostante la Corte costituzionale (sent. 5 aprile 1974, n. 109) ne avesse fornito una lettura costituzionalmente orientata, precisando che il divieto di rientrare in Italia, conseguente al provvedimento di cui all'art. 150 del t.u. delle leggi di p.s. non fosse assoluto, ma revocabile da parte della pubblica amministrazione, la quale non avrebbe potuto negare l'autorizzazione al reingresso, a fronte della necessità dello straniero di comparire davanti all'autorità giudiziaria.

amministrativa in senso stretto; le altre due forme invece – espulsione per motivi di ordine pubblico ed espulsione come misura di prevenzione –, sono accostabili al genere delle misure di polizia a carattere preventivo.

L'espulsione-sanzione amministrativa costituisce la “normale” reazione dell'ordinamento all'ingresso illegale dello straniero entro i confini nazionali. Si tratta – come è evidente – di una sanzione a forte contenuto afflittivo. Tale profilo di per sé solo non dovrebbe suscitare perplessità, non essendo esso inconciliabile con il carattere extrapenale della sanzione amministrativa. Anche quest'ultima infatti, al pari della sanzione penale, può essere afflittiva, senza che ciò ne muti la natura giuridica<sup>22</sup>.

La severità della sanzione prevista per l'illecito di ingresso irregolare non costituisce dunque un *novum* nel quadro delle sanzioni di carattere amministrativo, le quali possono condividere con la sanzione penale una finalità spiccatamente afflittiva, pur mantenendo la propria qualificazione extrapenale<sup>23</sup>; come dimostra il fatto che tra le sanzioni amministrative ve ne sono alcune – per esempio quelle di carattere interdittivo – che possono talora risultare particolarmente afflittive, se guardate nell'ottica della significativa compressione di diritti e facoltà che da esse può discendere.

Della misura dell'espulsione pertanto ciò che lascia dubbiosi non è il suo contenuto, quanto il ruolo cardine che le viene assegnato nell'ambito del trattamento giuridico dello straniero irregolare. Alla buona riuscita della procedura amministrativa che la dispone è infatti subordinato anche lo strumento penale, il cui *modus operandi* è congegnato in maniera da far sempre prevalere la sanzione dell'espulsione su qualunque altra misura punitiva, anche di carattere penale, eventualmente disposta a carico dell'immigrato irregolare.

Tale indiscussa prevalenza e la correlativa accessorietà del diritto e del processo penale ai fini dell'azione amministrativa si ricava plasticamente dai seguenti passaggi:

a) se l'autorità amministrativa dispone l'espulsione dello straniero, il giudice penale del processo in cui lo straniero è imputato è tenuto ad emettere sentenza di non luogo a procedere (art. 13, commi 3-*quater* e 3-*quinqies*, TUIMM<sup>24</sup>);

b) nel procedimento penale per il reato di ingresso illegale, il giudice emette sentenza di non luogo a procedere una volta acquisita la notizia dell'avvenuta espulsione dello straniero (art. 10-*bis*, comma 5);

c) quando il giudice pronuncia sentenza di condanna alla pena dell'ammenda, ove non sia nel frattempo intervenuta l'espulsione amministrativa, la condanna non preclude la futura espulsione da parte del prefetto;

d) l'insolvibilità del condannato consente di sostituire la pena dell'ammenda con la misura dell'espulsione (art. 16 TUIMM).

Che si tratti di uno straniero irregolare autore di altri reati, diversi da quelli connessi all'ingresso illegale, o di uno straniero che semplicemente abbia violato le regole sul-

---

<sup>22</sup> Per tutti, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 2 ss. Nell'ambito della letteratura penalistica, C.E. PALIERO, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 354 e 355; A. PAGLIARRO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, p. 23.

<sup>23</sup> Da segnalare l'opinione contraria di coloro che ritengono la finalità afflittiva incompatibile con la natura extrapenale delle sanzioni amministrative (G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1026 ss.).

<sup>24</sup> A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 295 e 296.

l'entrata legale nel territorio nazionale, l'obiettivo perseguito in via prioritaria dall'ordinamento è l'esecuzione dell'espulsione, anche laddove ne consegua una sovrapposizione di istituti giuridici di differente matrice.

Ciò per esempio accade nelle ipotesi di coincidenza tra strumenti del diritto penale e strumenti del diritto amministrativo per la regolamentazione delle medesima situazione di fatto. In tali casi in effetti, può verificarsi una duplicazione dei momenti punitivi rispetto ad un'identica condotta; come nel caso del rapporto tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 e l'illecito penale di cui all'art. 10-*bis* TUIMM<sup>25</sup>.

La prima disposizione (art. 13) prevede invero l'illecito amministrativo dell'ingresso e della permanenza illegali dello straniero entro i confini nazionali, sanzionato con espulsione disposta dal prefetto. L'art. 10-*bis* punisce con sanzione penale una condotta sostanzialmente analoga di entrata e soggiorno irregolari dello straniero.

Ebbene, qui, la sovrapposibilità dei due tipi di illecito peraltro non può essere risolta neanche ai sensi dell'art. 9, legge n. 689/1981, data l'assenza di un rapporto di specialità tra l'uno e l'altro. Il che denota che tra le due sanzioni – penale e amministrativa – non vi è quell'identità di fini che ne giustificerebbe invece un impiego di tipo alternativo, nel quadro del rapporto di specialità<sup>26</sup>. All'inverso, tra tali fattispecie si rintraccia un'eterogeneità dei fini sapientemente architettata dal legislatore, che coinvolge principalmente l'illecito penale. Quest'ultimo infatti è configurato in modo da rispondere al fine (pratico) di agevolare l'allontanamento fisico del migrante dalla nazione. Nell'ottica prevalente del perseguimento di tale risultato, poco importa dunque che la condotta illecita che funge da presupposto o da condizione della misura venga in rilievo in sede amministrativa o in sede penale.

Si instaura così tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo una relazione di subordinazione dell'uno nei confronti dell'altro, pensata alla stregua di una logica di efficienza nel cui ambito il buon funzionamento complessivo del sistema in direzione del conseguimento dell'obiettivo voluto sopravanza ogni istanza garantista collegata alla diversa qualificazione formale degli istituti impiegati.

Come si è già avuto modo di evidenziare, ciò che preoccupa di un tale approccio normativo nella gestione del migrante non sono tanto – o soltanto – le ricadute negative in termini di mancato ancoraggio della disciplina ai principi fondamentali del diritto penale, quanto – e soprattutto – l'effettiva meritevolezza di pena dei comportamenti sanzionati, qualunque sia la natura giuridica della sanzione applicata, ed il camuffamento della sanzione penale, concepita sin dall'inizio come misura destinata alla non applicazione, a favore della sicura applicazione della misura dell'espulsione.

Invero, è evidente che l'espulsione dello straniero costituisce una riposta sanzionatoria particolarmente afflittiva, perché determina una pesante compressione di una importante facoltà connessa alla libertà personale, quale è – appunto – la libertà di movimento e di circolazione, o più in generale la libertà di emigrare, riconosciuta come di-

---

<sup>25</sup> Rischio che accomuna il nostro ordinamento ad altri ordinamenti, tra cui per esempio quello del Regno Unito (A. ALIVERTI, *Crimes of Mobility*, cit., p. 60 e 61).

<sup>26</sup> Come evidenzia C.E. PALIERO, *Sanzioni amministrative*, cit., p. 410, il quale invita a considerare che ove la sanzione amministrativa e la sanzione penale non avessero le medesime funzioni ed un analogo contenuto afflittivo l'una non potrebbe applicarsi in luogo dell'altra, ma entrambe dovrebbero effettivamente concorrere.

ritto fondamentale ed inalienabile della persona in ambito internazionale<sup>27</sup>. Sicché, malgrado l'ordinamento attribuisca implicito rilievo costituzionale soltanto al diritto del cittadino ad emigrare e non riconosca eguale *rango* al reciproco diritto ad immigrare dello straniero, non si può negare che l'espulsione costituisca una pesante compromissione del versante "positivo" dello *ius migrandi*, come diritto universale ad emigrare.

La nostra costituzione non contiene infatti un'affermazione esplicita dello *ius migrandi*; essa assegna esclusivamente al cittadino lavoratore un *diritto sociale* ad emigrare (art. 35, comma 4, Cost.), che viene però pensato come disgiunto dal corrispondente diritto ad "immigrare" dello straniero. Tale impostazione collima con l'approccio prevalente anche a livello internazionale ed in ambito europeo, ove per l'appunto non è concesso spazio al diritto ad immigrare dello straniero, sebbene si attribuisca al cittadino uno *ius migrandi* inteso come diritto ad abbandonare lo stato di appartenenza<sup>28</sup>.

Nondimeno, taluno ha evidenziato che il riconoscimento giuridico del diritto ad emigrare debba necessariamente comportare la contestuale affermazione di un omologo diritto ad immigrare, dato che la libertà di lasciare il proprio paese sarebbe una scatola vuota, un diritto evanescente, ove non associata al correlativo diritto di stabilirsi in un altro stato<sup>29</sup>.

Interpretata in chiave penalistica, l'idea dello *ius migrandi* concepito nella duplice veste di libertà fondamentale di emigrare e di libertà di immigrare implicherebbe: 1) che si tratti di un diritto fondamentale la cui compressione comporta sempre un'afflizione; 2)

---

<sup>27</sup> Si vedano l'art. 12, par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 1966 e l'art. 2, par. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che riconosce certi diritti e libertà non inclusi nella Convenzione e nel relativo protocollo addizionale, Strasburgo, 1963, nonché la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (UNGA ris. 217(III), 10 dicembre 1948 che garantisce all'art. 13, par. 2, il diritto di emigrare ("Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country").

Il diritto internazionale tuttavia non riconosce come diritto autonomo il corrispondente diritto a "immigrare" degli individui. Non a caso infatti, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nulla statuisce relativamente ad un diritto del migrante di entrare nel territorio di un altro Stato, diverso da quello di origine, dopo che abbia esercitato il diritto ad emigrare.

<sup>28</sup> Anche il Parlamento europeo con la Raccomandazione 1449 (2000) ha affermato il diritto fondamentale della persona di uscire dallo spazio comune, e dunque di "emigrare"; sebbene ad esso non corrisponda un analogo diritto di "immigrare", ovvero di fare ingresso nella UE, per i cittadini dei paesi terzi.

<sup>29</sup> In questa prospettiva, si propone una concezione dello *ius migrandi* come diritto umano incentrata sull'idea che una visione autenticamente liberale dello stato non possa negare la libertà dell'individuo di scegliere dove risiedere. Lo *ius migrandi* così inteso sarebbe comprensivo del: a) diritto a emigrare; b) diritto a non emigrare; c) diritto a immigrare, ossia a stabilirsi pacificamente nello stato in cui si decide di permanere. Queste tre facoltà non concorrerebbero però a delineare un diritto "assoluto", bensì formerebbero un diritto di carattere "relativo" che può essere limitato dall'ordinamento giuridico, ma mai radicalmente ed immotivatamente negato.

Un primo nucleare riconoscimento del futuro statuto giuridico internazionale del migrante ispirato alla nuova suddetta concezione dello *ius migrandi* si rintraccerebbe nella Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, adottata dall'Assemblea generale ONU con la Risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990 che riconosce al migrante regolare ed irregolare una serie di diritti e di garanzie giuridiche tra le quali anche il diritto ad uscire da qualunque stato, compreso lo stato di origine, e il diritto di entrare e permanere nel suo paese di origine (G. BASCHERINI, *Europa, cittadinanza, immigrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 767-768; nonché, nell'ambito della letteratura ispanoamericana, A.G. AGUELO-CHUECA, *El novissimo derecho humano de las personas a migrar*, in *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2004, p. 292; J. DE LUCAS, *Derechos humanos y políticas migratorias: elementos para otra política*, in C. PRONER, E.M. DE QUEIROZ BARBOZA, G.G. DE GODOYB (cur.), *Migrações. Políticas e Direitos Humanos sob ad Perspectivas do Brasil, Itália e Espanha*, 2015, p. 40 ss.).

che le limitazioni di tale diritto debbono corrispondere ad uno schema di bilanciamento con altri interessi contrapposti di analogo rilievo la cui tutela prevalga su quella del diritto compresso; oppure debbono costituire la conseguenza sanzionatoria di un fatto illecito.

Ciò spiegherebbe la natura “afflittiva” dell’espulsione-sanzione amministrativa, e la sua assimilabilità, sotto tale profilo, alla sanzione penale<sup>30</sup>.

Il suddetto rapporto di similitudine non desta di per sé alcuno stupore, sol che si consideri come profili di stringente affinità tra sanzioni penali e sanzioni amministrative vengano ormai pacificamente rinvenuti dalla dottrina penalistica, che – anche sulla scorta di un’impostazione inaugurata a livello sovranazionale dalla Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>31</sup> – è giunta ad individuare una sostanziale omogeneità tra le due tipologie di sanzioni (penale/amministrativa) sotto il profilo della natura afflittiva e degli scopi di prevenzione<sup>32</sup>.

Come è noto infatti, le più avanzate riflessioni teoriche in materia di illecito punitivo statale<sup>33</sup> hanno sostanzialmente fatto proprio l’orientamento interpretativo dominante in ambito europeo, secondo il quale la distinzione tra illecito amministrativo ed illecito penale andrebbe ricercata non tanto nelle definizioni formali di volta in volta fornite dal legislatore, quanto nella sintesi teleologica propria dalla sanzione presa in considerazione, la cui natura “punitiva” – *lato sensu* penale – dipenderebbe dal rinvenimento di una finalità preventiva, correlata alla gravità della sanzione stessa ed alla sua capacità afflittiva<sup>34</sup>. Cosicché, nonostante la differente qualificazione nominalisti-

---

<sup>30</sup> Così anche, A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Critica del diritto*, 2013, p. 25.

<sup>31</sup> Fra le tante pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo conformi a tale orientamento, si leggano, a titolo meramente esemplificativo, sent. 8 giugno 1976, *Engel v. Olanda*; sent. 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germania*.

<sup>32</sup> C. PIERGALLINI, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, cit., p. 1387; C.E. PALIERO, *Sanzioni amministrative*, cit., p. 413; ID., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Milano, 1988, p. 113; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 594 ss.

Si tratta di un più moderno approccio al tema della distinzione tra illecito penale ed illecito amministrativo, incentrato sulla valorizzazione dei profili sostanziali riguardanti gli interessi oggetto di tutela e le tecniche sanzionatorie, piuttosto che sull’impiego di criteri di ordine formale, attinenti alla soggettività giuridica dell’autorità che irroga la sanzione o alla denominazione formale utilizzata dal legislatore. Sul punto, F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 37 ss.

Per la concezione più risalente, che rinveniva una profonda eterogeneità di natura tra sanzione penale e sanzione amministrativa e che ricorreva a criteri distintivi di carattere prevalentemente formale, G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, p. 38 ss.; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223 ss.

<sup>33</sup> Detto anche “*illecito di diritto pubblico*”, secondo la definizione a suo tempo coniata da M. SINI-SCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, p. 129 ss.

<sup>34</sup> Per una descrizione degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo sugli indicatori sostanziali della natura dell’illecito e per la descrizione dell’influenza che tale giurisprudenza ha avuto sulla dottrina italiana, F. CONSULICH, «*Materia penale*» e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 72 ss.; A. BERNARDI, *Sulle funzioni dei principi di diritto penale*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1992, p. 87 ss.

Il medesimo approccio si rinviene anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, almeno a partire dalla ormai celebre sentenza sul “*mais greco*”, A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1996, p. 119 ss.; ID., “*Europeizzazione*” del diritto penale commerciale?, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1996, p. 153 ss.

ca, tutte le misure punitive statali dovrebbero rispettare analoghi principi di garanzia, in modo da evitare che la scelta di una o piuttosto dell'altra qualificazione possa rappresentare una scorciatoia per abbassare o aggirare il presidio garantistico a favore dei soggetti che ne sono destinatari<sup>35</sup>.

Impostati in questi termini i rapporti tra le tipologie di strumenti punitivi contemplate nell'ordinamento, non entra automaticamente in crisi la scelta del legislatore di configurare come illecito amministrativo il fatto dello straniero che entri irregolarmente nel territorio dello stato; al contrario, tale soluzione appare non soltanto legittima, ma anche irrilevante ai fini delle garanzie da offrire al destinatario della sanzione. Non vi è infatti alcun vincolo che obblighi il legislatore a preferire l'illecito amministrativo all'illecito penale, e viceversa. Semmai si pone l'esigenza di una riflessione più approfondita su altri importanti versanti, quali l'effettiva meritevolezza di pena del comportamento punito (in chiave penale o amministrativa), la reale efficacia preventiva della misura dell'espulsione e la logica efficientista che si cela dietro la sostanziale intercambiabilità tra strumenti di tipo penale e strumenti di tipo amministrativo nel settore dell'immigrazione irregolare.

In un'ottica di valorizzazione sia degli indici di meritevolezza di pena, sia dei profili funzionali dell'istituto dell'espulsione, diviene cruciale verificarne la corrispondenza con i principi di proporzione, sussidiarietà e di estrema *ratio* che, ove riferiti alla potestà punitiva dello Stato considerata nel suo complesso, interessano tanto l'illecito penale, quanto l'illecito amministrativo. Quando infatti l'illecito amministrativo interviene a sanzionare comportamenti analoghi per disvalore e modalità di condotta a quelli puniti dal diritto penale, non può che uniformarsi ai medesimi criteri orientativi di selezione dei fatti punibili.

Nondimeno, l'impiego dei richiamati criteri orientativi può suggerire una degradazione dall'illecito penale all'illecito amministrativo, che risulti motivata non soltanto dalla differente gravità dei comportamenti sanzionati o dall'entità dell'offesa arrecata al bene protetto, bensì anche dalla maggiore efficacia di un tipo di sanzione piuttosto che di un'altra, ai fini della prevenzione generale. Sicché può accadere che a parità di disvalore, la sanzione amministrativa venga preferita alla sanzione penale<sup>36</sup>.

Con riguardo alla sanzione dell'espulsione e agli illeciti in materia di ingresso e soggiorno irregolare dello straniero, il passaggio dall'illecito penale all'illecito amministrativo risponde però ad uno schema inverso a quello pocanzi richiamato. In tale ambito infatti, il legislatore talvolta qualifica un medesimo fatto come *doppiamente illecito*, sia per il diritto penale sia per il diritto amministrativo, al solo scopo di rafforzare le concrete possibilità di esecuzione della sanzione amministrativa dell'espulsione, ed a prescindere da una adeguata considerazione della sua reale efficacia deterrente.

Nella legislazione in materia di migranti, con riguardo ad alcune fattispecie, alla progressione dall'illecito amministrativo all'illecito penale non corrisponde cioè un incremento di disvalore del fatto, tale da giustificare la maggiore gravità della risposta penale.

---

<sup>35</sup> Di recente, sul tema, anche F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, p. 337 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

<sup>36</sup> In tal senso, F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, cit., p. 45.

Così non è, nell'esempio proposto dei rapporti tra l'illecito amministrativo di cui all'art. 13 TUIMM e l'illecito penale di cui all'art. 10-*bis* TUIMM, ove il comportamento sanzionato dalla disposizione amministrativa risulta essenzialmente identico a quello incriminato dalla norma penale e la prevista sanzione penale di carattere pecuniario appare addirittura meno afflittiva della ben più severa sanzione dell'espulsione<sup>37</sup>.

Inoltre, anche nei casi in cui l'illecito penale interviene a sanzionare condotte di inosservanza di disposizioni o provvedimenti della pubblica autorità, in genere susseguenti ad una precedente violazione di carattere amministrativo – come nel caso dei reati di inottemperanza dell'ordine di allontanamento del questore (art. 14, commi 5-*ter* e 5-*quater*, TUIMM) –, la risposta penale, pur operando astrattamente come ultima *ratio*, e cioè soltanto dopo che sia intervenuta la sanzione extrapenale, nondimeno, sembra egualmente svolgere una funzione di mero supporto all'esecuzione del provvedimento di espulsione. Essa finisce infatti pur sempre con l'assecondare l'esigenza utilitaristica di aumentare le possibilità e le occasioni per predisporre l'allontanamento coatto dello straniero, piuttosto che attuare le finalità preventive connaturate allo strumento penale. Ciò è dimostrato dal fatto che l'eventuale esecuzione dell'ordine di espulsione interrompe sempre l'azione penale, obbligando il giudice ad emanare una sentenza di non luogo a procedere.

È evidente dunque come l'intero sistema delle incriminazioni sia asservito alla misura dell'espulsione, qualunque ne sia la qualificazione giuridica, vuoi quando essa rappresenta la conseguenza sanzionatoria di un illecito amministrativo, vuoi quando essa interviene in qualità di misura di sicurezza, o di sanzione alternativa alla detenzione, e così via.

Ne discende un quadro normativo in cui il diritto penale soggiace interamente al modello di “*ad hoc instrumentalism*”, poiché viene utilizzato per rendere nota alla pubblica autorità la presenza irregolare dello straniero che sia sfuggita agli organi di controllo amministrativi; o per rafforzare un procedimento di allontanamento forzato dal territorio nazionale già avviato in sede amministrativa e bisognoso della cooperazione della forza penale per la definitiva attuazione.

Siffatto nuovo modello è al contempo una derivazione ed una specificazione dei ben più noti paradigmi del “*diritto penale simbolico*”<sup>38</sup> o del “*diritto penale del nemico*”<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1352-1355.

<sup>38</sup> Per i riferimenti al c.d. “diritto penale simbolico” si leggano, tra gli altri, W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997; M. CANCIO MELIÀ, “Diritto penale” del nemico?, in M. DONINI, M. PAPA (cur.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 65 ss.; J.L. DíEZ RIPOLLÉS, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, (trad. it. di A. MENGHINI), in L. STORTONI, L. FOFFANI (cur.), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 149 ss.

<sup>39</sup> In ambito penalistico, è a tutti noto che il conio dell'espressione “diritto penale del nemico” si deve allo studioso tedesco G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW*, 97, 1985, p. 753 ss.

Si leggano, nell'ambito di una sterminata letteratura in materia, M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 55 ss.; ID., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 274 ss.; L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 797; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 666 ss.; A. PAGLIARO, “Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 ss.; A. GAMBERI, R. ORLANDI (cur.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*,



Esso condivide infatti alcuni elementi peculiari ad entrambe le suddette categorie, ma ne diverge quanto ad impostazione complessiva.

Così, ha in comune con il diritto penale c.d. “simbolico” l’idea che la sanzione penale debba servire a scopi diversi da quelli della prevenzione giuridica; e con il diritto penale c.d. “del nemico” l’orientarsi verso tipologie di autore presuntivamente riconosciute come pericolose.

Tuttavia, gli elementi di affinità con il diritto penale del nemico non vanno oltre la reciproca adesione ad un modello di trattamento giuridico che tende all’esclusione di specifiche tipologie di autore, ispirata però, in ognuno dei due suddetti ambiti del diritto penale, da concezioni opposte. Il diritto penale dell’immigrazione si muove infatti entro una prospettiva di segno inverso a quella che sta a fondamento dell’idea di impiegare il diritto penale come strumento di lotta contro il nemico. Mentre qui, l’obiettivo perseguito è di attuare al meglio, in concreto, il trattamento penale differenziato predisposto a carico di taluni soggetti, nel caso della disciplina del migrante invece, il fine realmente preso di mira non è l’attuazione effettiva della risposta penale astrattamente prevista, bensì la sua non-attuazione, in funzione servente all’inesco del principale strumento di controllo dell’immigrazione, che è per l’appunto l’espulsione.

In un caso dunque, il modello punitivo asseconda l’aspirazione di instaurare un regime giuridico penale differenziato per precise categorie di soggetti ritenuti pericolosi; viceversa, nell’altro caso, quello del diritto penale del migrante, lo scopo della legislazione penale è esattamente invertito: utilizzare l’astratta minaccia del trattamento penale discriminatorio non con l’intento di metterlo effettivamente in atto, ma esclusivamente per sfruttarlo come grimaldello per avviare le procedure di espulsione.

Con riferimento al rapporto di similitudine genetica con il diritto penale c.d. “simbolico”, da quanto sin qui detto emerge con evidenza come il diritto penale nei confronti dell’immigrato sia “simbolico” in un senso ancora diverso da quello tradizionalmente attribuito a tale nozione. Esso infatti piuttosto che sfruttare lo stigma sociale della sanzione penale a scopi propagandistici, senza cioè preoccuparsi della sua ineffettività, utilizza l’incriminazione come spunto per attuare l’espulsione, ossia come mero tassello di un approccio normativo di tipo utilitaristico.

In tale ottica di strumentalizzazione in senso pragmatico del diritto penale agli obiettivi politici che regolano la gestione delle migrazioni, il legislatore non sembra peraltro preoccuparsi troppo del significato “culturale” proprio della sanzione penale, né sembra volerne sfruttare la valenza simbolica a scopi pedagogici o di prevenzione generale; bensì, più banalmente, esso appare principalmente interessato ad adoperare il reato come indizio rivelatore di una situazione di irregolarità dello straniero idonea a giustificare l’espulsione.

Al contrario di quanto accade in altri ordinamenti inoltre, ove tale strumentalizzazione del diritto penale si traduce in una pericolosa flessibilizzazione delle garanzie formali e in un altrettanto odioso ampliamento dei poteri discrezionali dell’autorità giudiziaria e degli organi di polizia<sup>40</sup>, nel nostro ordinamento, il modello appena deli-

---

Milano, 2007; M. CANCIO MELIÁ, J. GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I e II, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006.

<sup>40</sup> A. SKLANSKY, *Crime Immigration and Ad Hoc Instrumentalism*, cit., p. 197 ss.

neato si mostra formalmente rispettoso sia dei principi costituzionali, sia delle istanze garantiste. Ciò che ne denota la natura “strumentale”, nascosta dietro il manto di una legalità costituzionale di facciata, è dunque esclusivamente il suo porsi come semplice tessera per il completamento di un mosaico normativo ispirato a finalità del tutto estranee alle finalità proprie della pena e del diritto penale.

Sicché, in conclusione, l'impostazione funzionalistica dell'*effetto utile*<sup>41</sup> priva di credibilità razionale le fattispecie incriminatrici del settore, in quanto le concepisce sin dall'inizio come destinate al fallimento. Quandanche infatti si riuscisse ad intravedere in esse un bene giuridico meritevole di protezione, una condotta offensiva e prima ancora una condotta in senso stretto (se tale può ritenersi il semplice fatto di aver varcato i confini della nazione, ovvero della permanenza entro tali confini<sup>42</sup>, nondimeno, la scelta politico/criminale di sanzionare l'entrata ed il soggiorno illegali apparirebbe comunque profondamente in contrasto con le ragioni di prevenzione generale e di prevenzione speciale che devono pur sempre stare alla base di qualunque intervento di tipo penale, anche ove semplicemente rivolto in chiave simbolica alla promozione culturale degli interessi protetti.

#### 4. *L'espulsione come sanzione sostitutiva e come misura di sicurezza*

Ad ulteriore riprova del polimorfismo della misura dell'espulsione basti considerare come essa venga in rilievo anche come misura alternativa alla detenzione (o come sanzione sostitutiva) e come misura di sicurezza, oltre che, come pocanzi indicato, come sanzione amministrativa.

L'art. 16 TUIMM disciplina l'espulsione “sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione” e ne subordina l'applicazione ai seguenti presupposti: *a*) sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.* 444 c.p.p. per reati non colposi; *b*) irrogazione di una pena detentiva non superiore a due anni; *c*) insussistenza delle condizioni necessarie per la concessione della sospensione condizionale della pena; *d*) insussistenza di cause ostative all'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera *ex art.* 14 TUIMM. Inoltre, la sanzione sostitutiva dell'espulsione può essere disposta dal giudice nei casi di condanna da parte del Giudice di pace per il reato di cui all'art. 10-*bis* TUIMM (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato), salvo che non sussistano condizioni ostative che impediscono l'esecuzione immediata della misura<sup>43</sup>.

Il dibattito sviluppatosi in dottrina e in giurisprudenza sulla legittimità costituzionale della disciplina appena richiamata e sulla conformità di essa ai requisiti peculiari tipici delle sanzioni sostitutive ancora una volta conferma come l'approccio strumentale

---

<sup>41</sup> Il termine è preso in prestito dal diritto di matrice europea ove denota un criterio che sta a fondamento del riparto di competenze tra Unione e stati membri.

<sup>42</sup> Per l'idea che il diritto penale dell'immigrato non sia un diritto penale del fatto, A. SPENA, *Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal law and Philosophy*, 2013.

<sup>43</sup> Per una descrizione della disciplina, A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 224 ss.

del legislatore che ispira l'intera disciplina penale dell'immigrazione abbia prevalso sulla coerenza sistematica e sulla necessità di un'adeguata qualificazione formale degli istituti impiegati; senza che il vaglio degli organi costituzionali deputati a contenere gli eventuali esiti irragionevoli di una tale impostazione efficientista sia riuscito ad individuare punti di frattura con il sistema delle garanzie costituzionali.

Non a caso infatti, la Corte costituzionale non ha rinvenuto alcun vizio di costituzionalità nella previsione dell'espulsione come sanzione sostitutiva, motivando la dichiarazione di infondatezza delle questioni sollevate con l'argomento della natura amministrativa e non penale della misura, che permarrebbe anche quando, come nel caso del suo operare in funzione di sanzione sostitutiva, essa sia disposta dal giudice penale e non dalla pubblica autorità<sup>44</sup>.

La copertura costituzionale ritagliata *ad hoc* a vantaggio della previsione in questione non ha però dissipato le perplessità circa la sua illegittimità.

Il diverso *nomen iuris* utilizzato dalla Consulta suona infatti come un'evidente "truffa delle etichette" messa in campo per delineare un regime speciale dell'espulsione-sanzione sostitutiva la quale verrebbe così collocata fuori dalla cornice dei principi regolatori dell'istituto. In base a questi ultimi invero, come è noto, le sanzioni sostitutive vengono considerate vere e proprie sanzioni penali, a spiccata funzione special-preventiva<sup>45</sup>. La coerenza delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi con le istanze di prevenzione speciale che ne stanno alla base renderebbe tali misure sanzionatorie conformi ai paradigmi fondamentali della pena, anche laddove dietro la scelta di introdurre vi fossero prevalenti esigenze pratiche di deflazione carceraria.

Sicché, ove si recide il nesso con la *ratio* di prevenzione speciale, il fondamento teorico della sanzione sostitutiva viene meno. Ciò accade, per l'appunto, nel caso dell'espulsione di cui si discute il cui regime deroga a tal punto quello delle sanzioni sostitutive non soltanto da far dubitare della corretta qualificazione giuridica della misura<sup>46</sup>, ma soprattutto da far ritenere che gli scopi da essa perseguiti siano radicalmente eterogenei rispetto a quelli propri delle sanzioni sostitutive. Questi ultimi infatti in parte sembrano rivolti al contenimento del sovraffollamento carcerario; in parte – soprattutto per l'ipotesi di applicazione della misura in sostituzione della pena disposta per il reato di cui all'art. 10-*bis* TUIMM – soddisfanno la dinamica efficientista del trattamento giu-

---

<sup>44</sup> Corte cost., ord. 14 luglio 1999, n. 369. Tale orientamento è stato ribadito anche in pronunce successive, riguardanti la previsione di cui all'art. 16, comma 5, TUIMM dell'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione nei confronti di stranieri condannati a pena detentiva anche residua non superiore a due anni (Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 422; Corte cost., 15 luglio 2004, n. 226).

<sup>45</sup> C. FIORE, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. giur. Treccani, Postilla di Aggiornamento*, XXVIII, Roma, 1998, p. 1 ss.; F. MENCARELLI, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, p. 1 ss.; E. DOLCINI, *Le sanzioni sostitutive «applicate in sede di condanna»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1400 ss.

Con riguardo alla peculiarità della sanzione sostitutiva dell'espulsione, L. CORDI, *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011, p. 39 e L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2013, p. 278 e 279, il quale giunge a dubitare della natura di sanzione sostitutiva dell'espulsione ex art. 16 TUIMM considerandola una ipotesi speciale di sospensione condizionale della pena disposta per motivi di deflazione carceraria.

<sup>46</sup> Il problema della deviazione soltanto nominale dai canoni dell'istituto sarebbe sì importante ma comunque non decisiva, in un'ottica sostanzialistica di valorizzazione della razionalità propria delle scelte normative anche oltre le etichette formali.

ridico del migrante, vale a dire assecondano l'obiettivo primario di praticarne l'allontanamento dal territorio nazionale.

Un segno evidente della prevalenza della logica efficientista sulla "tenuta" della disciplina in chiave teorica si rintraccia proprio nella previsione da ultimo richiamata dell'espulsione come sanzione da applicarsi in via sostitutiva in caso di condanna per il reato di ingresso o soggiorno illegale dello straniero (art. 10-*bis* TUIMM), che, come è noto, è oggi punito soltanto con pena pecuniaria. In tale ipotesi, ove la misura dell'espulsione sostituisce non già, come dovrebbe essere, una pena detentiva breve bensì addirittura una pena pecuniaria, il quadro dei criteri che devono guidare il giudice nella scelta della tipologia di sanzione sostitutiva da applicare è completamente scardinato<sup>47</sup>; sia perché la sanzione sostituita risulta di gran lunga meno afflittiva della sanzione sostitutiva<sup>48</sup>, sia perché il giudice non potrà in alcun modo tenere conto delle esigenze di risocializzazione del condannato, dato il carattere non detentivo della pena comminata da sostituire<sup>49</sup>.

In più, al contrario delle altre sanzioni sostitutive per le quali la legge prevede plurime ipotesi di revoca e di conversione<sup>50</sup>, l'espulsione dello straniero, è di fatto irrevocabile e non convertibile; per l'ovvio motivo che ogni decisione giudiziaria in tal senso sarebbe in concreto ineseguibile.

Quanto alla previsione dell'espulsione come misura di sicurezza, la disciplina del TUIMM (art. 15) ne estende le ipotesi applicative oltre i casi previsti all'art. 235 c.p., anche ai casi di condanna per taluno dei reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p.<sup>51</sup>.

Ciò determina una dilatazione dei presupposti oggettivi della misura ben oltre le circoscritte ipotesi in precedenza previste, ingenerando un'intollerabile deviazione dalla *ratio* di prevenzione generale e di prevenzione speciale propria della misura, sia a livello teorico, sia nell'originaria regolamentazione codicistica.

Quanto al versante teorico, sarebbe superfluo in questa sede ricordare sia che dottrina consolidata assegna alle misure di sicurezza in primo luogo una funzione di prevenzione speciale, consistente nella riduzione del rischio che il soggetto socialmente pericoloso commetta in futuro nuovi reati<sup>52</sup>; sia che non è mancato chi ne ha evidenziato

<sup>47</sup> Per una lucida descrizione di tali criteri, A. PAGLIARO, *Le sanzioni sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, ora in *Il diritto penale tra norma e società*, vol. III, Milano, 2009, p. 997 ss.

<sup>48</sup> Sul contenuto meno afflittivo delle sanzioni sostitutive rispetto alla pena sostituita, tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. dir.*, Torino, 1989, p. 492 e 493.

<sup>49</sup> Anche la Corte di Giustizia UE ha più volte ribadito la conformità con la direttiva rimpatri della facoltà attribuita al giudice di pace di sostituire la pena pecuniaria del reato di cui all'art. 10-*bis* TUIMM con la sanzione sostitutiva dell'espulsione (CGUE 6 dicembre 2012, causa C-430/11, *Sagor*; CGUE ord. 21 marzo 2013, causa C-522/11, *Mbaye*). Ciò confermerebbe quanto da noi evidenziato *retro* circa la sostanziale identità di fini tra la politica legislativa europea in materia di immigrazione e la legislazione nazionale del settore.

<sup>50</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, voce *Sanzioni sostitutive*, cit., p. 509 ss.

<sup>51</sup> Si tratta, come è noto, dei casi per i quali sono previsti l'arresto obbligatorio e l'arresto facoltativo in flagranza di reato.

Per una descrizione della disciplina prevista nel TUIMM, A. CALLAIOLI, *sub art. 15 Dlg. 25 luglio 1998, n. 286*, in T. PADOVANI (cur.), *Leggi penali complementari*, Milano, 2007; A. CAPUTO, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, cit., p. 215 ss.; L. CORDÌ, *L'espulsione dello straniero*, cit., p. 29 ss.

<sup>52</sup> A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, p. 1245; ID., *Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, parte I, 1929, p. 15 e 16; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2011, p. 848; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 820.

anche il fine di prevenzione generale, realizzato attraverso la tecnica del riadattamento sociale del reo<sup>53</sup>.

Prima che venisse introdotta una legislazione *ad hoc* in materia di immigrazione, la disciplina dell'espulsione quale misura di sicurezza contenuta nel codice penale appariva nel complesso coerente con il suddetto impianto teorico, sia sotto il profilo della corrispondenza alla genesi storica delle misure di sicurezza, sia sul versante dell'adeguatezza rispetto alle funzioni proprie delle citate misure. Nelle disposizioni codicistiche infatti, l'espulsione dello straniero – in ragione della sua natura particolarmente afflittiva –, poteva essere disposta soltanto a fronte della commissione di reati di particolare gravità, per i quali fosse comminata una condanna alla reclusione non inferiore a dieci anni di reclusione (art. 235 c.p.); o per reati contro la personalità dello Stato (art. 312 c.p.).

Con la successiva entrata in vigore della normativa nei confronti dei migranti, da un lato, la previsione della possibilità di impiegare la misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero anche per reati di minore gravità rispetto alle incriminazioni di cui all'art. 312 c.p., quali sono quelli richiamati agli artt. 381 e 382 c.p.p., dall'altro lato, la modifica della soglia edittale di pene detentive ben al di sotto del limite di dodici anni di reclusione di cui all'art. 235 c.p., hanno svincolato il regime giuridico della misura in questione da ogni corretta valutazione di proporzione tra gravità del fatto e tipologia di misura di sicurezza stabilita dalla legge<sup>54</sup>.

Lo sviamento dal principio di proporzione realizzatosi in sede di astratta previsione legislativa peraltro non è stato neppure controbilanciato dal presupposto soggettivo della pericolosità sociale, in quanto la particolare afflittività della misura *de qua* ne ha reso in ogni caso ingiusta l'applicazione fuori dai casi di cui agli artt. 235 e 312 c.p., nonostante l'accertamento in concreto della pericolosità sociale del soggetto che ne è destinatario<sup>55</sup>.

Nell'ambito delle misure di sicurezza invero, la commissione del fatto di reato è concepita come il primo indice della pericolosità del soggetto<sup>56</sup>, tanto che tipologia e durata minima variano a seconda della gravità del fatto commesso. Cosicché, alla stregua di tale impostazione, l'ampliamento del ventaglio dei reati presupposto con riguardo alla misura dell'espulsione per un verso, sembra indicare al giudice se non una vera e propria presunzione, per lo meno un serio e fondato sospetto di pericolosità per lo straniero che sia autore di reati, di qualunque tipologia; e per altro verso, rivela ancora una volta come l'allontanamento forzato rappresenti il cardine attorno al quale ruota il trattamento giuridico dello straniero (migrante).

Ciò spiega la metamorfosi genetica subita dalla misura di sicurezza *de qua* a seguito del suo ingresso entro l'alveo della disciplina dell'immigrazione. Prima di quel momento infatti, essa veniva prevista come strumento sanzionatorio riservato agli stranieri, che avessero compiuto reati gravi o avessero offeso l'integrità dello stato, a condi-

---

<sup>53</sup> A. PAGLIARO, *Sanzione: II) sanzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXVIII, Roma, 1991; ora in *Il diritto penale tra norma e società*, cit., vol. III, p. 1029 ss.

<sup>54</sup> Sui rapporti tra proporzione e misure di sicurezza, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 336 ss.

<sup>55</sup> Sulla natura di sanzioni penali delle misure di sicurezza e sulla loro spiccata finalità di prevenzione generale che le contraddistingue, per tutti A. PAGLIARO, *Sanzione: II) sanzione penale*, cit., vol. III, p. 1028 ss.

<sup>56</sup> C. PELUSO, voce *Misure di sicurezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 149.

zione che fossero altresì socialmente pericolosi; con l'entrata in vigore della legislazione in materia di immigrazione, la misura di sicurezza dell'espulsione, pur rimanendo formalmente applicabile allo "straniero" di cui sia stata accertata la pericolosità sociale, diviene in effetti un mezzo di neutralizzazione dell'"immigrato".

## 5. Considerazioni conclusive

Nel breve spazio di questo intervento si è tentato di evidenziare come l'obiettivo politico di contenere il fenomeno migratorio attraverso una strategia di chiusura delle frontiere e di respingimento dello straniero abbia pervaso l'intera disciplina giuridica del migrante, tanto sul versante degli strumenti di carattere penale, quanto sul versante del diritto extrapenale.

In tale prospettiva, la misura dell'espulsione dello straniero dimostra di possedere un rilievo paradigmatico, considerato che il TUIMM ne fa largo impiego sotto forme giuridiche diverse, con l'intento di adeguarla di volta in volta alle esigenze dello specifico ambito dell'ordinamento nel cui contesto interviene, senza però farne mutare né il contenuto afflittivo, né la finalità pratica tramite essa in concreto perseguita.

Sicché, la pervicacia con la quale il legislatore moltiplica la gamma delle occasioni in cui, indifferentemente, l'autorità amministrativa o l'autorità giudiziaria possono disporre l'espulsione del migrante<sup>57</sup> rivela come nel complesso tutta la regolamentazione giuridica del fenomeno migratorio, anche ove di natura extrapenale, sia connotata in termini afflittivi, in quanto globalmente orientata verso la realizzazione dello scopo dell'allontanamento forzato. Ed è indubbio che, non soltanto nell'ottica particolaristica della categoria di soggetti che ne sono destinatari, ma altresì in ragione delle libertà che essa comprime, l'espulsione coatta costituisca di certo una tra le più gravi forme di reazione dell'ordinamento alle condotte di immigrazione.

Nondimeno, il rilievo centrale attribuito alla misura esaminata in queste pagine, oltre a disvelare il carattere nel suo insieme repressivo della legislazione penale e amministrativa in materia di immigrazione, appare altresì indicativo di un'altra pericolosa tendenza normativa: la strumentalizzazione al massimo livello degli istituti giuridici verso uno scopo politico di volta in volta selezionato come prioritario, attuata ad ogni costo, talvolta anche omettendo di compiere una preventiva ponderazione della compatibilità della finalità politica prescelta con i fini propri degli strumenti del diritto impiegati, e con i correlativi principi fondamentali di riferimento.

Nell'ottica di tale utilitarismo estremizzato, l'effetto dell'allontanamento del migrante dai confini nazionali viene infatti perseguito ad ogni costo, camuffando la pericolosa subordinazione del diritto al fine pratico voluto dietro lo schermo di facciata di un'apparente conformità ai principi fondamentali e al diritto costituzionale.

Siffatto *trend* non è di certo peculiare soltanto dell'ordinamento italiano. Esso, come detto, risulta in linea con gli *standard* della legislazione europea ed emerge con

---

<sup>57</sup> La precedenza accordata all'espulsione per esempio trova un'ennesima conferma nella disciplina dei commi 5-bis e 5-ter dell'art. 16 TUIMM, introdotti dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazione dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, che rafforzano la collaborazione tra polizia penitenziaria e questura per l'accelerazione delle procedure di rimpatrio da attuare nei confronti degli immigrati detenuti.

evidenza anche negli ordinamenti angloamericani. Nondimeno, se nell'ambito dei sistemi di *common law*, tradizionalmente meno vincolati al principio di legalità, l'impostazione appena segnalata talora produce un'effettiva deviazione dalle garanzie dell'individuo e dai principi fondamentali del diritto, nel nostro ordinamento giuridico invece, il piegarsi della "forma" a vantaggio della "sostanza" non avviene sempre al costo di una totale rinuncia ad una copertura costituzionale. Al contrario, esso sovente si sviluppa entro, e non contro, i limiti imposti dal diritto costituzionale.

Ciò rende il prevalere della logica efficientista più pernicioso di quanto non sarebbe ove si potesse contrastarne gli eventuali esiti illegittimi nelle opportune sedi giurisdizionali. L'ambiguità dell'approccio legislativo infatti riduce in concreto le possibilità di mutare il "volto" del sistema attraverso gli ordinari strumenti del diritto perché contribuisce a renderlo formalmente inattaccabile, in ragione della sua sostanziale conformità al diritto costituzionale.

Così pertanto, il piano della discussione critica inevitabilmente si sposta dal più sicuro ambito del dibattito giuridico verso il più incerto e mutevole terreno di una valutazione in chiave esclusivamente teleologica degli scopi che si ritiene possano legittimamente assegnarsi al diritto. In altri termini, una volta eliminati dal campo i rilievi circa le violazioni del diritto costituzionale e dei diritti umani, la riflessione sulla ragionevolezza delle scelte legislative compiute in materia di immigrazione assume un contenuto spiccatamente politico, che in parte travalica le ragioni stesse del diritto.

L'inesorabile mutamento del piano del discorso dal campo del diritto al campo dell'opportunità o della razionalità politica, come unico antidoto contro l'approccio repressivo del legislatore, trova conferma nel fatto che si è potuto rimediare ad un palese eccesso repressivo, soltanto quando questo ha riguardato norme penali incriminatrici (caso *El Dridi*); o quando si è trattato di eliminare l'obbligatorietà del ricorso alla misura di sicurezza dell'espulsione *ex art. 15 TUIMM*; ovvero ancora, quando si è fatta valere l'illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della clandestinità, ossia in tutti i casi in cui il contenuto di specifiche disposizioni giuridiche è apparso difforme sia dal diritto costituzionale, sia dal diritto sovranazionale vincolante. Al contrario, non sembra che l'ordinamento giuridico disponga di valide *chances* per salvaguardarsi contro gli eccessi punitivi, ove questi siano peculiari di un'intera regolamentazione giuridica e non di singoli istituti; e per di più si celino tra le maglie di una disciplina formalmente ineccepibile sul versante della conformità ai principi fondamentali.

Mentre in effetti si possono efficacemente contrastare ipotesi di deviazione dai principi fondamentali che siano specifiche ed isolate, viceversa, nel quadro degli ordinari strumenti di tutela offerti dall'ordinamento, le possibilità di reazione divengono minime – se non addirittura inesistenti –, quando la sproporzione della risposta punitiva non sia di carattere puntiforme, ma connoti un intero sistema normativo, composto da istituti giuridici eterogenei, i quali siano però di per sé, singolarmente considerati, del tutto conformi a Costituzione; o comunque suscettibili di una lettura costituzionalmente orientata.