

# L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo

di *Mario Savino*

*Sommario: 1. Tre dubbi di legittimità - 2. L'automatismo espulsivo come misura di prevenzione - 3. L'orientamento "debole" della Corte costituzionale - 4. Il dubbio di fondo: la pericolosità può essere presunta? - 4.1. Lo standard (e la lezione) dell'Unione europea - 4.2. Lo standard nazionale: la garanzia "minima" dell'accertamento in concreto - 4.3. La manifesta irragionevolezza dell'automatismo - Conclusioni*

«Deportation is an integral part - indeed, sometimes the most important part - of the penalty that may be imposed on noncitizen defendants who plead guilty to specified crimes [...] [R]ecent changes in our immigration law have made removal nearly an automatic result for a broad class of noncitizen offenders. Thus, we find it "most difficult" to divorce the penalty from the conviction in the deportation context».<sup>1</sup>

## 1. Tre dubbi di legittimità

Nell'ordinamento italiano - come in molte altre democrazie liberali - sono comparse, in tempi relativamente recenti, norme che dispongono l'allontanamento "automatico" degli stranieri autori di reati considerati ostativi alla prosecuzione del soggiorno. A fronte della condanna penale, l'autorità amministrativa competente è tenuta - si tratta di attività vincolata, non discrezionale - ad adottare un atto (diniego di rinnovo o revoca del permesso di soggiorno) che ne determina l'esclusione dal territorio.

Simili misure servono a contemperare l'apertura (selettiva) delle frontiere - nell'interesse dello straniero, ma anche della comunità che lo accoglie e che dalla sua presenza può trarre benefici - con la salvaguardia della sicurezza e dell'ordine pubblico, valori rispetto ai quali la presenza di immigrati è percepita come una minaccia. Il messaggio che l'espulsione del reo straniero veicola ha una chiara finalità deterrente o di prevenzione generale: gli stranieri possono essere accolti e autorizzati a soggiornare stabilmente a condizione che rispettino le regole domestiche della civile convivenza.

---

· Professore associato di Diritto amministrativo, Università della Tuscia di Viterbo.

1. US Supreme Court, *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010), Opinion of the Court (Justice Stevens), p. 6 e 8.

In termini di politica dell'immigrazione, il messaggio può apparire condivisibile: se non si vuole mettere a rischio la coesione sociale, l'accoglienza non può dissociarsi da meccanismi di condizionalità.

Il problema, però, è giuridico e risiede nell'automatismo che è alla base del meccanismo espulsivo. Nonostante il diverso avviso della Corte costituzionale (§ 3), l'istituto in esame pone tre problemi di compatibilità con il dettato costituzionale.

Il primo riguarda l'impossibilità per l'amministrazione (e il giudice) di bilanciare l'interesse pubblico alla prevenzione dei reati con l'interesse del destinatario dell'atto. L'espulsione, essendo automatica, è disposta senza considerare i vincoli affettivi, sociali ed economici da esso instaurati durante il periodo di permanenza in Italia. Il "bilanciamento" è effettuato *ex ante* dal legislatore e la misura è quindi azionata nell'interesse, esclusivo e presunto, alla pubblica sicurezza: basta la commissione di uno dei reati previsti dalla legge come ostativi - a prescindere dalla concreta gravità - per determinare il rimpatrio. Il *vulnus* così inferto al principio di proporzionalità è evidente, tant'è che il diritto comunitario ha imposto ai legislatori nazionali di sostituire all'automatismo una valutazione discrezionale non solo quando il reato sia commesso da cittadini dell'Unione o da loro familiari,<sup>2</sup> ma anche quando il reo sia uno extracomunitario che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare<sup>3</sup> o acquisito lo *status* di soggiornante di lungo periodo.<sup>4</sup> Negli altri casi, però, il reo extracomunitario resta esposto all'automatismo.

La Corte costituzionale, dal canto suo, dà rilievo alla violazione del principio di proporzionalità (per il tramite dell'art. 3 Cost.) solo se ritiene che sia in gioco un diritto *fondamentale* dello straniero: tale è considerato, dai giudici della Consulta, il diritto al rispetto della vita familiare,<sup>5</sup> ma non anche il diritto di soggiorno in sé, perché si esclude l'applicabilità al non cittadino dell'art. 16 Cost.<sup>6</sup> Fin quando questa impostazione prevarrà,

---

2. Cfr. l'art. 27, co. 2, della direttiva 2004/38/CE e l'art. 20, co. 2, d.lgs. 6.2.2007, n. 30, di recepimento della direttiva medesima, come modificato, da ultimo, dal d.l. 23.6.2011, n. 89 (cfr. anche *infra*, § 4.1).

3. Art. 5, co. 5, ult. periodo, TUI, come modificato dal d.lgs. 8.1.2007, n. 5, recante attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare.

4. Art. 9, co. 4, TUI, come sostituito dall'art. 1, d.lgs. 8.1.2007, n. 3 (Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo).

5. Cfr. Corte cost., sentenza 3.7.2013, n. 202 (sulla quale si v. *infra*, § 3).

6. La posizione della Corte costituzionale, in merito all'art. 16 Cost., è riassunta nell'affermazione secondo cui «la mancanza nello straniero di un *legame ontologico con la comunità nazionale*, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine [...] alla permanenza nel territorio ita-

l'argomento della proporzionalità sarà una lancia spuntata: potrà servire a erodere l'ambito di applicazione dell'istituto in esame, ma non a metterne in discussione il fondamento costituzionale.

Un secondo dubbio di legittimità è di ordine, per così dire, sistematico e attiene alla natura amministrativa dell'automatismo espulsivo. La misura ha una evidente funzione di prevenzione *post delictum*, in quanto presuppone la commissione di un fatto di reato e mira a prevenire il rischio di recidiva. Tutte le misure dello stesso tipo hanno, nell'ordinamento italiano, carattere penale: sono disciplinate dagli artt. 199 e ss. del codice penale come misure di sicurezza, con le implicazioni garantistiche che ne derivano, dall'attribuzione della competenza a un giudice alle garanzie del contraddittorio assicurate dal processo penale. Perché l'automatismo espulsivo si sottrae a tale disciplina?

La risposta in proposito fornita dalla Corte costituzionale è formalistica: l'automatismo espulsivo si sottrae alla disciplina delle misure di sicurezza non perché non ne abbia i caratteri, ma perché è configurato dal legislatore come misura (amministrativa) di polizia. Se si guarda al dato sostanziale, la scelta legislativa di "amministrativizzare" una misura preordinata alla prevenzione *post delictum* è di per sé sospetta: nella prevenzione *post delictum*, è la centralità del fatto-reato che impone (o imporrebbe) la qualificazione della stessa in termini penalistici e, di conseguenza, la competenza del giudice penale.

Il terzo dubbio investe la presunzione di pericolosità che è alla base dell'automatismo. La misura in esame, benché fortemente afflittiva, non può qualificarsi come pena - a dispetto della tesi di recente prospettata dalla Corte suprema statunitense e riassunta nella citazione riportata in apertura - perché la disparità tra cittadini e stranieri nel trattamento sanzionatorio risulterebbe palesemente irragionevole. Ma se la finalità è (non repressiva, bensì) preventiva, ne deriva che l'adozione della misura non può dipendere in via esclusiva dalla commissione del reato, dovendo fondarsi su una prognosi di pericolosità del soggetto, cioè su una valutazione della sua persistente propensione alla commissione di delitti: può bastare una violazione della legge penale compiuta *in passato* per giustificare la presunzione di pericolosità sulla quale si fonda l'allontanamento del reo straniero?

È principalmente su quest'ultimo dubbio - ad avviso di chi scrive, il più forte e il meno eludibile nel presente stadio di evoluzione della giurisprudenza costituzionale - che si concentrerà l'analisi che segue (§ 4). Prima,

---

liano» (Corte cost., sentenza 24.2.1994, n. 62, corsivo aggiunto). Sulla opportunità di rivedere questa impostazione, fondata su una iperestensione del criterio della cittadinanza, sia consentito rinviare a M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 34 ss.

però, occorre fornire un inquadramento dell'automatismo espulsivo che tenga conto della sua finalità preventiva (§ 2) e, quindi, illustrare gli argomenti - alquanto rudimentali - impiegati dalla Corte costituzionale per respingere le censure finora sollevate (§ 3).

## 2. L'automatismo espulsivo come misura di prevenzione

Nella formulazione originaria, il Testo unico dell'immigrazione (TUI) non prevedeva l'espulsione "automatica" dello straniero condannato per un determinato reato. L'allontanamento del reo straniero poteva essere disposto, in linea di principio, soltanto dal giudice penale, a titolo di misura di sicurezza, dopo l'accertamento in concreto del pericolo di recidiva.<sup>7</sup>

Dal canto suo, l'amministrazione poteva allontanare lo straniero - rigettando la richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno (provvedimento questorile)<sup>8</sup> oppure disponendo direttamente l'espulsione (provvedimento prefettizio)<sup>9</sup> - non in quanto reo, ma in quanto soggetto pericoloso. Il giudizio di pericolosità sociale, per la sua natura prognostica, avrebbe dovuto fondarsi non sulla semplice condanna, ma su una pluralità di «indicatori di una condotta di vita tale da suscitare allarme sociale» ovvero sui criteri generali utilizzati dal legislatore per definire le categorie di pericolosità sociale: in breve, su una valutazione della condotta successiva alla commissione del reato.<sup>10</sup>

Dunque, nell'impostazione seguita dal TUI del 1998, al giudice penale spettava l'espulsione in funzione di prevenzione *post delictum*; all'amministrazione, invece, l'espulsione in funzione di prevenzione *ante* o

---

7. Art. 15, co. 1, TUI, cui devono aggiungersi le analoghe previsioni contenute negli artt. 235 e 312 c.p. L'espulsione del reo straniero è anche prevista quale sanzione sostitutiva alla detenzione in carcere (art. 16, co. 1, TUI), ma questa misura non assume qui rilievo, non avendo natura preventiva.

8. Provvedimento da emanare in base al combinato disposto dell'art. 5, co. 5, TUI (che per l'individuazione delle condizioni di soggiorno rinvia all'art. 4) e del co. 3 dello stesso art. 4, TUI (che, nella versione originaria, contemplava, tra le condizioni per l'ingresso dello straniero, il fatto che lo stesso non costituisse «una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato»). È stata la modifica di quest'ultima disposizione (art. 4, co. 3), nel 2002, a generare l'automatismo qui in discussione.

9. Art. 13, co. 2, lett. c), TUI.

10. Cfr. C. Renoldi, *L'impedimento penale al rilascio e al rinnovo del titolo di soggiorno*, P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2008, p. 115 ss.

*praeter delictum*.<sup>11</sup> In nessuna delle due ipotesi, l'automatismo espulsivo era ammesso. Una norma del 1990 sui reati in materia di stupefacenti l'aveva previsto, ma la Corte costituzionale l'aveva cancellato.<sup>12</sup>

Pochi anni dopo, l'automatismo è stabilmente penetrato nella normativa sull'immigrazione con la legge n. 189 del 2002 (c.d. legge Bossi-Fini), che, modificando il testo unico, ne ha incrinato l'impostazione e la logica garantista sopra richiamate.

In base alla normativa vigente, il cittadino di un Paese terzo si vede negare l'ingresso e il soggiorno nel territorio italiano non più solo quando «sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza» - previsione già contenuta nella versione originaria dell'art. 4, co. 3, TUI - ma altresì quando risulti condannato (con sentenza non definitiva) per alcuni reati più frequentemente associati al fenomeno migratorio,<sup>13</sup> ovvero (con sentenza irrevocabile) per uno dei reati in materia di diritto di autore o di contraffazione.<sup>14</sup> La condanna, essendo condizione ostativa al soggiorno,<sup>15</sup> comporta

---

11. Questa impostazione rispondeva al criterio generale di sistemazione delle misure di prevenzione (in senso ampio) nel nostro ordinamento: la prevenzione *ante o praeter delictum* è perseguita attraverso le misure di polizia o di prevenzione (in senso stretto), le quali hanno carattere amministrativo e sono disciplinate in via generale dal d.lgs. 6.9.2011 n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione); la prevenzione *post delictum* è, invece, garantita dalle misure di sicurezza, attratte dal Codice Rocco nell'alveo del diritto penale e disciplinate dagli artt. 199 ss. c.p. Per una ricostruzione del risalente dibattito italiano - troppo precocemente dimenticato - sulle misure di prevenzione e sulla problematica distinzione, in tale ambito, tra sfera penale e amministrativa, ci si limita a richiamare G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 259 ss., nonché, più di recente, in prospettiva penalistica, D. Petri, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.

12. La norma censurata era l'art. 86, co. 1, del d.p.r. 9.10.1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), dichiarato incostituzionale - con sentenza n. 58 del 1995 - nella parte in cui obbligava il giudice a emettere, contestualmente alla condanna, l'ordine di espulsione dallo Stato, eseguibile a pena espiata, nei confronti dello straniero condannato per uno dei reati ostativi in materia di stupefacenti. Su questa pronuncia si veda anche *infra*, § 3.

13. In particolare, per i reati previsti dall'art. 380, co. 1 e 2, c.p.p. e per i «reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite» (art. 4, co. 3, TUI).

14. Art. 26, co. 7 *bis*, TUI.

anche per chi sia stabilmente residente in Italia il diniego di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno e, conseguentemente, l'espulsione,<sup>16</sup> a meno che non appartenga a una delle categorie protette dal diritto comunitario.<sup>17</sup>

La stessa presunzione di pericolosità del reo straniero è stata estesa all'ambito delle c.d. regolarizzazioni: lo straniero che lavori ma sia irregolarmente presente in Italia non può avvalersi delle norme che gli consentirebbero di acquisire il titolo di soggiorno quando, pur avendo gli altri requisiti richiesti dalla legge, risulti condannato per uno dei predetti reati ostativi.<sup>18</sup>

A prima vista, questa ipotesi sembrerebbe porsi a metà strada tra l'espulsione del reo, prevista in funzione di prevenzione della recidiva, e l'espulsione del c.d. clandestino, che, invece, non ha finalità preventiva, in quanto mira a sanzionare la violazione delle norme sull'ingresso.<sup>19</sup> A ben vedere, però, il diniego di regolarizzazione e la conseguente espulsione sono disposti nei confronti dello straniero non in quanto clandestino (ché, anzi, il fine della norma è proprio sanare l'irregolarità del soggiorno), bensì in quanto reo. L'interesse promosso dal legislatore non è, cioè, il controllo delle frontiere, bensì la salvaguardia delle condizioni di sicurezza interna.

Nell'ordinamento italiano sono, quindi, previste due fattispecie di automatismo espulsivo: quella generale - prevista dal combinato disposto degli artt. 4, co. 3, 5, co. 5, e 13, co. 2, lett. b), TUI - che riguarda i rei stranieri

---

15. Il giudice amministrativo impiega indifferentemente i concetti di «presupposto di fatto» o «condizione ostativa» o «preclusiva»: *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 13.5.2009, n. 2959, Cons. St., sez. III, 15.7.2011, n. 4335, Cons. St., sez. VI, 16.2.2011, n. 980.

16. In base all'art. 13, co. 2, lett. b), TUI, il prefetto dispone l'espulsione dello straniero, tra l'altro, «quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato». In linea di principio, allo straniero cui venga revocato o negato il rinnovo del permesso di soggiorno dovrebbe essere concesso un termine, non superiore a 15 giorni, per l'allontanamento volontario, secondo la regola posta dall'art. 12, co. 2, del d.p.r. 31.8.1999, n. 394 (regolamento di attuazione del TUI). Tuttavia, il medesimo art. 12, al co. 1, fa salvi i casi in cui debba procedersi all'esecuzione immediata con accompagnamento coattivo alla frontiera e, tra questi, rientra l'ipotesi in cui l'espulsione sia stata disposta «come conseguenza di una sanzione penale» (art. 13, co. 4, lett. f), TUI).

17. Categorie menzionate *supra*, § 1 (note 2-4).

18. Si veda, in particolare, l'art. 1 *ter*, co. 13, lett. c), del d.l. 1.7.2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), introdotto dalla legge di conversione 3.8.2009, n. 102, che prevede il rigetto automatico dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario in caso di condanna per i reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. Tale disposizione è stata dichiarata parzialmente incostituzionale (Corte cost., sentenza 2.7.2012, n. 172), con conseguente eliminazione dell'automatismo in riferimento alle condanne per i reati contemplati dall'art. 381 c.p.p. (si veda *infra*, § 3).

19. Per un esame più approfondito, M. Savino, *Le libertà degli altri*, cit., p. 297 ss.

regolarmente soggiornanti; e quella, per così dire, speciale - di volta in volta prevista dalle leggi di regolarizzazione - che riguarda l'impedimento penale alla regolarizzazione dei lavoratori stranieri *sine titulo*.

Occorre aggiungere che l'ambito di applicazione dell'automatismo espulsivo coincide in larga parte con quello dell'espulsione prevista come misura (penale) di sicurezza.<sup>20</sup> Di conseguenza, lo straniero, anche quando sfugga alle maglie dell'espulsione di cui all'art. 15 TUI - maglie allargate dalla discrezionalità che il legislatore è tenuto a riconoscere al giudice penale - non sfuggerà all'espulsione amministrativa. Il questore, accertata l'esistenza della condanna, è obbligato a revocare il permesso di soggiorno, non rilevando né la «particolare tenuità - sotto il profilo della pericolosità sociale - del fatto oggetto di condanna penale», né la «avvenuta integrazione nel tessuto sociale italiano»;<sup>21</sup> venuto meno il titolo di soggiorno, il prefetto è a sua volta tenuto ad espellere lo straniero.<sup>22</sup>

Così, il legislatore del 2002 non ha soltanto introdotto - tra l'espulsione come misura di sicurezza (art. 15 TUI) e l'espulsione come misura di polizia (art. 13, co. 2, lett. c), TUI) - un ambiguo *tertium genus*, che "amministrativizza" la prevenzione *post delictum*; ha, in realtà, anche svuotato dei suoi contenuti garantistici l'espulsione di cui all'art. 15 TUI, alla quale la variante amministrativa si sovrappone. La conseguenza è che l'eventuale giudizio di non pericolosità del giudice penale non conta: sul suo accertamento in concreto prevale la presunzione legislativa di pericolosità.<sup>23</sup>

Il dettato costituzionale avalla questo "doppio standard"? Consente, cioè, al legislatore di costruire un modello di prevenzione *speciale*, meno garantistico, destinato ad applicarsi in via esclusiva a chi non sia cittadino italiano o europeo?

---

20. L'uno e l'altro strumento espulsivo - l'automatismo amministrativo e la misura di sicurezza - sono attivabili in riferimento ai numerosi reati per i quali l'art. 380 c.p.p. prevede l'arresto obbligatorio in flagranza: si comparino gli artt. 4, co. 3, e 15 TUI.

21. Così, di recente, in Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 27.6.2012, n. 443.

22. Art. 13, co. 2, lett. b), TUI (cfr. anche *supra*, nota 16).

23. Come detto, in base all'art. 15 TUI, il giudice può, previo accertamento in concreto della sua pericolosità, espellere lo straniero condannato per taluno dei delitti previsti dagli artt. 380 c.p.p. Se il giudice non rintraccia gli elementi necessari a formulare una prognosi di pericolosità dello straniero, la conseguenza dovrebbe essere la prosecuzione della permanenza dello straniero nel territorio italiano. Sennonché, per effetto dell'automatismo introdotto dalla l. n. 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini) con la modifica dell'art. 4, co. 3, TUI, lo straniero, una volta condannato per uno di quegli stessi reati, perde comunque il diritto a ottenere il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno.

### 3. L'orientamento "debole" della Corte costituzionale

La risposta più ampia a quell'interrogativo è stata fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 148 del 2008, *leading case* in tema di automatismo espulsivo.

La questione di legittimità degli artt. 4, co. 3, e 5, co. 5, TUI - sollevata essenzialmente in riferimento all'art. 3 Cost.<sup>24</sup> - trae origine da una vicenda emblematica. Nel 2004, un cittadino marocchino, regolarmente residente in Italia per motivi di lavoro era stato condannato, a seguito di patteggiamento per il reato di cessione di stupefacenti, a otto mesi di reclusione e a duemila euro di multa. Il giudice penale, ritenendo il reo non pericoloso, gli aveva concesso la sospensione condizionale della pena. Nonostante il giudizio di non pericolosità del giudice, il questore aveva dovuto applicare la presunzione di pericolosità stabilita *ex lege* e negare al reo il rinnovo del permesso di soggiorno.

Veniva, perciò, sollevato il seguente dubbio di costituzionalità: posto che per le ordinarie misure di prevenzione *post delictum* (le c.d. misure di sicurezza) non è ammessa nessuna presunzione di pericolosità (art. 204 c.p.), può considerarsi legittima la scelta del legislatore di ammettere quella presunzione per le misure di prevenzione *post delictum* riservate al reo extracomunitario?

La risposta non era scontata.

Da un lato, la Corte costituzionale tradizionalmente riconosce al legislatore, nell'ambito della regolazione dei flussi migratori, un'«ampia discrezionalità», che è «collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione», ed è perciò «limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli».<sup>25</sup>

Dall'altro, nella sentenza n. 58 del 1995, avente ad oggetto l'espulsione automatica dello straniero condannato per reati in materia di stupefacenti, la stessa Corte aveva negato la legittimità della presunzione proprio per l'irragionevole scostamento dalla regola generale prevista dall'art. 204 c.p., scostamento che non aveva «altro presupposto legale, per la determinazione

---

24. Oltre all'art. 3 Cost., sono evocati dal giudice rimettente altri parametri (tra i quali gli artt. 24 e 97 Cost.), che tuttavia la Corte ha ignorato, non essendo stati invocati sulla base di autonome motivazioni (punto 6 del considerato in diritto).

25. Tale posizione è stata compiutamente espressa in Corte cost., sent. n. 62 del 1994 e, da allora, costantemente confermata.

presuntiva della pericolosità sociale del soggetto, che il fatto della condizione di straniero del condannato».<sup>26</sup>

A prima vista, questa pronuncia sembrerebbe coprire anche l'ipotesi, qui in esame, dell'automatismo espulsivo. Tuttavia, mentre in quel caso l'espulsione automatica era configurata come misura penale e, quindi, ordinata da un giudice a titolo di misura di sicurezza, l'automatismo introdotto nel 2002 - benché funzionalmente equivalente, in quanto strumento di prevenzione *post delictum* - è configurato dal legislatore come misura amministrativa.

Proprio facendo leva su questa diversa qualificazione, la Corte approda, nella sentenza n. 148 del 2008, a una conclusione opposta rispetto a quella raggiunta nella sentenza n. 58 del 1995: la presunzione di pericolosità su cui si fonda l'automatismo espulsivo, lungi dall'essere una previsione irragionevole (quale sarebbe se riguardasse l'ambito penale), trasposta nel campo amministrativo diventa «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa».<sup>27</sup>

Al di là del discutibile contenuto garantista del principio di legalità così inteso,<sup>28</sup> la coerenza del ragionamento della Corte è minata da una aporia evidente.

Se l'automatismo espulsivo ha una finalità di prevenzione (della recidiva) e non di repressione (di reati commessi), come può ammettersi un giudizio di pericolosità che, essendo formulato *ex ante* dal legislatore, assume come unico parametro un reato già avvenuto? Se la pericolosità è presunta, cioè desunta da una condanna (anche isolata e lontana nel tempo), non si finisce per stabilire una indebita coincidenza tra il giudizio penale sulla responsabilità del soggetto per un fatto passato e il giudizio amministrativo sulla attitudine della persona a compiere nuovi reati in futuro? La netta distinzione che la Corte traccia tra la sfera amministrativa e quella penale collassa proprio nel punto decisivo: quello dal quale dipende l'esistenza di un autonomo spazio di garanzia per lo straniero. Questi, scontata la condanna, si vede irrogare a titolo preventivo una misura espulsiva che, in virtù dell'automatismo, è in realtà una sanzione aggiuntiva, che egli subisce solo in quanto non cittadino.

Nella giurisprudenza successiva, questa aporia non è stata risolta, bensì elusa. Due pronunce sono, in proposito, significative.

La prima è la sentenza n. 172 del 2012, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., della già ri-

26. Corte cost., sent. n. 58 del 1995, punto 3.

27. Corte cost., sent. n. 148 del 2008, punto 5.

28. Sulla "specialità" e i paradossi del principio di legalità in questa materia, M. Savino, *Le libertà degli altri*, cit., p. 371 ss.

chiamata norma sul divieto di regolarizzazione dei rei stranieri (art. 1 *ter*, co. 13, lett. c), del d.l. n. 78 del 2009). Tale disposizione stabiliva il rigetto automatico dell'istanza di regolarizzazione in caso di condanna sia per reati per i quali l'art. 380 c.p.p. prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, sia per reati per i quali l'art. 381 c.p.p. rende facoltativo l'arresto.

L'illegittimità della norma - nella parte in cui non dispone che sia la PA ad accertare se lo straniero rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato - è stata dichiarata solo in riferimento al secondo gruppo di reati, perché l'art. 381 c.p.p., al co. 4, espressamente richiede la valutazione della pericolosità del soggetto quale presupposto dell'arresto.

Come si vede - e come già accaduto in precedenti pronunce in tema di automatico rigetto delle istanze di regolarizzazioni<sup>29</sup> - la decisione ha una portata limitata: l'irragionevolezza non si ricollega alla presunzione di pericolosità in quanto tale (presunzione che, infatti, sopravvive per i reati di cui all'art. 380 c.p.p.), ma deriva dal contrasto con una specifica previsione legislativa.<sup>30</sup>

Un secondo esempio è la sentenza n. 202 del 2013. Qui, la Corte ha "costituzionalizzato" un orientamento già emerso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato,<sup>31</sup> affermando che ogni qual volta sia in gioco il diritto al rispetto della vita familiare - riconosciuto come fondamentale dalla Costituzione sia in via autonoma (artt. 29, 30 e 31 Cost.) che derivata (dall'art. 8 CEDU, per il tramite dell'art. 117, co. 1, Cost.) - l'espulsione amministrati-

---

29. Si allude, in particolare, a Corte cost., sentenza 10.2.2005, n. 78, riguardante l'art. 1, co. 8, lett. c), del d.l. 9.9.2002, n. 195 (Disposizioni urgenti in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari), convertito nella legge 9.10.2002, n. 222, che vietava la regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari denunciati per uno dei reati di cui agli artt. 380 e 381 c.p.p. La norma è stata dichiarata illegittima in quanto l'automatismo si collegava a una semplice denuncia, «atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce» (Corte cost., sent. n. 78 del 2005, punto 3).

30. La portata circoscritta della pronuncia è confermata dall'altro argomento, alquanto singolare, impiegato dalla Corte: poiché la disposizione censurata concerne la regolarizzazione di specifiche categorie di lavoratori irregolari (colf e badanti), l'automatismo è ritenuto manifestamente irragionevole e sproporzionato non perché compromette diritti fondamentali dello straniero, costretto ad abbandonare il territorio italiano in cui vive e lavora, bensì perché, incidendo su rapporti di assistenza a malati o disabili, «rischia di pregiudicare irragionevolmente gli interessi di questi ultimi» (Corte cost., sent. 2.7.2012, n. 172, punto 7.2).

31. Cons. St., sez. VI, sent. 15.6.2010, n. 3760 e Cons. St., sez. III, 26.10.2011, n. 5757. Cfr. anche, *ex multis*, Cons. St., sez. VI, ordd. 3.2.2010, n. 537, 10.2.2010, n. 691, 30.3.2010, n. 1480. Il giudice ordinario, al contrario, aveva optato per una interpretazione letterale della disposizione: *inter alia*, Cass. civ., sez. I, 7.10.2010, n. 20838.

va deve contemperare (vi è un accenno al canone di proporzionalità) l'interesse della collettività alla sicurezza con l'interesse dello straniero e dei suoi familiari alla prosecuzione del soggiorno.

La sentenza ha un rilievo pratico considerevole, perché la discrezionalità amministrativa prende il posto dell'automatismo non solo quando sia in gioco la permanenza di uno «straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero [del] familiare ricongiunto» (come dispone la lettera dell'art. 5, co. 5, secondo periodo, TUI), ma, più in generale, quando il reo straniero abbia legami familiari in Italia.

Tuttavia, al di fuori di tale ipotesi, la presunzione di pericolosità del reo extracomunitario e il conseguente automatismo restano in piedi.

Gli stessi giudici hanno ribadito, infatti, che l'«ampia discrezionalità» del legislatore in questa materia legittima il ricorso al «c.d. automatismo che caratterizza taluni profili della disciplina del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, oppure dell'espulsione e che, per alcuni aspetti, connotava anche la legalizzazione del lavoro irregolare», mentre «uno specifico giudizio di pericolosità sociale» è ritenuto necessario soltanto «nel caso in cui l'espulsione dal territorio nazionale sia disposta *come misura di sicurezza*».<sup>32</sup>

Come si evince da questa sintetica rassegna,<sup>33</sup> la giurisprudenza costituzionale sull'automatismo espulsivo si fonda su due assunti «deboli», la cui compatibilità con il dettato costituzionale resta indimostrata.

Primo assunto: le garanzie che accompagnano l'adozione di una misura di prevenzione (quale è l'automatismo espulsivo) non dipenderebbero dal contenuto della misura, ma dalla sua forma, cioè dalla qualificazione in senso penale o amministrativo liberamente prescelta dal legislatore.

I limiti di questo approccio formalistico sono evidenti. Tutte le misure di prevenzione *post delictum* esistenti nell'ordinamento sono configurate come misure (penali) di sicurezza, ad eccezione dell'automatismo espulsivo, con conseguenze dirompenti: solo in quest'ultimo caso vengono cancellate le garanzie (divieto di presunzioni di pericolosità, competenza giudiziale, contraddittorio) previste dagli artt. 199 e ss. del codice penale. Il formali-

---

32. Corte cost., sent. n. 172 del 2012, punto 7.1 (corsivo aggiunto). Affermazioni del medesimo tenore compaiono nel punto 4.3 della sent. n. 202 del 2013. In entrambe le pronunce, peraltro, si reitera la discutibile formula - già utilizzata nella sentenza n. 148 del 2008 e in altri precedenti - secondo cui siffatto automatismo costituisce «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione» ed è «anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa».

33. Per una più analitica ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sul tema, Corte Corsi, *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in questa Rivista, n. 3.2012, p. 52 ss.

smo della Corte serve, dunque, a coprire una riduzione di garanzie, ad aval-lare, cioè, una “truffa delle etichette” perpetrata ai danni del reo extraco-munitario. Al di là del velo formale, il *vulnus* al dettato costituzionale resta: dall’“amministrativizzazione” deriva una disparità di trattamento tra rei che, essendo fondata esclusivamente sulla nazionalità, è in contrasto sia con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), sia con il principio di predetermi-nazione legislativa delle ipotesi di prevenzione *post delictum* (art. 25, co. 3, Cost.).

Secondo assunto: nel campo amministrativo non varrebbero (o non avrebbero rilievo costituzionale) le garanzie previste per le misure (penali) di sicurezza, per cui la misura amministrativa può ben fondarsi su una peri-colosità meramente presunta.

In realtà, come si sosterrà nelle pagine seguenti, anche la prevenzione amministrativa ha le sue regole. Una di queste impone all’amministrazione, prima di adottare una misura di prevenzione, di accertare la pericolosità at-tuale del soggetto: di qualunque soggetto, a prescindere - dovrebbe essere ovvio - dalla sua nazionalità. Tale obbligo è, però, disatteso nel caso dell’espulsione amministrativa del reo extracomunitario. Può considerarsi, questa, una scelta legislativa ragionevole o, almeno, non manifestamente irragionevole?

#### **4. Il dubbio di fondo: la pericolosità può essere presunta?**

La risposta è articolata in tre parti. Nella prima si illustra l’orientamento della Corte di giustizia, la quale ha sviluppato sul tema dell’allontanamento in funzione di prevenzione una solida giurisprudenza e ha da tempo espunto dall’ordinamento europeo qualsiasi presunzione di pericolosità. Nella se-conda, si evidenzia la sostanziale coincidenza con l’impostazione comuni-taria dello standard interno dettato per le misure ordinarie di prevenzione (non solo penali, ma anche amministrative): né ai cittadini comunitari, né ai cittadini italiani può essere applicata una misura restrittiva in funzione pre-ventiva - sia essa l’espulsione o una misura funzionalmente analoga - senza un accertamento in concreto della pericolosità del soggetto. Nella terza, se ne traggono le implicazioni sul piano della legittimità costituzionale.

##### *4.1. Lo standard (e la lezione) dell’Unione europea*

Chi ha commesso uno o più reati di particolare gravità può considerarsi, *ipso facto*, socialmente pericoloso?

Una risposta convincente a questo interrogativo è stata formulata nel 1977 dai giudici comunitari nel caso *Bouchereau*.<sup>34</sup>

La Metropolitan Police di Londra sosteneva che la condanna subita da Pierre Bouchereau, lavoratore francese emigrato nel Regno Unito, per possesso illegale di stupefacenti fosse sufficiente a determinarne l'espulsione per motivi di ordine pubblico: altrimenti, sull'amministrazione sarebbe ricaduto l'onere di una *probatio diabolica*, data la difficoltà di dimostrare che il reo straniero avrebbe potuto, in futuro, continuare a delinquere.

La difesa del signor Bouchereau, però, aveva acutamente obiettato che in tal modo si finiva per confondere la prevenzione con la repressione: «qualora si ammettesse che una condanna penale, a prescindere da qualsiasi tendenza presente o futura a commettere un nuovo reato, è sufficiente a giustificare l'espulsione, ne conseguirebbe che la tutela dell'ordine pubblico verrebbe a costituire uno strumento per la repressione degli illeciti penali più che per la protezione dello Stato».<sup>35</sup>

La Corte di giustizia, dal canto suo, ha stabilito un principio che è tuttora il cardine della sua giurisprudenza e della legislazione europea in materia di espulsioni: «l'esistenza di condanne penali può essere presa in considerazione solo in quanto le circostanze che hanno portato a tali condanne provino un comportamento personale costituente una minaccia *attuale* per l'ordine pubblico».<sup>36</sup> Se può essere allontanato soltanto chi, in virtù della sua pericolosità, rappresenta una minaccia attuale, il giudizio di pericolosità non può essere desunto dalla commissione di un certo reato. La pericolosità va accertata in rapporto al comportamento successivamente tenuto dal reo.

Neppure, dunque, una serie ripetuta di condanne è sufficiente, di per sé, a evidenziare l'attitudine a delinquere del soggetto e a giustificare l'espulsione automatica?

Secondo la Corte di giustizia, no. Nel caso *Orfanopoulos* (2004), i giudici di Lussemburgo hanno ribadito che «l'esistenza di una condanna penale può giustificare un'espulsione solo nei limiti in cui le circostanze che hanno portato a tale condanna provino un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico»<sup>37</sup> e hanno, altresì, chiarito che l'esistenza di più condanne non modifica tale principio e non autorizza presunzioni.<sup>38</sup>

---

34. Corte giust., causa 30/77, *Bouchereau*, 27.10.1977.

35. Corte giust., causa 30/77, *Bouchereau*, parte in fatto.

36. Corte giust., causa 30/77, *Bouchereau*, punto 28 (corsivo aggiunto).

37. Corte giust., cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, 29.4.2004, punto 67.

38. Corte giust., cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos*, punto 70. Cfr. anche Corte giust., causa C-441/02, *Commissione c. Germania*, 27.4.2006, punto 38, ove si afferma, in via generale, che sono in contrasto con il diritto comunitario le disposizioni che

Nel diritto comunitario, quindi, non vi è spazio per nessuna forma di automatismo espulsivo.<sup>39</sup> Lo escludono i giudici comunitari e il legislatore sovranazionale concorda: «La sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti».<sup>40</sup> Il legislatore italiano, dopo qualche resistenza, ha dovuto conformarsi, escludendo qualsiasi automatismo a tutela del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione.<sup>41</sup>

#### *4.2. Lo standard nazionale: la garanzia "minima" dell'accertamento in concreto*

Il principio comunitario dell'accertamento *in concreto* della pericolosità sociale corrisponde - quando non si tratti dell'automatismo espulsivo - allo standard nazionale.

Tale standard vale, come anticipato, per le misure di sicurezza.<sup>42</sup> Le presunzioni di pericolosità, un tempo ammesse dal codice penale, ora non lo sono più. Tant'è che quando l'automatismo espulsivo è configurato come misura (penale) di sicurezza, la stessa Corte costituzionale ne dichiara l'incostituzionalità.<sup>43</sup>

Il medesimo standard, a dispetto di quanto sostenuto dalla Corte costituzionale, vale anche per le misure di prevenzione di tipo amministrativo, come si desume agevolmente dai seguenti dati.

Innanzitutto, la stessa Corte costituzionale, sin dal 1980, ha affermato che anche in tema di prevenzione amministrativa vale il principio secondo

---

«comportano l'espulsione dei cittadini comunitari a seguito di una condanna penale senza che sia tenuto conto in maniera sistematica né del comportamento personale dell'autore dell'infrazione né del pericolo attuale che questo rappresenta per l'ordine pubblico».

39. Come ribadito in Corte giust., causa C-50/06, 7.6.2007, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 45.

40. Il principio, già stabilito dall'art. 3 della direttiva 221/64/CEE, è ora sancito dall'art. 27, co. 2, della direttiva 2004/38/CE.

41. Nella versione vigente, risultato di ripetute modifiche (l'ultima delle quali apportata con il d.l. 23.6.2011, n. 89), l'art. 20, co. 2, d.lgs. n. 30 del 2007 stabilisce che «Ai fini dell'adozione del provvedimento [di allontanamento], si tiene conto *anche* di eventuali condanne pronunciate da un giudice italiano per uno o più delitti riconducibili a quelli indicati nel Libro II, Titolo I del codice penale» (corsivo aggiunto).

42. L'art. 204 c.p. impone al giudice di effettuare un accertamento in concreto della pericolosità sociale, valutata in rapporto ai criteri dettati dall'art. 133 c.p., secondo cui la «capacità a delinquere del colpevole [è] desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo».

43. Il riferimento è a Corte cost., n. 58 del 1995 (*supra*, § 3).

cui la pericolosità sociale di un soggetto deve essere desunta da “fatti” e non da sentenze giudiziali o da altri atti giuridici.<sup>44</sup> Già questo primo dato appare dirimente: come si può fondare un giudizio di pericolosità su “fatti” in assenza di un accertamento caso per caso?

In secondo luogo, il richiamo alla fattualità del giudizio è stato accolto dal legislatore, che, nel 1988,<sup>45</sup> ha ancorato tutte le fattispecie di pericolosità rilevanti sul piano amministrativo a precisi «elementi di fatto», verificabili dal giudice, secondo la formula ora recepita dal Codice antimafia e delle misure di prevenzione.<sup>46</sup> Perciò, la necessaria fattualità del giudizio non è compatibile - per la contraddizione che non lo consente - con il ricorso a presunzioni legislative di pericolosità.

In terzo luogo, fin dal 1998 la disciplina dell'espulsione prefettizia disposta a seguito di accertamento della pericolosità in concreto dello straniero fa rinvio al regime generale delle misure di prevenzione, appena richiamato, e alla tipizzazione delle ipotesi di pericolosità ivi contenuta.<sup>47</sup> Se ne trae la conferma che il principio dell'accertamento in concreto della pericolosità dovrebbe applicarsi anche all'espulsione dello straniero extracomunitario.

In quarto luogo, nel 2002,<sup>48</sup> la Cassazione ha fatto chiarezza su un punto decisivo, che la giurisprudenza costituzionale ha sempre lasciato in ombra, ovvero la piena riconducibilità dell'espulsione dello straniero pericoloso alla funzione di prevenzione dei reati, con la conseguente applicazione del relativo schema giudiziario. Il controllo giurisdizionale sul giudizio ammi-

---

44. Corte cost., sentenza 22.12.1980, n. 170: «nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità [...] non può che poggiare su presupposti di fatto “previsti dalla legge” e, perciò, passibili di accertamento giudiziale».

45. Legge 3.8.1988, n. 327, di modifica della legge 27.12.1956, n. 1423, che dettava il regime generale delle misure (amministrative) di prevenzione, ora trasfuso nel d.lgs. n. 159 del 2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione).

46. In base all'art. 1 del Codice, le misure ordinarie di prevenzione amministrativa (il foglio di via obbligatorio e l'avviso orale) «si applicano a: a) coloro che debbano ritenersi, *sulla base di elementi di fatto*, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, *sulla base di elementi di fatto*, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, *sulla base di elementi di fatto*, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica» (corsivo aggiunto).

47. La lett. c) dell'art. 13, co. 2, TUI consente di espellere lo straniero a condizione che «appart[enga] a taluna delle categorie indicate nell'art. 1 della legge 27.12.1956, n. 1423, come sostituito dall'art. 2 della legge 3.8.1988, n. 327, o nell'art. 1 della legge 31.5.1965, n. 575, come sostituito dall'art. 13 della legge 13.9.1982, n. 646».

48. Cass. civ., sez. I, sent. 30.8.2002, n. 12721, *Farhane c. Prefettura di Torino*.

nistrativo di pericolosità formulato nei confronti del soggetto (anche straniero) deve, infatti, tener conto dei seguenti criteri: «a) della necessità di un accertamento *oggettivo e non meramente soggettivo* degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni; b) del requisito dell'*attualità* della pericolosità; c) della *necessità di esaminare globalmente l'intera personalità del soggetto*, quale risulta da tutte le manifestazioni sociali della sua vita».<sup>49</sup> Si notino, da un lato, il richiamo al requisito dell'«attualità» della minaccia, centrale - come si è visto (§ 4.1) - nella giurisprudenza comunitaria; dall'altro, il fatto che i tre criteri indicati dalla Cassazione presuppongono tutti lo svolgimento da parte dell'amministrazione di un accertamento in concreto ed escludono, quindi, l'impiego di presunzioni.

Basta, allora, qualificare l'automatismo espulsivo come misura amministrativa per sottrarlo alla garanzia minima rappresentata dall'accertamento in concreto della pericolosità sociale del reo straniero?

Si direbbe di no: tutte le misure di prevenzione, siano esse penali o amministrative, hanno in comune quella garanzia minima. Garanzia che è ineludibile, da un lato, perché - come ha chiarito la Corte di giustizia - l'esistenza di condanne penali non basta a provare la pericolosità *attuale* del reo; dall'altro, perché - come da tempo hanno evidenziato gli studiosi delle misure di prevenzione - esiste un «irriducibile contrasto tra la pericolosità presunta e le esigenze di una sana difesa sociale contro il delitto».<sup>50</sup>

Nella sentenza n. 148 del 2008 e nelle pronunce successive, la Corte costituzionale ha dato, dunque, per scontato ciò che scontato non è: anzi. Anche la prevenzione amministrativa ha le proprie regole e i propri istituti di garanzia e, perciò, l'«amministrativizzazione» dell'automatismo non basta a restituire alla scelta legislativa una patente di legittimità: l'automatismo rende inapplicabile la garanzia minima dell'accertamento in concreto della pericolosità, accertamento che è ormai necessario non solo per le misure (penali) di sicurezza, ma anche per le misure (amministrative) di prevenzione.

#### 4.3. La manifesta irragionevolezza dell'automatismo

Dall'analisi svolta si evince che la presunzione di pericolosità sociale del reo extracomunitario, sulla quale si fonda l'automatismo espulsivo, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. Tale contrasto emerge sotto due profili.

Il primo è quello della irragionevolezza «intrinseca» della presunzione di pericolosità, mezzo di per sé radicalmente inidoneo a realizzare il fine della prevenzione.

---

49. Cass. civ., sez. I, sent. n. 12721 del 2002.

50. G. Vassalli, *Le presunzioni di pericolosità sociale*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 746.

La lezione che si ricava dalla giurisprudenza comunitaria è inequivocabile: prevenzione e presunzione sono tra loro incompatibili perché è la stessa finalità preventiva della misura - l'espulsione del reo, diretta a prevenire il rischio di recidiva - che esclude in radice la possibilità di operare in base a giudizi formulati *ex ante* dal legislatore. Ciò vale per qualsiasi misura dettata a fini di prevenzione: quando una misura (amministrativa o penale) comprime una libertà individuale per prevenire la commissione di (nuovi) reati, l'accertamento in concreto della pericolosità è sempre necessario, giacché non si può escludere che tra la commissione dell'ultimo fatto di reato e la decisione di espulsione «intervengano circostanze comportanti il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia che il comportamento della persona colpita dal provvedimento di espulsione costituirebbe per l'ordine pubblico». <sup>51</sup> Ove ciò accadesse, si finirebbe per espellere una persona non in quanto la sua presenza nel territorio costituisce una minaccia *attuale*, ma in quanto quella persona ha commesso *in passato* uno o più fatti penalmente rilevanti, accertati e tendenzialmente già sanzionati. Ne deriverebbe una indebita confusione tra prevenzione e repressione o, meglio, un asservimento di mezzi preventivi a fini repressivi.

Proprio per questo, il principio dell'accertamento in concreto è sancito sia dal diritto dell'Unione, in riferimento all'allontanamento dello straniero comunitario (§ 4.1), sia dal diritto interno, in riferimento alle ordinarie misure di prevenzione (§ 4.2). Può, dunque, ritenersi ragionevole (o non manifestamente irragionevole) la scelta di sottrarre l'automatismo espulsivo, misura anch'essa preventiva, a quel principio?

L'obiezione è nota: l'espulsione automatica è un modo pratico per alleggerire il compito degli Stati ospitanti e delle loro amministrazioni, che non possono vedersi imporre l'onere di provare la pericolosità dello straniero anche quando essa sia già testimoniata dalla commissione di uno o più delitti. La presunzione null'altro sarebbe che la formalizzazione di una regola di esperienza: chi commette uno o più reati tende a perseverare. La giurisprudenza costituzionale, del resto, ammette presunzioni "ragionevolmente" fondate sull'*id quod plerumque accidit*.

In effetti, è in questa direzione che sembra orientarsi la Corte costituzionale, che, nella recente sentenza n. 202 del 2013, ha timidamente avanzato la tesi secondo cui «gli automatismi procedurali, essendo basati su una presunzione assoluta di pericolosità, devono ritenersi arbitrari e perciò costituzionalmente illegittimi, se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, quando cioè sia agevole [...] formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa». <sup>52</sup>

51. Corte giust., cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos*, punto 78.

52. Corte cost., sent. n. 202 del 2013, punto 4.3.

La ragionevolezza della presunzione di pericolosità dipenderebbe, cioè, dalla convergenza con regole di esperienza, con l'*id quod plerumque accidit*.

Questa tesi è particolarmente debole.

In via preliminare, va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ormai non solo non ammette presunzioni di pericolosità ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, ma esclude anche la legittimità di qualsiasi presunzione assoluta, di tenore analogo, stabilita dal legislatore.<sup>53</sup>

Nel merito, poi, assume rilievo il secondo profilo di irragionevolezza dell'istituto in esame: una irragionevolezza che è, per così dire, "estrinseca" e determina una palese violazione del principio di uguaglianza.

Se per i cittadini italiani e comunitari autori dei medesimi reati non vige alcuna presunzione di pericolosità, se ne deve dedurre che, nel caso dell'automatismo espulsivo, la pericolosità è presunta non in rapporto alla natura e alla gravità del reato, quanto piuttosto in relazione alla nazionalità (non comunitaria) del reo. Ma può l'autore di un reato essere ritenuto pericoloso solo perché extracomunitario? Se l'automatismo è ammissibile soltanto in base alla regola di esperienza collegata alla commissione di un certo reato, come pare ora affermare la Corte costituzionale, non è ancor più irragionevole applicare la presunzione solo quando l'autore del reato sia un extracomunitario? La (diversa) nazionalità è forse un indice di pericolosità? Come si può, dunque, sostenere che una simile presunzione è compatibile col criterio dell'*id quod plerumque accidit*?

Né si può sostenere che, a fronte dell'"emergenza" immigrazione, lo Stato di diritto debba cedere il passo alle prevalenti esigenze dello Stato di prevenzione, ossia che l'attenuazione delle garanzie prodotta dall'automatismo si giustifichi in vista della necessità di trasmettere alla comunità degli "ospiti" stranieri un messaggio chiaro, dotato di quella efficacia deterrente che altrimenti l'espulsione perderebbe, ove dipendesse dalla valutazione caso per caso dell'amministrazione o del giudice. Come spiegano, infatti, da circa quarant'anni i giudici comunitari, fondare l'adozione di misure restrittive su giustificazioni estranee al caso individuale e attinenti a ragioni di «prevenzione generale» significherebbe asservire la libertà individuale a fini di difesa sociale.<sup>54</sup>

---

53. Cfr. Corte cost., sentenze n. 57 del 2013, n. 110 del 2012, nn. 164 e 231 del 2011, n. 265 del 2010 (tutte di accoglimento, in tema di custodia cautelare in carcere), nonché la sentenza n. 139 del 2010 (di accoglimento, in tema di esclusione dal beneficio del patrocinio a spese dello Stato).

54. Corte giust., causa 67/74, *Bonsignore*, 26.2.1975, punto 7. Cfr. anche, più di recente, Corte giust., causa C-441/02, *Commissione c. Germania*, 27.4.2006, punto 93: «il diritto comunitario osta all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro per motivi di prevenzione generale, ovvero ad un'espulsione decisa nell'intento di dissuadere altri stranieri [...]».

## Conclusioni

Benché la Corte costituzionale sia di diverso avviso, la legittimità costituzionale delle ipotesi di automatismo espulsivo è dubbia sotto almeno tre profili: *a)* perché l'allontanamento è disposto senza considerare i vincoli affettivi, sociali ed economici instaurati durante il periodo di permanenza in Italia e incide, così, sulla libertà di soggiorno dello straniero senza rispettare il vincolo di proporzionalità; *b)* perché l'espulsione in esame è una misura che, essendo prevista in funzione di prevenzione *post delictum* (in quanto mira a prevenire il rischio di recidiva), andrebbe disciplinata alla stregua delle altre misure (penali) dello stesso tipo - le c.d. misure di sicurezza; *c)* perché la presunzione di pericolosità che è alla base dell'automatismo viola il principio dell'accertamento in concreto della pericolosità del reo, che vale anche per le misure (amministrative) di prevenzione.

L'analisi che precede si è appuntata su quest'ultimo profilo e ha portato a qualificare l'irragionevolezza della previsione - e la conseguente violazione dell'art. 3 Cost. - su due versanti.

Da un lato, presumere la pericolosità del reo extracomunitario è "intrinsecamente" irragionevole: una simile presunzione è un mezzo inidoneo a fondare una fattispecie preventiva, che richiede, invece, un giudizio prognostico sulla persistente *attualità* della minaccia che la presenza dello straniero rappresenta per la sicurezza e l'ordine pubblico.

Dall'altro, l'irragionevolezza della presunzione è anche "estrinseca", per il palese contrasto con il principio di uguaglianza. Nel diritto comunitario, l'automatismo espulsivo è radicalmente escluso. Nel regime domestico delle ordinarie misure di prevenzione (penali ma anche amministrative), il principio di base è che la pericolosità sociale del soggetto debba essere desunta da "fatti", accertati nel caso concreto e verificabili da un giudice.

Perché, allora, a parità di reato commesso, nessuna misura di prevenzione può essere disposta in modo "automatico" nei confronti di rei italiani o comunitari, mentre può esserlo, per gli stessi delitti, se il reo è un extracomunitario? Può il giudice costituzionale avallare una simile disparità di trattamento, unicamente fondata sulla diversa nazionalità del reo, che - ove non si voglia accedere a tesi aberranti - resta un indice di pericolosità di per sé irrilevante?

Il fatto che questi interrogativi siano rimasti privi di risposte soddisfacenti evidenzia due limiti della giurisprudenza costituzionale sul tema.

---

segnatamente quando tale provvedimento è stato adottato in modo automatico a seguito di una condanna penale, senza tener conto del comportamento personale dell'autore del reato né del pericolo che esso costituisce per l'ordine pubblico».

Il primo, più specifico, è la mancanza di un adeguato sforzo di “sistemizzazione”. È sorprendentemente rimasto sottotraccia (non solo, in verità, nella giurisprudenza costituzionale, ma anche nel dibattito scientifico) un dato essenziale per il corretto inquadramento giuridico delle misure di espulsione dello straniero reo o pericoloso, cioè la loro natura preventiva.

La riconduzione delle stesse nella più ampia categoria delle misure di prevenzione (*praeter o post delictum*) consentirebbe di porre in termini costituzionalmente corretti le questioni di legittimità che le riguardano.

Il secondo limite, più generale, attiene alla insufficiente “teorizzazione” dei poteri di regolazione dei flussi migratori: nella giurisprudenza costituzionale in materia, manca una cornice teorica di riferimento e manca una adeguata ricostruzione dello statuto costituzionale dello straniero.<sup>55</sup> La formula dell’«ampia discrezionalità» legislativa tenta di coprire questo vuoto, ma finisce per legittimare l’arbitrio del legislatore, che può plasmare *ad libitum* (dove la *libido* è quella della maggioranza politica di turno) le libertà di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi.

Così, libero di sperimentare, il legislatore ha finito per riscoprire l’antica tecnica della “amministrativizzazione” delle misure di prevenzione, ampiamente utilizzata in epoca fascista. Come allora, sono le esigenze di celerità e speditezza dell’azione pubblica a favorire il “declassamento” delle misure di prevenzione dalla sfera penale a quella amministrativa. La differenza, però, è che, rispetto alla prima metà del XX secolo, oggi esistono principi, norme e una ricca giurisprudenza che rafforzano il contenuto garantistico della prevenzione amministrativa e precludono la degradazione dell’individuo - sia esso cittadino o straniero - «a mezzo e a oggetto di trattamento in vista della difesa sociale».<sup>56</sup> Speriamo che la Corte costituzionale, d’ora in avanti, se ne ricordi.

---

55. Si è tentato di dimostrarlo in M. Savino, *Le libertà degli altri*, cit., p. 4 ss. Evidenzia lo scarso rigore della giurisprudenza costituzionale relativa alle misure preordinate al controllo dei flussi migratori, da ultimo, anche R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012, p. 12 ss.

56. Così G. Corso, *L’ordine pubblico*, cit., p. 297, a proposito delle misure di prevenzione del passato.