amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'espulsione ministeriale. Un'analisi giuridica.

di Gabriele Trombetta

(Dottore di Ricerca, presso l'Università Vanvitelli di Napoli)

Sommario

1. Premessa – 2. L'espulsione ministeriale: presupposti – 3. Procedimento, provvedimento, rimedi – 4. Fattispecie più ricorrenti di espulsione per motivi di terrorismo – 5. La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato – 6. La ricostruzione teorica in termini di misura di polizia – 7. (segue) Alcune riflessioni sulla polizia di sicurezza – 8. Potere, terrorismo e diritti fondamentali – 9. (segue) Compatibilità della misura con la libertà di manifestazione del pensiero, con il diritto di difesa, con il diritto all'unità familiare – 10. La compatibilità convenzionale: l'art. 6, volet pénal e l'art. 7 CEDU – 11. (segue) L'art. 6, volet civil – 12. (segue) Le garanzie procedurali nel caso di espulsione di stranieri – 13. Il principio di non refoulement – 14. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare – 15. L'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della misura espulsiva – 16. Conclusioni

Abstract

This contribution frames the institution of ministerial expulsion for reasons of terrorism within the more general phenomenon of the strengthening of police law as a sector of the system aimed at preventing attacks on public order and security in the country. In spite of some doctrinal criticisms, it is believed that the expulsion measure represents a valuable precautionary instrument deputed to protect fundamental interests of the State, which, despite its exceptionality, remains compatible with the constitutional principles of the rule of law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa

L'espulsione ministeriale – disciplinata dall'art. 13, comma 1 del testo unico dell'immigrazione e dall'art. 3 d.l. 27 luglio 2005, n. 144 – è una misura particolarmente incisiva, che determina l'allontanamento dello straniero[1] e la recisione dei suoi legami con il territorio italiano sulla base di un giudizio prognostico di pericolosità ispirato a canoni probabilistici, ben distanti dall'oltre ogni ragionevole dubbio di matrice processualpenalistica.

Il provvedimento, ascritto alla competenza apicale del Ministro dell'interno, impatta così sui diritti fondamentali del destinatario, sacrificati in ragione del preminente interesse della sicurezza pubblica.

È per i suoi effetti di tanta portata e per il suo rilievo strategico nel contrasto al terrorismo internazionale, dunque, che l'atto merita l'attenzione della dottrina, anche con riferimento al relativo regime giuridico, condizionato dalla non scontata collocazione dogmatica dell'istituto.

L'indagine mira, *induttivamente*, attraverso un esame critico della disciplina positiva e degli arresti giurisprudenziali, a porre in luce le diverse alternative ricostruttive dell'istituto, evidenziando, *in via deduttiva*, le conseguenze di ciascuna opzione qualificatoria sul piano delle garanzie costituzionali e convenzionali[2].

La ricerca muoverà, dunque, dal particolare (diritto positivo e giurisprudenza) al generale (ricostruzione teorica), per poi seguire un itinerario inverso, verificando la tenuta della trama complessiva dell'istituto alla luce dei principi generali del diritto e della logica giuridica, anche al fine di ragionare su possibili soluzioni applicative, in ciò l'obiettivo della presente indagine.

Il tutto con la doverosa precisazione che la riflessione vuol essere strettamente *de jure condito*, secondo il paradigma della scienza giuridica, senza proporre soluzioni *de lege ferenda*, spettanti alla politica del diritto, che resta estranea a queste brevi note[3].

2. L'espulsione ministeriale: presupposti.

L'espulsione ministeriale[4] è adottata per motivi di ordine pubblico o di sicurezza

[1] L'espulsione può essere disposta, ai sensi del testo unico immigrazione, soltanto in confronto dello straniero che non sia cittadino dell'UE (art. 1, comma 2, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Peraltro, occorre considerare che anche quest'ultimo può essere allontanato dal Paese per ragioni di sicurezza, ai sensi dell'art. 20 d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

[2] Sul metodo giuridico come combinazione di induzione e deduzione, autorevolmente G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.*, in *Diritto pubblico* 3/2016, p. 1029.

[3] Per la distinzione tra scienza giuridica e politica del diritto cfr. ivi., pp. 1019 ss. Cfr. anche A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, p. 1, allorché afferma che «al giurista (nel momento che fa il giurista) la scelta è consentita entro gli schemi normativi, non al di là di essi».

[4] Cfr., in tema, P. BONETTI, *I principi, i diritti e doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pp. 442-443; A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in *Diritto penale e processo* 10/2005; pp. 1204 ss.; S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006, pp. 152-162; M. ASPRONE, *L'espulsione del cittadino extracomunitario: le diverse tipologie, i procedimenti e gli*

ISSN 2036-7821

nazionale dal Ministro dell'interno, che ne informa il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale[5].
La *ratio* della misura è, evidentemente, l'allontanamento dello straniero pericoloso dal Paese, allo scopo di evitare la concretizzazione di un evento di danno per lo Stato-comunità[6].
La competenza di vertice e gli obblighi informativi ne testimoniano l'alta rilevanza

---

ultimi orientamenti giurisprudenziali, in *Amministrativamente* 11-12/2014; S. CLINCA, *Interventi in materia di misure di prevenzione*, in *La legislazione penale*, 15 gennaio 2016, V. MONTARULI, *L'espulsione ministeriale dello straniero per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato e prevenzione del terrorismo*, in *Rivista di polizia* 11-12/2016, pp. 1161-1192; N. DURANTE, *Espulsione dello straniero e disciplina della regolarizzazione*, Relazione resa alla sessione formativa per magistrati amministrativi sul tema "Il diritto dell'immigrazione", organizzata presso il Consiglio di Stato il 28 novembre 2016, dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, ora in www.giustizia-amministrativa.it.

[5] Nel senso della mera irregolarità del decreto, ove non preceduto dalla dovuta informazione al Presidente del Consiglio dei Ministeri e al Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, L. GIORDANO, *Controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione (artt. 10-17 T.U.IMM.)*, in D. MANZIONE (a cura di), *Codice dell'immigrazione e dell'asilo*, Milano, 2018, p. 147.

[6] Gli addetti ai lavori ritengono l'espulsione dei soggetti radicalizzati una misura preziosa sul piano del contrasto al terrorismo: cfr. quanto riportato dal Ministero dell'interno in https://www.interno.gov.it/it/notizie/controlli-accurati-ed-espulsioni-soggetti-radicalizzati-strategie-contrasto-terrorismo, nonché l'inserto *La normativa antiterrorismo* di *Polizia moderna* dell'ottobre 2016, a cura del Servizio centrale antiterrorismo, dove si espone, in chiave info-investigativa, un interessante caso pratico. In questo senso, cfr. anche le dichiarazioni del generale dell'Arma dei Carabinieri Mori, riportate da G. FABINI – V. FERRARIS, *Terrorismo e politiche migratorie: prime riflessioni per orientarsi*, in *Antigone* 1/2017, p. 40, secondo cui una controindicazione a politiche più inclusive in materia di cittadinanza sarebbe proprio l'inutilizzabilità, nei confronti dei cittadini, dello strumento dell'espulsione ministeriale. Riguardo l'efficacia di questo istituto, come anche dello strumento penale in funzione antiterrorismo, esprime invece qualche dubbio C. MORUCCI, *I rapporti con l'Islam italiano: dalle proposte d'intesa al patto nazionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 38/2018. L'Autrice afferma, in particolare, che «queste misure, seppure fortemente efficaci nel prevenire tutta una serie di reati legati alle attività terroristiche, sono state ampiamente criticate perché, invece di risolvere il problema della radicalizzazione e del terrorismo, tendono o a delocalizzarlo, con le espulsioni, oppure a soggiogarlo, con gli arresti». In senso analogo, riguardo il rischio di "esportazione" del terrorismo, L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, Padova, 2012 e S. SANTINI, *Prevenzione personale e terrorismo: profili di insostenibilità del sistema attuale*, in *Discrimen*, 24 maggio 2021, che parla di «gesto pilatesco». Sottolinea come, evidentemente, la tipologia provvedimentale in analisi non possa essere utilizzata per «jihadisti autoctoni» G. BENEVENTANO, *Tra integrazione ed estremismo: studio sperimentale a partire da giovani di seconda generazione italo-arabi*, in *Rivista di psicodinamica criminale* 1/2018, p. 50. Interessante poi quanto osservato da D. MILANI – A. NEGRI, *Tra libertà di religione e istanze di sicurezza: la prevenzione della radicalizzazione jihadista in fase di esecuzione della pena,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 23/2018, laddove sostengono che «la misura sconta però almeno due problemi: da una parte – e come già detto - lascia spazi fin troppo larghi di manovra a chi la adotta con il rischio di sacrificare sull'altare dell'incisività e dell'immediatezza irrinunciabili garanzie di difesa dell'espulso. Dall'altra, su un piano meno strettamente giuridico ma parimenti rilevante, non si può escludere che una misura così afflittiva possa in qualche misura agevolare quella narrativa improntata al vittimismo e al senso di persecuzione che è parte integrante del messaggio propagandato dagli estremisti jihadisti. Sebbene l'utilizzo dell'espulsione amministrativa possa sembrare efficace nell'immediato, non si vede, dunque, come possa risultare risolutivo nel lungo periodo». Sulla curva delle espulsioni, con le relative statistiche, si rimanda a M. OLIMPIO, *La misura delle espulsioni per estremismo*, in www.ispionline.it, 14 dicembre 2018, nonché al "Dossier Viminale 2020", disponibile in www.interno.gov.

ISSN 2036-7821

politica, tale da impegnare il Governo nel suo complesso[7].
I presupposti dell'atto sono espressi dal legislatore mediante un concetto giuridico indeterminato, la cui concretizzazione è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione[8].
Peraltro, deve ritenersi che le fattispecie abilitanti siano due, e cioè: il pericolo per l'ordine pubblico e quello per la sicurezza nazionale.
Il primo è il «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché [la] sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni»[9].
Per sicurezza nazionale dovrebbero invece intendersi i supremi interessi dello Stato-persona, tanto nella sua tenuta costituzionale interna, quanto nella sua proiezione esterna[10].
Il d.l. 31 luglio 2005, n. 144, all'art. 3 ha previsto un ulteriore caso di espulsione ministeriale, che può essere disposta nei confronti di coloro che appartengono a una delle categorie di cui all'art. 18 l. 22 maggio 1975, n. 152[11] ovvero – ed è questa l'ipotesi più problematica sul piano esegetico – allorché vi siano «fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali»[12].

---

[7] Argomentando dall'elevato livello dell'Autorità emanante, L. MASERA, *op. cit*. sostiene che l'istituto dovrebbe rivestire carattere di eccezionalità, senza poter assurgere a strumento di gestione ordinaria del fenomeno migratorio. Si dovrebbe, piuttosto, ritenere trattarsi di misura *estrema* ma *ordinaria*. D'altronde, come autorevole dottrina ha osservato, si va incontro a un «terrorismo del tempo ordinario» (G. DE MINICO, *op. cit.*; l'Autrice, peraltro, rinviene nell'eccezionalità e temporaneità inderogabili requisiti della legge dell'emergenza). Il fenomeno eversivo si stabilizza, divenendo endemico alla società, permanentemente minacciata. Ciò implica che la reazione non potrà che essere di lungo periodo, con una modificazione sostanziale dell'ordinamento, pur sempre dentro i principi costituzionali, che deve fare i conti con una aggressione costante alle sue fondamenta: così L. LORELLO, *Il dilemma sicurezza vs. libertà al tempo del terrorismo internazionale*, in *Democrazia e sicurezza* 1/2017.

[8] Così anche N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo, tutela dell'ordine pubblico e diritti fondamentali degli stranieri: riflessioni sull'espulsione degli stranieri prevista dall'art. 3, d.l. n. 144 del 2005*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 2/2017. ID., *Prevenzione del terrorismo ed espulsione degli stranieri dopo il "decreto sicurezza" del 2018*, in F. ASTONE – R. CAVALLO PERIN – A. ROMEO – M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Atti dei convegni di Siracusa 4 maggio 2017 e Torino 27 ottobre 2017*, Torino, 2019, pp. 375-376, in afferma che «l'espulsione viene configurata come una vera e propria misura di prevenzione amministrativa *ante delictum*, il cui ambito di applicazione è rimesso in fondo alla valutazione della stessa amministrazione». Ritiene eccessivamente lato il concetto di ordine pubblico e sicurezza, che consegnerebbe all'autorità emanante spazi d'incontrollata discrezionalità, anche M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata*, in *Diritti fondamentali* 1/2018, p. 10.

[9] Così l'art. 158, comma 2, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che replica la definizione recata da Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 218. Cfr. altresì, *ex plurimis*, G. CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

[10] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 4 maggio 1977, n. 86, che fa riferimento alla «esistenza, [al]la integrità, [al]la essenza democratica dello Stato».

[11] Norma confluita ora nell'art. 4, comma 1, lett. d)-h) e 16, comma 1, lett. b) del testo unico antimafia.

[12] È dubbio che, in quest'ipotesi, in cui il Ministro può altresì delegare il Prefetto, sussistano gli obblighi informativi previsti per il caso di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 286/1998. Si potrebbe infatti sostenere che *ubi voluit, dixit*.

ISSN 2036-7821

Spetta dunque al Ministro valutare, entro margini di apprezzamento tecnico, la sussistenza dei presupposti di esercizio del potere, nonché operare una comparazione tra gli interessi in gioco.
Non parrebbe, ad ogni buon conto, sostenibile che nel caso di specie si assista ad un'estensione della discrezionalità sconfinante nell'arbitrio[13], essendo i parametri di scrutinio, sebbene elastici, definiti dalla legge e suscettibili di giustiziabilità secondo un razionale controllo di un organo terzo e indipendente[14].

3. Procedimento, provvedimento, rimedi.
Il procedimento amministrativo, in ragione delle esigenze di celerità sottese all'espulsione, soffre significative deroghe rispetto alla disciplina generale in materia di partecipazione e di accesso agli atti[15].
Si esclude, infatti, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento e risulta inaccessibile, anche ai fini defensionali, la documentazione coperta da segreto o riservata, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. a) e comma 2, lett. a) e c) l. 7 agosto 1990, n. 241[16].
Il provvedimento, è agevole intuire, ha natura amministrativa, ed è caratterizzato da ampia discrezionalità.
Sebbene si tratti di un atto che impegna l'apice dell'apparato governativo, esso rimane pur sempre vincolato nei fini, trovando il proprio obiettivo nella legge. In questo senso, si nega che l'espulsione ministeriale sia un atto politico, insindacabile dall'autorità giudiziaria[17].
A ciò, d'altronde, osterebbero sia la funzionalizzazione dell'atto all'interesse pubblico, sia la sua soggezione a precisi limiti legislativi, che lo rendono raffrontabile ad uno schema normativo di riferimento[18].

---

[13] Così anche P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, p. 42, secondo cui «tale ampia discrezionalità non significa libertà assoluta ed illimitata, giacché altrimenti essa si tradurrebbe in arbitrio e sopruso; la discrezionalità di polizia invece incontra precisi limiti» nella legge, tra l'altro soggiacendo al divieto di analogia.

[14] Per una rassegna di queste critiche, v. N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo*, cit, p. 473.

[15] Dubita della compatibilità dell'istituto con i diritti fondamentali L. MASERA, *Il terrorismo e le politiche migratorie: sulle espulsioni dello straniero sospettato di terrorismo*, in *Questione giustizia*, settembre 2016.

[16] Sull'elisione delle garanzie partecipative, v. A. BONOMO, *Stranieri, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2/2020, pp. 152-157. Con riferimento alle esclusioni documentali dal diritto di accesso relative ai procedimenti di competenza del Ministro dell'interno, v. d.m. 10 maggio 1994, n. 415.

[17] In tema, cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, nonché, più recentemente, F. BLANDO, *L'atto politico nel prisma della Corte costituzionale*, in *Sports Law & Economics* 2/2014; P. ZICCHITTU, *Una "nuova stagione per l'atto politico"? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 11/2018; V. CAPUOZZO, *L'"atto politico" davanti alla Corte costituzionale: la tensione tra funzione di indirizzo politico e diritto d'accesso al giudice nella sent. 10 marzo 2016, n. 52*, in *Diritti fondamentali* 2/2018; A. MITROTTI, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne "tensione" tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos1*/2020.

[18] Secondo P. VIRGA, *op. cit.*, 51, possono considerarsi atti politici solo i provvedimenti di polizia «diretti a prevenire un pericolo che minacci i supremi interessi dello Stato». La definizione può essere ancora accolta, a

ISSN 2036-7821

Potrebbe, forse, sostenersi che l'atto abbia comunque «rilievo politico nazionale»[19], a patto però di usare l'espressione in termini metagiuridici.

Sotto il profilo istruttorio, occorre poi che vi siano elementi obiettivamente riscontrabili a sostegno di un credibile giudizio prognostico, senza però – come già precisato – che si attinga quella certezza oltre ogni ragionevole dubbio, propria del diritto processuale penale[20].

Il decreto, evidentemente, dev'essere motivato, ai sensi dell'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo, nonché dell'art. 13, comma 3 del testo unico immigrazione, che contiene un inequivoco riferimento ad un «decreto motivato immediatamente esecutivo».

Sul piano rimediale, come previsto dall'art. 13, comma 11 del testo unico immigrazione e rammentato dalla Suprema Corte di Cassazione[21], la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. In particolare, la competenza funzionale è del TAR Lazio, giusta l'art. 135, comma 1, lett. i) c.p.a.

Per contro, le questioni inerenti alle altre tipologie d'espulsione, affidate all'autorità prefettizia, sono conosciute dal giudice ordinario[22].

Tradizionalmente, si ritiene che questo riparto fondi sulla circostanza che il Ministro dispone di un ampio potere discrezionale, mentre, nelle altre ipotesi di misura espulsiva, l'autorità procedente sarebbe chiamata a una verifica tecnica dei presupposti, tale da giustificare la qualificazione della situazione giuridica soggettiva del frontista in termini di diritto soggettivo[23].

---

patto di chiarire che, in quel caso, il provvedimento di polizia sia libero nel fine, senza trovare il proprio paradigma di riferimento nella legge.

[19] Per questa connotazione dell'atto, L. GIORDANO, *op. cit.*, p. 147.

[20] «L'esigenza di tutelare beni assolutamente fondamentali sopraindicati, […] impone una tutela molto avanzata, che impone all'Autorità procedente di adottare la misura dell'espulsione anche sulla base del semplice sospetto, sulla base di una valutazione effettuata anche solo alla stregua di meri indizi, in cui assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza di progettualità terroristica, che possono essere ravvisati in fatti in sé e per sé privi dell'assoluta certezza che detta azione venga realizzata nell'imminenza, ma che, nel loro complesso, siano tali da fondare un giudizio che tale possibilità possa verificarsi»: così TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 4 luglio 2011, n. 5826.

[21] Cass., Sez. Un., 27 luglio 2015, n. 15693.

[22] Giusta l'art. 13, comma 2, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «l'espulsione è disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'articolo 10; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68; c) appartiene a taluna delle categorie indicate negli articoli 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

[23] V. anche Cass. civ., sez. I, 17 giugno 2020, n. 11726, che ha sostenuto «la diversità strutturale e morfologica del provvedimento ministeriale rispetto al provvedimento prefettizio, atteso che il primo rimette all'amministrazione, non una mera discrezionalità tecnica e ricognitiva di ipotesi già individuate e definite dal legislatore nel loro perimetro applicativo, ma una ponderazione valutativa degli interessi in gioco (Cass. S. U. 15693/2015), mentre il

ISSN 2036-7821

Questa ricostruzione è debitrice della tesi per cui, a fronte di un potere vincolato, si staglino diritto soggettivi, residuando interessi legittimi soltanto a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale[24].

A diverse conclusioni dovrebbe giungersi, invece, ove si accedesse alla opposta tesi secondo cui anche al potere vincolato corrisponderebbero interessi legittimi, e non diritti soggettivi, allorché il vincolo all'azione amministrativa sia posto nell'interesse pubblico[25].

In questo diverso quadro teorico-generale la ripartizione tra le due giurisdizioni apparirebbe difficile da giustificare, dovendosi la situazione giuridica soggettiva dello straniero configurare sempre in termini di interesse legittimo[26].

Potrebbe, forse, obiettarsi che il provvedimento espulsivo incide sulla libertà personale, diritto soggettivo 'inaffievolibile', tradizionalmente affidato alla cognizione del giudice ordinario.

Ciò nondimeno, al di là della considerazione che la libertà personale è fatta consistere, dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, nella libertà fisica[27], il ragionamento non pare resistere alla notazione che la misura ministeriale – analoga sul piano degli effetti a quella prefettizia – spetta invece alla cognizione del giudice amministrativo. Insomma: se l'espulsione incide sulla libertà, allora anche il decreto del Ministro dell'interno dovrebbe impattare su un diritto soggettivo, da rimettere alla cognizione del giudice ordinario.

Peraltro, laddove fosse davvero in gioco la libertà personale, dovrebbe operare quella riserva di giurisdizione, *ex* art. 13 Cost., che è invece soddisfatta soltanto con riguardo all'esecuzione coattiva dei provvedimenti, allorché si assiste effettivamente

---

secondo non integra esercizio di discrezionalità amministrativa, ma si configura, in presenza delle condizioni all'uopo stabilite, come atto dovuto (Cass. S. U. n. 18082/2015 e Cass. n. 30828/2018».

[24] Autorevolmente sostenuta da A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1249.

[25] R. GAROFOLI – Gi. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2017-2018, pp. 1762-1763, che richiamano conforme giurisprudenza del giudice nomofilattico (in particolare, Cass. civ., SS. UU., 19 aprile 2017, n. 9862).

[26] Sul tema, approfonditamente, D. ZECCA, *Tutela avverso il provvedimento di espulsione fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Federalismi* n. spec. 2/2019; nel senso dell'identità della situazione giuridica soggettiva dello straniero dinnanzi al potere espulsivo, S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato italiano*, in *Diritto Processuale Amministrativo* 2, 2017, 534 ss. Di «polverizzazione» delle sedi di tutela giurisdizionale per lo straniero espulso parla C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa e immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in G. CANAVESI, *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, Macerata, 2019, 119 ss.

[27] Danno atto del dibattito sul tema, riferendo della tesi maggioritaria che configura la libertà personale come "libertà dagli arresti" P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 1994, pp. 231 ss.; M. RUOTOLO, *Art. 13 Cost.*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 321-341; C. MAINARDIS, *Art. 13*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 101-114; Nel senso di una ricostruzione in termini di libertà anche morale, violata dalla degradazione giuridica, A. CARIOLA, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in *Diritti fondamentali* 1/2021.

ISSN 2036-7821

a una compressione della libertà fisica della persona migrante[28].
Sicché, la tenuta del sistema in termini di coerenza e razionalità pare sostenibile soltanto aderendo alla tesi che qualifica in termini di diritto soggettivo la posizione del frontista dinanzi al potere vincolato; per contro, l'opposta visione che qualificherebbe quest'ultima come interesse legittimo conduce, ineluttabilmente, a constatare un "cortocircuito giurisdizionale" .
Giova richiamare, infine, una recente ed autorevole opinione, secondo la quale, lungi dal potersi rinvenire un predeterminato criterio di riparto nella materia dell'immigrazione, la giurisdizione parrebbe assegnata al giudice amministrativo laddove si tratti di sindacare l'esercizio di un potere che, indirettamente, conformi i diritti fondamentali, mentre si attesterebbe sul giudice ordinario ove si tratti di conoscere in via diretta di siffatti diritti. A mutare sarebbe la prospettiva adottata dal legislatore: *ex parte auctoritatis*, quando la cognizione è del giudice amministrativo; *ex parte subiecti*, ove invece appartenga al giudice ordinario[29]. Evidente che anche sulla base di questo schema ragionativo il sistema giurisdizionale che presiede alla tutela in materia di espulsione potrebbe trovare una razionale giustificazione, a patto di ritenere costruita *ex parte auctoritatis* la sola espulsione ministeriale[30].
Passando al piano delle garanzie, va rammentato che originariamente, il legislatore aveva – in via transitoria (sino al 31 dicembre 2007 – previsto severi limiti alla protezione giurisdizionale dell'espulso per motivi di terrorismo (nonché di ordine pubblico), precludendogli la tutela cautelare; derogando alla garanzia della convalida dell'espulsione da parte del giudice di pace; sospendendo comunque il giudizio per un tempo di due anni ove l'Amministrazione avesse opposto il segreto di Stato, decorso il quale termine il giudice avrebbe potuto decidere allo stato degli atti. La Corte costituzionale, nel 2007, non ebbe modo di pronunciarsi su questo regime eccezionale, giacché ritenne le questioni priva di rilevanza nel giudizio *a quo*[31]. Tuttavia, si può sostenere che, effettivamente, quei limiti si ponessero in seria contraddizione con le garanzie defensionali assicurate dalla Carta[32].
Attesa la scadenza del termine finale di efficacia delle disposizioni derogatorie in commento, queste questioni assumono un rilievo essenzialmente storico, di non stretta attualità giuridica.

---

[28] Ai sensi dell'art. 13, comma 5 *bis* del testo unico immigrazione, il procedimento d'esecuzione coattiva del decreto di espulsione rispetta i termini di cui all'art. 13, comma 3, Cost.

[29] Così M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi* 5/2018, p. 13.

[30] Ciò che riesce difficile soprattutto con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 13, comma 2, lett. c), che attiene all'espulsione prefettizia di soggetti socialmente pericolosi.

[31] Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 432.

[32] V. anche M. VIZZARDI, *Espulsione del sospetto terrorista e garanzie costituzionali*, in *Corriere del merito* 12/2005, pp. 305 ss. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 100, ravvisa nell'istituto, come originariamente conformato, un'espressione del *Feindstrafrecht*, essendo connotato dai caratteri della neutralizzazione, (eventuale) incriminazione dell'esercizio dei diritti e degiurisdizionalizzazione.

ISSN 2036-7821

Il sindacato del giudice amministrativo è, naturalmente, circoscritto ai profili di legittimità. Si tratta di cognizione mai estesa al merito o comunque alla sfera tecnico-discrezionale, rimessi all'Amministrazione procedente[33].
Ai sensi dell'art. 13, comma 4, lett. a) del testo unico immigrazione, l'espulsione ministeriale è eseguita coattivamente dal questore, con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Il successivo comma 5-*bis* esige – in coerenza con i termini di cui all'art. 13, comma 3 Cost. – la convalida da parte del giudice di pace.
Il legislatore colloca l'espulsione ministeriale tra le fattispecie suscettibili di essere eseguite forzatamente, senza che possa essere concesso allo straniero uno *spatium temporis* per la partenza volontaria.
Questo dispositivo depone nel senso dell'urgenza immanente del provvedimento e dell'esigenza di una sua tempestiva attuazione in fatto, che non consente dilazioni, potenzialmente pericolose per l'ordine pubblico.
In questo senso, il *favor expulsionis* ha indotto ad escludere, salvo casi eccezionali, che la pendenza di un procedimento penale osti all'allontanamento dello straniero.
Viene previsto che il questore, salvo che lo straniero sia sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere, richieda, ai fini dell'esecuzione del decreto, un nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo «solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali»[34].
Opera, comunque, un meccanismo di silenzio-assenso, per cui, in mancanza di riscontro entro sette giorni da parte dell'autorità giudiziaria, il nulla osta si intende concesso.
Allo scopo di circoscrivere le ipotesi di reingresso dello straniero a fini defensionali, viene altresì previsto che, nel caso di avvenuta espulsione, il giudice dell'udienza preliminare pronunci sentenza di non luogo a procedere.
La regola processuale, peraltro, limitava l'improcedibilità alle sole fattispecie più gravi, soggiacenti all'applicazione del rito ordinario, non operando invece per i casi di citazione diretta a giudizio.

[33] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 4 luglio 2011, n. 5826, ove s'afferma che «il giudice amministrativo non è autorizzato a sostituire le proprie valutazioni a quelle effettuate, sulla base di elementi di giudizio non sempre ostensibili, dall'amministrazione competente»; in materia di terrorismo, «pertanto, il sindacato giurisdizionale su tali giudizi prognostici si configura in modo particolare, in quanto ha ad oggetto non un mero accertamento di fatti, nella loro sussistenza attuale, ma ha ad oggetto altresì la formulazione, in base agli stessi fatti, mediante un processo logico di tipo inferenziale - probabilistico, delle ipotesi di avveramento in futuro di altri, diversi fatti, la cui realizzazione si intende prevenire».
[34] Art. 13, comma 3 del testo unico immigrazione.

ISSN 2036-7821

Attesa la *ratio* deflattiva della norma, la giurisprudenza di legittimità aveva stimato irragionevole che essa trovasse applicazione ai soli casi di maggiore gravità, restando estranea alle fattispecie più attenuato disvalore, in cui invece emergerebbe naturalmente un minor interesse dello Stato alla punizione del reato.
Veniva così sposata un'interpretazione adeguatrice, secondo cui, ove il P.M. non abbia ancora richiesto il decreto di citazione diretta, quest'ultimo può chiedere al giudice per le indagini preliminari di adottare una pronuncia di non luogo a procedere, ancorché l'azione penale non sia stata esercitata nei modi previsti dall'art. 405 c.p.p.
La Corte costituzionale, in consonanza con il descritto orientamento, ha infine dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13, comma 3 *quater*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 nella parte in cui non consente, nel caso di avvenuta citazione diretta a giudizio, di pronunciare sentenza di non doversi procedere, qualora l'espulsione sia stata eseguita anteriormente al decreto che dispone la citazione diretta e ricorrano le condizioni per un tale *decisum*[35].
Infatti, l'eventuale difetto di comunicazione tra questore e P.M. in relazione all'esecuzione del decreto espulsivo non potrebbe ridondare in danno dell'imputato, che subirebbe un trattamento processuale deteriore per cause a lui estranee; né risultava percorribile un'interpretazione adeguatrice, tenuto conto del chiaro disposto normativo che qualifica in termini ostativi alla dichiarazione di non procedibilità l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

4. *Fattispecie più ricorrenti di espulsione per motivi di terrorismo.*
Dall'analisi delle decisioni in materia, può trarsi una casistica esplicativa, che rimanda alle motivazioni più ricorrenti in tema di espulsione per motivi di terrorismo.
Anzitutto, viene in rilievo l'inserimento in un *circuito relazionale* con soggetti noti per avere assunto posizioni religiose radicali in favore della *jihad*[36].
Altra ipotesi in concreto emersa è l'espressione di *solidarietà allo Stato islamico*[37], così come la propaganda estremista islamica.
È, altresì, colpita la *radicalizzazione religiosa islamica*. La giurisprudenza amministrativa[38] precisa che si tratta «non [del]la mera pratica di una religione, quanto [de]l proselitismo e [del]la propaganda a favore della *jihad*, caratterizzata da

[35] Corte cost., 13 dicembre 2019, n. 270. In tema, A. MAZZOLA, *La sopravvenuta condizione di improcedibilità dell'azione penale a seguito del provvedimento di espulsione. Nota a margine di Corte cost. n. 270 del 2019*, in *Diritti fondamentali* 1/2020, nonché S. LONATI, *Espulsione amministrativa dello straniero, processo penale e modelli differenziati di accertamento*, in *Giurisprudenza costituzionale* 6/2019, pp. 3229 ss.
[36] TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.
[37] TAR Lazio, sez. I-*ter*, 17 marzo 2021, m. 3224. Solidarietà che può essere espressa anche sui *social network*, come *Facebook*: TAR Lazio, sez. I *ter*, 7 agosto 2020, n. 9079.
[38] TAR Lazio, sez. I *ter*, 17 marzo 2021, n. 3224; TAR Lazio, sez. I ter, 20 settembre 2021, n. 9824.

ISSN 2036-7821

azioni terroristiche nei paesi europei e non solo».
In proposito, il giudice amministrativo di prime cure[39] stigmatizza un percorso di radicalizzazione culminato nell'assunzione di una posizione referenziale quale *imam*[40]. Invero, questa mera osservazione parrebbe insufficiente a qualificare in termini di pericolosità il destinatario del provvedimento; peraltro, nel caso di specie il Tribunale argomenta lungamente, e su altri fronti, l'esistenza dei presupposti ai fini dell'espulsione.
Anche il reclutamento di *foreign fighters*[41] costituisce valida premessa dell'espulsione ministeriale[42].
È stato poi osservato dalla giurisprudenza che la c.d. *mimetizzazione* non osta all'espulsione: è, anzi, talora una tecnica di dissimulazione adottata dai *lupi solitari*[43].

5. La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.
Il Consiglio di Stato[44] ha recentemente ribadito l'orientamento appena esposto.
Il caso concerneva l'appello proposto da un cittadino tunisino espulso per ragioni di sicurezza dello Stato avverso la decisione del TAR Lazio, che aveva respinto il ricorso di prime cure con cui veniva chiesto l'annullamento dell'atto amministrativo, che, tra l'altro, vietava anche il rientro nel Paese per quindici anni.
La misura di rigore era stata emessa dal Ministero dell'interno – *ex* art. 3 d.l. n. 144/2005, in comb. disp. con l'art. 20 d.lgs. n. 30/2007[45] – in ragione dell'inserimento dello straniero in un circuito di connazionali noti per aver assunto posizioni religiose radicali, e per avere egli condiviso sul *web* contenuti inneggianti al sedicente Stato islamico.
A complicare il quadro fattuale, la circostanza che il ricorrente fosse sposato – sebbene separato – con cittadina italiana e padre di minore residente in Italia. Ad ogni modo, come il Ministero dell'interno evidenziava in giudizio, l'espulso era separato dal coniuge, senza alcun obbligo di mantenimento del figlio a causa delle sue difficoltà economiche.
La censura era articolata su diversi profili: anzitutto, atteneva allo stesso fondamento dell'espulsione, contestandone i presupposti mediante deduzione di eccesso di potere per travisamento del fatto e difetto di istruttoria.

[39] TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.
[40] Sul rilievo dell'assunzione del ruolo di punto di riferimento ideologico e indottrinatore di precetti jihadisti v. anche TAR Lazio, sez. I *ter*, 20 settembre 2021, n. 9824.
[41] Per un inquadramento, v. M. SOSSAI, *Foreign terrorist fighters: una nozione ai confini del diritto internazionale*, in *Federalismi*, 25 settembre 2015, nonché Y. M. CITINO, *Sicurezza e stato di diritto nella minaccia dei foreign terrorist fighters*, in *Diritti fondamentali* 2/2019.
[42] TAR Lazio, sez. I *ter*, 17 marzo 2021, n. 3224; TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.
[43] TAR Lazio, sez. I *ter*, 17 marzo 2021, n. 3224.
[44] Cons. St., sez. III, 19 maggio 2021, n. 3886.
[45] Forse con qualche contraddizione, trattandosi di due distinti provvedimenti, con ambito soggettivo d'applicazione distinto.

ISSN 2036-7821

Veniva poi addotta l'illegittimità del provvedimento per il versante decisorio, per violazione dei principi di proporzionalità e manifesta ingiustizia, anche alla luce della posizione familiare del ricorrente.
Ancora, si invocava la violazione di legge in riferimento alla durata quindicennale del divieto di rientro in Italia.
Il Consiglio di Stato si è pronunciato rigettando integralmente l'appello.
Quanto alla valutazione del fatto – e cioè in ordine alla prognosi di pericolosità dell'espulso – viene ricordato che deve trattarsi, appunto, di un giudizio probabilistico, ispirato a finalità preventive[46].
Il supremo giudice amministrativo, quindi, esaminava i fatti sintomatici assunti a fondamento della motivazione dell'atto espulsivo, ritenendo la valutazione scevra da illogicità trasmodanti in eccesso di potere.
Lo straniero risultava inserito in un *circuito relazionale* con soggetti controindicati, vicini a posizioni religiose estremistiche. Inoltre, si registrava come avesse «consultato e condiviso assiduamente contenuti *web* inerenti al teatro di guerra siriano ed iracheno», manifestando sentimenti anticristiani. Apparendo poco credibile, con riferimento ai contatti con un soggetto autore di contenuti inneggianti alla pratica di compiere attentati suicidi, che «tale conoscenza dall'infanzia [fosse] limitata alle "forme di cortesia"»[47].
Anche con riguardo alla ponderazione comparativa degli interessi – insomma all'esplicazione della discrezionalità pura – il Consiglio di Stato condivide con il TAR Lazio che le esigenze di sicurezza fanno aggio sul diritto dello straniero ai legami familiari[48].
Ulteriore censura, come detto, atteneva poi alla recisione dei rapporti familiari dell'espulso, troncati di netto dalla misura espulsiva, in asserita violazione non solo degli artt. 29 e 30 Cost., ma anche dell'art. 8 CEDU.
Il giudice amministrativo afferma come, ai sensi dell'art. 8, comma 2 CEDU, sia ammessa l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e familiare, allorché essa sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui e come «la commissione di gravi reati, come quelli di natura terroristica, ben può legittimare

[46] Rammentano i giudici che non è richiesto «che sia stata appurata con assoluta certezza la sussistenza del suindicato pericolo, essendo sufficiente che vi siano fondati motivi di ritenerlo esistente.

[47] Il ricorrente era, peraltro, stato trovato «in possesso, durante un controllo, di un coltello a serramanico e di uno *smartphone* sul quale erano visualizzabili contenuti riconducibili al fondamentalismo islamico […]».

[48] Si ritiene «corretta e non censurabile […] la determinazione in ordine alla preminenza dell'interesse alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, interesse essenziale ed insopprimibile della collettività, rispetto all'interesse del ricorrente a permanere sul territorio dello Stato, e a mantenere ivi i suoi legami familiari, che hanno od ogni modo costituito oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione».

ISSN 2036-7821

l'espulsione dello straniero, senza che ciò implichi una illegittima ingerenza nella vita familiare […]»[49].

Del resto, si giudica ragionevole il bilanciamento operato dall'autorità amministrativa, allorché ha ritenuto prevalente l'interesse alla sicurezza nazionale rispetto a quello dello straniero a conservare la propria vita familiare e i legami affettivi sul territorio italiano, anche tenuto conto della sua «scarsa integrazione sociale e culturale».

È affermazione che merita di essere riportata, in tema, quella secondo cui «la presenza di minori sul territorio nazionale [non può rappresentare] uno scudo contro l'espulsione per motivi inerenti alla sicurezza dello Stato».

In quanto familiare di cittadino italiano, l'appellante invocava, infine, l'applicazione dell'art. 20, comma 10 d.lgs. n. 30/2007, che prevede che «il provvedimento che dispone l'allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato non può avere durata superiore a dieci anni, mentre nel caso di specie l'espulsione avrebbe durata di quindici anni».

Il Consiglio di Stato argomenta che, in applicazione della direttiva n. 115/2008/CE il limite recato dal d.lgs. n. 30/2007 può essere disapplicato, «ove i dieci anni previsti da tale disposizione non assicurino le esigenze» di sicurezza dello Stato perseguite dalle norme eurounitarie.

Né si è ritenuto siano stati violati i generali principi di proporzionalità e ragionevolezza, atteso l'elevato grado di pericolosità del soggetto attinto, che ha disvelato una preoccupante contiguità con l'estremismo islamico.

Il supremo consesso di giustizia amministrativa si pone, dunque, in continuità con la propria precedente giurisprudenza.

Anzitutto, l'espulsione è qualificata come provvedimento amministrativo "a discrezionalità mista"[50].

In considerazione, tra l'altro, del livello dell'autorità emanante, si ravvisa la sussistenza di ampi margini di discrezionalità, sicché il sindacato amministrativo è particolarmente deferente e circoscritto ai profili di irragionevolezza.

Sul piano teleologico, si riconosce la vocazione preventiva del provvedimento, da adottarsi sulla base di un giudizio prognostico di pericolosità ispirato a criteri probabilistici, senza che sia richiesta la prova certa dell'azione eversiva né tampoco

[49] In tema cfr. D. RUDAN, *Espulsione per motivi di sicurezza nazionale e garanzie processuali: il caso Geleri*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2/2011, pp. 399-402.

[50] Cfr. P. VIRGA, *op. cit.*, p. 47. Così anche N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo ed espulsione degli stranieri dopo il "decreto sicurezza" del 2018*, in F. ASTONE – R. CAVALLO PERIN – A. ROMEO – M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Atti dei convegni di Siracusa 4 maggio 2017 e Torino 27 ottobre 2017*, Torino, 2019, p. 376. Precisa l'Autore, infatti, che «l'assenza di precisi indici normativi attribuisce al Ministro dell'interno una notevole sfera di discrezionalità – tecnica ed amministrativa – che investe sia la fase di individuazione delle fattispecie di pericolosità, sia le modalità di bilanciamento tra l'interesse alla sicurezza dello Stato e l'interesse dello straniero a risiedere nel territorio italiano».

ISSN 2036-7821

una penale responsabilità[51].
In questa logica, viene valorizzato il quadro indiziario riguardante il soggetto attenzionato. Assumono rilievo il circuito relazionale, l'attività *online*, l'adesione a gruppi eversivi, nonché la propaganda e il proselitismo per conto di organizzazioni estremistiche.
I vincoli familiari dell'interessato debbono essere tenuti in conto e comparati con il bene della sicurezza nazionale, rimanendo tuttavia recessivi laddove quest'ultima sia concretamente posta a rischio dalla permanenza dello straniero nello Stato.

6. La ricostruzione teorica in termini di misura di polizia.
Alla luce dei "materiali" giuridici appena rievocati, può tentarsi, secondo una logica induttiva, una ricostruzione teorico-generale del potere espulsivo del Ministro dell'interno, anzitutto alla stregua del diritto nazionale vivente.
In questo senso, va osservato che il potere in analisi appare finalizzato non già a punire, bensì a prevenire il pericolo di azioni criminose, connotandosi dunque in termini, in senso lato, di difesa sociale[52].
Confermerebbero questa conclusione anche i parametri di giudizio che presiedono all'esercizio del potere, fondati su un giudizio prognostico di pericolosità prescindente dalla commissione di un fatto illecito, piuttosto che sulla retribuzione per un fatto specifico addebitato all'autore[53].
Coerentemente, lo *standard* probatorio richiesto è il più probabile che non, invece che il *b.a.r.d.*[54].
D'altronde, ad escludere la vocazione sanzionatoria del provvedimento dicasteriale milita anche il radicamento, in materia, della giurisdizione generale di legittimità, mentre, ove si fosse in presenza di diritto punitivo, la cognizione sarebbe spettata al giudice ordinario o – sebbene la questione sia dibattuta – allo stesso giudice

[51] «L'esigenza cui la norma fa fronte è quella di consentire al Ministro di intervenire, sulla base di motivi fondati, per salvaguardare la sicurezza nazionale in tutti i casi nei quali soggetti ritenuti pericolosi non possano essere sottoposti a procedimento giudiziario o […] abbiano addirittura ottenuto una valutazione giudiziaria favorevole»: così TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 22 giugno 2006, n. 5070. Ancora, secondo TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 22 gennaio 2020, n. 744 la valutazione «appare connotata da una ampia discrezionalità da parte del Ministro dell'Interno, come è dato desumere dalla circostanza che il relativo potere è demandato direttamente al predetto Ministro e la norma non richiede la previa condanna in sede penale, né l'avvio dell'azione penale, ma unicamente il fondato sospetto che la permanenza dello straniero possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche».

[52] Sul concetto di difesa sociale si rinvia a P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, 1976, pp. 632 ss.

[53] In questo senso, ritenendo che l'espulsione ministeriale sia accostabile «al genere delle misure di polizia a carattere preventivo» L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante tra efficientismo e polimorfismo giuridico*, in V. MILITELLO – A. SPENA (a cura di), *Il Traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 260.

[54] Distinzione particolarmente valorizzata in tema di interdittive antimafia: cfr., *e plurimis*, V. SALAMONE, *La documentazione antimafia nella normativa e nella giurisprudenza*, Napoli, 2019.

ISSN 2036-7821

amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva[55].
Sicché, da questa prima operazione qualificatoria può desumersi che l'atto in cui s'estrinseca il potere preventivo del Ministro sia un provvedimento di polizia di sicurezza ablativo a carattere personale[56].

7. (segue) Alcune riflessioni sulla polizia di sicurezza.
Può, a questo punto del ragionamento giuridico, svolgersi qualche riflessione ulteriore sul diritto di polizia, che sta attraversando una fase di rivitalizzazione[57], pur rimanendo circondato dalla diffidenza di larghi settori della dottrina[58].
Le ragioni del rafforzamento degli istituti securitari si rinvengono, oltreché nella recrudescenza della criminalità anche organizzata, nel rischio terroristico, di un "nemico"[59] all'interno dei confini nazionali, che muove attacchi asimmetrici, agendo una violenza indiscriminata[60].
In questa prospettiva potrebbe leggersi la complementarietà dello strumento amministrativo rispetto a quello penale, testimoniato dalla combinazione delle misure preventive e repressive negli interventi legislativi in materia di sicurezza[61].
Va precisato, peraltro, che l'introduzione di figure criminose implica il rispetto dei principi penalistici e processualpenalistici in materia di legalità, colpevolezza e prova

[55] In tema, R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti esterni*, in *Diritto on line* 2013. L'Autrice ritiene che la giurisdizione ordinaria si radichi in quanto il potere fronteggia un diritto soggettivo. Al g.o. è assegnata una giurisdizione piena, potendo annullare o riformare l'atto sanzionatorio.

[56] Ulteriore argomento a sostegno di questa tesi è la sussistenza di una discrezionalità pura (oltre che tecnica) in capo al Ministro, cui è rimessa una valutazione di opportunità/convenienza della misura nel caso concreto. In sede teorico-generale, si tende infatti ad escludere che, in materia sanzionatoria, possano residuare in capo all'amministrazione margini di discrezionalità inerenti all'*an puniendi*. In tema, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017 afferma che può riconoscersi all'Amministrazione una discrezionalità nella definizione dei contorni dell'illecito, mentre, una volta ritenuta l'integrazione della fattispecie, ad essa sarebbero precluse valutazioni di merito sull'opportunità della sanzione.

[57] Di rivitalizzazione, autorevolmente, parla F. FAMIGLIETTI, *La sicurezza "ai tempi dell'ISIS": tra "stato di emergenza", diritto penale "del nemico" e rivitalizzazione del diritto di polizia in un sistema integrato di azioni e strutture*, in *Diritti fondamentali* 2/2016.

[58] Con particolare riferimento alle misure di prevenzione, cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Atti del Convegno di studio svoltosi a Alghero, 26-28 aprile 1974*, Milano, 1975, nonché, più recentemente, G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 2/2017, pp. 505-525.

[59] Sebbene la formula evochi la notissima e contestata dottrina di Gunther Jakobs, si ritiene che – su un piano descrittivo – essa conservi una portata euristica, laddove concettualizza un rapporto di inconciliabile opposizione tra ordinamento e fenomeno deviante, esigendo più anticipati strumenti di tutela. *Contra*, distinguendo tra diritto penale del nemico e diritto dell'emergenza, il secondo soltanto costituzionalmente ammissibile, P. SCEVI, *Diritto penale e terrorismo. Il difficile equilibrio tra sicurezza nazionale e diritti fondamentali*, in *Archivio penale*, 1/2018, p. 53.

[60] Sebbene con sfumature talora significativamente diverse, questa tendenza pare riscontrabile in tutti gli ordinamenti occidentali: cfr. M. TONDINI – J. P. PIERINI, *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, luglio 2008.

[61] V. G. CAIA, *op. cit.*, p. 286, che osservava come i "pacchetti sicurezza" unissero le strategie penale ed amministrativa.

ISSN 2036-7821

oltre ogni ragionevole dubbio[62].
Si tratta di un apparato di regole, preordinato a garantire la persona dall'arbitraria irrogazione di una pena, che potrebbe tuttavia rivelarsi "inefficiente" sul piano strettamente preventivo.
La sanzione penale viene infatti ontologicamente *dopo* il fatto-reato, allorché il bene giuridico sia già stato compromesso.
Non v'è dubbio che alle funzioni retributiva e specialpreventiva s'accosti anche quella generalpreventiva. Nondimeno, le insidie "nemicali" parrebbero esigere l'apprestamento di strumenti di tutela più avanzata, che anticipino la difesa dell'interesse protetto.
È sulla scorta di queste riflessioni che va riassumendo centralità, nel dibattito giuridico, la funzione di pubblica sicurezza, quale azione orientata alla prevenzione dei reati e a preservare la pace sociale.
Peraltro, è innegabile come il ricorso a uno strumentario amministrativistico determini un abbassamento del livello di garanzie[63].
Le fattispecie, infatti, possono essere elaborate mediante un più significativo ricorso a concetti giuridici indeterminati, consegnando all'amministrazione una sfera di discrezionalità tecnica intangibile dall'autorità giudiziaria.
Ancora, in sede di decisione è sovente assegnato un potere discrezionale puro rispetto all'*an* e al *quantum* della misura, anch'esso censurabile soltanto per motivi di legittimità.
Infine: si tratta non già di scrutinare un fatto, bensì di compiere un giudizio prognostico di pericolosità, intrinsecamente appartenente al dominio della

[62] Ma v. M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Questione giustizia*, settembre 2016.

[63] Cfr., in senso fortemente critico, P.P. PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in *Rivista di diritto processuale* 3/2008, pp. 623 ss. osserva che «sul piano puramente "afflittivo", le misure di prevenzione non si discostano nella sostanza dalle sanzioni penali vere e proprie. Di qui la tendenza del legislatore a farvi ricorso in dosi sempre più massicce al fine di comminare trattamenti "punitivi" che prescindono dall'accertamento giudiziale di una fattispecie criminosa. E l'espressione "pena del sospetto" descrive plasticamente il carattere insieme punitivo e aleatorio delle misure di prevenzione». Riguardo l'espulsione prefettizia parla di «postmoderne *lettres de cachet*» A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in R. WENIN – G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Trento, 2017. Altrettanto critico R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia* 2017, p. 260. Più possibilista sull'utilità e compatibilità costituzionale del diritto della prevenzione parrebbe essere F. FASANI, *I martiri invisibili. Quale ruolo per il diritto penale nella lotta al terrorismo islamico?*, in *Criminalia* 2015, secondo il quale l'ineludibile volontà della società di difendersi dal terrorismo potrebbe essere in parte soddisfatta attraverso l'implementazione delle attività di raccolta e scambio transnazionale delle informazioni, nonché attraverso strumenti coercitivi più *soft*, quali le misure di prevenzione e di espulsione, che promettono contro il terrorismo islamico i medesimi buoni risultati che hanno dato contro le altre forme di criminalità organizzata. Certo occorrerà prestare attenzione alle condivisibili preoccupazioni della dottrina, che teme forme occulte di lesione dei diritti fondamentali, ma questo sembra il male minore, nell'ottica di una progressività dei mezzi di reazione che veda ovviamente nel reato e nel carcere i suoi picchi».

ISSN 2036-7821

probabilità piuttosto che a quello della certezza[64].

8. Potere, terrorismo e diritti fondamentali.

Definito, secondo la prospettiva nazionale, il decreto d'espulsione ministeriale quale espressione del diritto di pubblica sicurezza, occorre esplorare – problematicamente – se siffatto potere possa legittimamente incidere su diritti costituzionalmente garantiti.

In via preliminare, non può sottacersi come appartenga ai *topoi* della filosofia del diritto il conflitto tra autorità e libertà, come se all'aumento del peso dell'un piatto della bilancia, dovesse salire l'altro[65].

E certamente questa lettura coglie nel segno, atteso che garantire la sicurezza può implicare delle limitazioni della sfera giuridica del singolo.

Tuttavia, questa prospettiva potrebbe rivelarsi parziale, trascurando l'esigenza di protezione del metodo democratico e, più in particolare, delle libertà fondamentali[66].

In ipotesi estreme, una garanzia a oltranza dei diritti individuali, senza un bilanciamento con le esigenze generali, potrebbe mettere a repentaglio il sistema e – in ultima istanza – quegli stessi diritti fondamentali che si intendeva garantire.

Sembrerebbero testimoniare questo necessario equilibrio i reati di opinione; il regime amministrativo delle riunioni, che l'autorità può vietare per motivi di sicurezza; il potere di limitare la libertà di circolazione per ragioni di sicurezza; il divieto di istituire associazioni per fini contrari alla legge penale o segrete o comunque che perseguano scopi politici mediante un'organizzazione militare.

I diritti fondamentali, in quest'ottica, non potrebbero essere considerati incomprimibili, dovendo essere conformati alla luce dei valori in gioco. Si eviterebbe così che essi possano tiranneggiare altri interessi altrettanto rilevanti sul piano costituzionale.

A questa stregua, negli ordinamenti democratici i diritti fondamentali dovrebbero trovare nel loro limite la propria garanzia.

Un'affermazione radicale dei diritti individuali potrebbe condurre ad una società anomica ed egoista, incontrollabile e sostanzialmente "privatistica".

Con il pericolo dell'emersione di forze antisistema che, per l'assenza di anticorpi del

---

[64] Al riguardo, TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776 afferma – con riguardo all'espulsione ministeriale – che «le suddette previsioni introducono procedure pienamente assimilabili alle misure di sicurezza che si adottano con la finalità di prevenzione le quali, avendo come scopo quello di prevenire il compimento di reati, non richiedono che sia comprovata la responsabilità penale e neppure che il reato sia stato già compiuto. […] Ai fini dell'emanazione del provvedimento ministeriale di espulsione, non è necessario aver accertato con assoluta certezza che vi sia il suindicato pericolo, essendo sufficiente che vi siano fondati motivi di ritenerlo».

[65] Cfr. P. SCEVI, *op. cit.*, p. 50, laddove rileva che «il contrasto al terrorismo rende particolarmente intensa la tensione fra esigenze di difesa sociale ed esigenze di garanzia».

[66] Di «falsa contrapposizione» parla A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Questione giustizia*, settembre 2016.

ISSN 2036-7821

sistema giuridico, potrebbero conquistare le istituzioni democratiche per distruggerle e con esse annichilire i diritti fondamentali. Ed infatti, come è stato osservato, «nessuno può dubitare che non possano esistere libertà e diritti senza sicurezza dello Stato in sé e delle istituzioni destinate a realizzare e garantire le prime e i secondi»[67].
In questa logica, è stato rilevato come, ai fini in discorso, andrebbe effettuato un bilanciamento tra un diritto attuale (la libertà) e un pericolo eventuale (per la sicurezza). Nella ragionevolezza del sacrificio dell'uno per scongiurare l'altro starebbe il requisito di legittimità della misura di prevenzione[68], così da evitare il rischio che lo Stato, per difendere i valori costituzionali, finisca per tradirli.

9. (segue) Compatibilità della misura con la libertà di manifestazione del pensiero, con il diritto di difesa, con il diritto all'unità familiare.
Posta, su un piano teorico, la legittimità costituzionale di una limitazione dei diritti fondamentali per esigenze securitarie, non è ancora dimostrata la compatibilità costituzionale della misura espulsiva.
Occorre, infatti, indagare, in concreto, se le limitazioni ai diritti fondamentali imposte dal decreto ministeriale, da un canto, siano giustificate e proporzionate in relazione al fine perseguito, e, dall'altro, non incidano il nucleo inscalfibile delle libertà costituzionalmente garantite.
In proposito, viene anzitutto in rilievo la libertà di manifestazione del pensiero, di cui all'art. 21 Cost.
La norma in parola, nell'assicurare a tutti il diritto di esprimere la propria opinione, parrebbe ostare alla stigmatizzazione delle idee recata dalla misura espulsiva[69].

---

[67] Così G. SILVESTRI, *Decisioni recenti riguardo il conflitto tra la libertà e la sicurezza*, relazione tenuta all'incontro di studio tra la Corte costituzionale federale tedesca e la Corte costituzionale italiana, Karlsruhe, 19-21 novembre 2009. L'Autore osserva altresì che «la libertà ha bisogno della sicurezza e quest'ultima si svuota di significato senza la libertà». Analogamente, A. PERTICI, *Terrorismo e diritto fra storia ed attualità*, in *Speciale QG* settembre 2016, rileva come «la contrapposizione tra la tutela dei diritti e la garanzia della sicurezza delle persone, quindi, sembra essere frutto di un equivoco, talvolta alimentato dagli stessi governi degli Stati al fine di accrescere o consolidare la propria potenza, sottraendosi alle limitazioni poste dalle stesse Convenzioni internazionali».

[68] G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in *Federalismi*, 20 maggio 2015. L'Autrice, in consonanza con A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, cit., evoca il concetto di *controlimite*, quale argine alle norme che comprimano i diritti di libertà in ragione del contrasto all'emergenza terroristica.

[69] Eloquente, in tema, il caso di Fall Mamour, "l'imam della Carmagnola": TAR Lazio, sez. I *ter*, 11 novembre 2004, n.15336 aveva in prime cure accolto il ricorso dell'interessato, adducendo come non fosse documentata, dall'atto espulsivo, «alcuna "condotta" del ricorrente che po[tesse] esser ritenuta pericolosa per l'ordine costituito o la sicurezza nazionale»; proseguivano i giudici affermando che «si deve constatare come – a carico del ricorrente – non restino che le sue ben note esternazioni, semplici manifestazioni di pensiero […]», che rappresenterebbero comunque «facoltà tutelate direttamente dalla Costituzione […] che possono esser compresse "amministrativamente" soltanto ove il loro esercizio si sia rivelato (o si riveli) idoneo a[…] a porre concretamente in pericolo l'ordine costituito», ciò che, nel caso di specie, veniva escluso. In appello, invece, Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88 confermò la legittimità della decisione ministeriale, assegnando particolare valore indiziario alle dichiarazioni rese ai *media* dell'interessato, che sarebbero trasmodate anche «in comportamenti diretti ad assecondare l'attività svolta dal summenzionato movimento fondamentalista islamico, con la conseguenza che gli

ISSN 2036-7821

Quest'ultima, infatti, finirebbe col "criminalizzare" opinioni, sulla base delle quali lo straniero può essere destinatario di una misura particolarmente rigorosa e invasiva. In questa prospettiva, non può omettersi di rilevare come, anche dalla lettura della giurisprudenza, il provvedimento si fondi talora su mere espressioni di solidarietà a organizzazioni o iniziative terroristiche.

A queste tesi potrebbe obiettarsi che, fermo il riconoscimento del diritto di manifestazione del pensiero, è altrettanto vero che esso incontra dei limiti, tra i quali – si ritiene – figura anche l'ordine pubblico in senso materiale[70]. Sicché, non «è tanto dalle idee repellenti, quanto dalla concreta possibilità che la loro diffusione 'crei disordine' che, per dirla col titolo d'un autorevole contributo, lo Stato può difendersi»[71].

Si tratta, ad ogni buon conto, di fattispecie che resta problematica, alla luce dell'accoglimento, da parte della Costituzione, del principio della "democrazia aperta" e non "militante"[72], desumibile, tra l'altro, dall'art. XII disp. trans. e fin. Cost.

---

stessi sono stati legittimamente considerati idonei a mettere a rischio i valori dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato». I supremi giudici amministrativi chiarivano, peraltro e più radicalmente, che «la tutela della libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione ha sempre un limite non derogabile nell'esigenza che attraverso il suo esercizio non vengano sacrificati beni anche essi voluti garantire dalla Costituzione, e che tale deve ritenersi il mantenimento dell'ordine pubblico, che è da intendere come ordine su cui poggia la convivenza sociale (cfr. Corte Costituzionale 14 dicembre 1972, n. 199)». Sul caso giudiziario dell'imam di Carmagnola v. anche M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, 2012, p. 262, dove stigmatizza l'atteggiamento deferente del giudice amministrativo.

[70] Nel senso che l'ordine pubblico vada inteso nell'accezione materiale *ex multis* G. CORSO, *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, Torino, pp. 437 ss. Superata sembra la tesi di P. VIRGA, *op. cit.*, p. 20, secondo cui dovrebbe aversi conto anche dell'ordine «morale», che includerebbe i «valori morali considerati essenziali per la ordinata esistenza di uno Stato in un dato momento storico (religione, costume, culto dei defunti, ecc.). Confermerebbe questo orientamento, soprattutto in relazione al caso di specie, il disposto dell'art. 20 d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, secondo il quale i motivi imperativi di pubblica sicurezza giustificanti l'espulsione del cittadino dell'Unione Europea sussistono quando questi abbia tenuto comportamenti che costituiscono

una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica. Ritiene, condividendo l'orientamento della Consulta, che l'ordine pubblico materiale rappresenti un limite implicito del diritto di cui all'art. 21 Cost. F. GAMBINI, *Art. 21*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, secondo il quale, invece, non troverebbe cittadinanza nell'ordinamento costituzionale la nozione ideale di ordine pubblico. Secondo P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 268, invece, il limite dell'ordine pubblico, non richiamato dall'art. 21 Cost., non potrebbe mai concorrere a limitare tale libertà; in senso analogo P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, pp. 112-113, ove l'Autore criticamente osserva come Corte cost. 8 luglio 1971, n. 168 si riveli «possibilista» riguardo al limite dell'ordine pubblico «costituzionale».

[71] E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Diritto penale contemporaneo* 1/2017. L'Autore, peraltro, con riferimento all'espulsione ministeriale, esprime delle riserve, ritenendo che l'istituto confligga con i principi liberali accolti dalla Costituzione.

[72] Il concetto di democrazia "militante" risale a K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The American Political Science Review* 3/1937, pp. 417 ss. L'Autore stima necessario che le democrazie si difendano, allo scopo di impedire l'azione sovversiva degli estremismi (soprattutto di destra). In questa logica, il

ISSN 2036-7821

Il solo limite imposto sarebbe, in questa logica, l'accettazione del metodo democratico[73].

Ulteriore profilo che merita attenzione attiene al diritto di difesa, *ex* art. 24 Cost., con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali.

Viene evidenziato da parte di alcuni autori, infatti, che il giudizio amministrativo – quale giudizio tipicamente sull'atto – appresta un'insufficiente tutela giurisdizionale all'espulso, titolare di diritti fondamentali potenzialmente compromessi dall'atto dicasteriale[74]. Sicché, lo straniero non potrebbe estrinsecare pienamente la difesa dei diritti fondamentali, incontrando i limiti cognitivi e di sindacato della giustizia amministrativa. Unico giudice dei diritti dovrebbe essere, in questa logica, il giudice ordinario.

Invero, queste osservazioni paiono intercettare il dibattito in materia di *interessi legittimi fondamentali*[75], che – secondo una certa posizione dottrinale[76] – sarebbero ammissibili nel nostro ordinamento.

In particolare, secondo la tesi appena evocata, anche i diritti fondamentali potrebbero essere "affievoliti" dal potere, non potendo configurarsi come "resistenti a tutta oltranza".

Allora, la posizione dello straniero, frontista del potere ministeriale, sarebbe coerentemente di interesse legittimo oppositivo[77], come tale tutelabile innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Né questa circostanza parrebbe lesiva del diritto di difesa, giacché – come rilevato dalla Corte costituzionale[78] – anche l'interesse legittimo è protetto in modo pieno ed effettivo, come confermato dall'art. 1 c.p.a.

---

campo di legittimazione politica andrebbe ristretto agli attori che accettano i principi fondamentali dell'ordinamento. In tema, cfr. anche S. CECCANTI – F. FERRONI, *Democrazia protetta*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2015 e, anche in chiave comparatistica, G. MAESTRI, *Paura dei partiti antisistema e scelte sulla "protezione" della democrazia, tra Italia e Germania*, in *Democrazia e sicurezza* 2/2019.

[73] In proposito, la dottrina si è interrogata sul rilievo dell'*hate speech* terroristico esterno, che non minacci cioè la tenuta ordinamentale italiana, ma si rivolga alla destabilizzazione di altri Stati. Sul tema specifico, cfr. M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali: profili costituzionali dell'espulsione ministeriale*, in F. DAL CANTO - P. CONSORTI - S. PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e rischi per la sicurezza*, Pisa University Press, 2016, 76 e ss. In realtà, può ritenersi che il terrorismo islamico, per la sua vocazione ubiquitaria e l'aspirazione universalista, rappresenti una minaccia anche per l'ordinamento interno, sicché l'obiezione pare superabile. Dell'universalismo del messaggio del terrorismo islamico parla G. SALVI, *Dal terrorismo politico alle nuove forme di terrorismo globale: la precomprensione dei fenomeni sociali e criminali e il ruolo della magistratura*, Relazione tenuta a Roma, 1° marzo 2017 per il corso *Il terrorismo internazionale: strumenti di conoscenza e di contrasto*.

[74] Condivide questa obiezione N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo*, cit., p. 478.

[75] Sul punto, R. GAROFOLI – Gi. FERRARI, *op. cit.*, pp. 1772 ss.

[76] N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi* 12/2020. Ma v. anche A. PACE, *op. cit.*, p. 100, laddove qualifica in termini di interesse legittimo la libertà di riunione, allorché essa fronteggia il potere dell'autorità di pubblica sicurezza.

[77] Così, ex multis, L. GIORDANO, *op. cit.*, p. 147.

[78] Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204; Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191.

ISSN 2036-7821

Peraltro, non va trascurato che il diritto di difesa soffre limitazioni anche in ragione della restrizione al diritto d'accesso, precluso in relazione ai documenti in materia di ordine pubblico e sicurezza. Su questo punto, dovrebbe forse aderirsi ad un'interpretazione più aperturista dell'art. 24 della l. 7 agosto 1990, n. 241, così da consentire all'interessato una sufficiente contezza del quadro "accusatorio" a suo carico[79].

Altro profilo costituzionalmente sensibile afferisce al diritto all'unità famigliare, *ex* art. 29 Cost.

Anche in questo caso, appare evidente l'interesse dello straniero alla permanenza nel Paese per ragioni familiari debba essere bilanciato con l'ordine pubblico e sicurezza, interesse che può – alla stregua di una comparazione da svolgersi in concreto – prevalere sul primo.

Del resto, anche secondo la giurisprudenza amministrativa, il diritto all'unità familiare assume carattere recessivo a fronte delle istanze di tutela dell'ordinamento da eventuali attacchi terroristici[80].

10. La compatibilità convenzionale: l'art. 6, volet pénal e l'art. 7 CEDU.

Può ritenersi, allora, che la misura espulsiva ministeriale rappresenti – alla stregua del diritto nazionale – un provvedimento ablativo di polizia, costituzionalmente ammissibile.

Ma, in virtù dell'integrazione dell'ordinamento nazionale in una dimensione giuridica *multilevel*, diviene necessario altresì scrutinare l'istituto alla luce delle fonti sovranazionali, e, in particolare, della Carta fondamentale dei diritti dell'uomo (CEDU).

In questa prospettiva, viene anzitutto in rilievo l'art. 6 della Convenzione, che appresta specifiche garanzie in caso d'accusa penale.

Come noto, al fine di evitare condizionamenti ad opera dei legislatori nazionali, la Corte EDU ha elaborato, sin dal 1976[81], una nozione autonoma di illecito penale, così da poter penetrare la sostanza degli istituti giuridici, senza arrestarsi alla qualificazione formale.

Allo scopo, la Corte ha elaborato dei criteri (cc.dd. *Engel criteria*) che consentono uno scrutinio sostanziale della misura all'attenzione[82].

Si tratta, in particolare, di:

a) qualificazione formale dell'illecito secondo il diritto nazionale;

[79] Per un caso in cui l'Amministrazione non ha ottemperato alle richieste istruttorie del giudice, senza peraltro che tanto inficiasse la legittimità dell'atto, Cons. St., sez. III, 23 settembre 2015, n. 4471.

[80] *Ibidem*, nonché TAR Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 febbraio 2021, n. 1776.

[81] Corte EDU 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi.

[82] In tema cfr. R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

ISSN 2036-7821

b) natura dell'illecito;
c) grado di severità dell'illecito.

La qualificazione formale come reato secondo il diritto nazionale implica *tout court* l'applicazione dell'art. 6 CEDU.

Qualora, invece, tale caratterizzazione interna manchi, l'interprete dovrà procedere alla verifica del ricorrere delle condizioni di cui alle lettere b) e c), applicabili in via alternativa.

Ove la Corte qualifichi l'istituto in termini "penali", esso soggiacerà al regime garantistico dettato dalla CEDU (ma non, invece, allo statuto costituzionale del reato, riservato appunto agli illeciti penali in senso formale).

Chiarito che la misura, secondo il diritto nazionale, ha carattere amministrativo e non penale, ci si dovrà soffermare sui parametri *sub* b) e c).

In questo senso, l'espulsione ministeriale presenta finalità prevenzionale, e non punitiva, puntando alla minimizzazione del rischio di commissione di reati, anche terroristici.

Sul piano dell'afflittività, poi, la misura appare sì equivalente a pene *stricto sensu*, ma anche a decisioni di carattere amministrativo che attengono alla corretta gestione dei flussi migratori, senza che sia comunque involta – salvo che per l'aspetto esecutivo – la libertà personale del prevenuto.

Potrebbe allora ragionevolmente escludersi il carattere "penale", ai fini CEDU, dell'espulsione ministeriale[83].

Tuttavia, attesa la opinabilità dell'opzione ermeneutica privilegiata, null'affatto scontata, si ritiene opportuno verificare le conseguenze, in punto di regime, del riconoscimento della natura penale dell'illecito secondo gli *Engel criteria*[84].

Al riguardo, come osservato dalla dottrina[85], il sistema dicotomico procedimento-processo amministrativo parrebbe corrispondere ai principi convenzionali.

Come emerso anche dalla nota sentenza Menarini[86], la CEDU non osta a che sanzioni "penali" siano emesse da organi amministrativi all'esito di un procedimento, purché esse siano ricorribili innanzi a un giudice terzo e imparziale, dotato di *full jurisdiction*.

Nonostante il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, non possa ingerirsi nel merito (né nella sfera tecnico-discrezionale) della decisione amministrativa, la Corte EDU ha ritenuto che essa soddisfi i principi recati dal *volet*

[83] Né alla conclusione pare ostare la giurisprudenza Corte EDU, 15 dicembre 2009, Gurgughiani c. Spagna, che ha sussunto negli artt. 6 e 7 CEDU l'espulsione dello straniero accessoria alla condanna penale.

[84] Sul regime convenzionale dell'illecito amministrativo qualificato in termini penali dalla giurisprudenza EDU, v. G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018.

[85] G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo*, cit., pp. 269 ss.

[86] Corte EDU, 27 settembre 2011, Menarini c. Italia.

ISSN 2036-7821

pénal di cui all'art. 6 CEDU in punto di pienezza della tutela giurisdizionale[87].
Occorre trattare, nell'ambito del regime convenzionale della sanzione penale, anche della presunzione di innocenza, secondo cui «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».
Tale principio parrebbe collidere con l'immediata efficacia della sanzione amministrativa. In materia di sanzioni tributarie, la Corte EDU ha ritenuto, peraltro, che sia compatibile con la presunzione d'innocenza l'escussione della sovrattassa, purché essa sia recuperabile dal contribuente all'esito del giudizio.
Tuttavia, attesa la diversità strutturale tra i beni giuridici in gioco nell'ipotesi tributaria e in quella d'espulsione dello straniero, si potrebbe ritenere che l'immediata efficacia del decreto ministeriale violi l'art. 6, comma 2 CEDU, poiché implicherebbe un potenzialmente irretrattabile effetto sanzionatorio prima dell'accertamento giudiziale dell'illecito penale.
La norma convenzionale garantisce all'imputato anche il diritto di difendersi provando, desunto dal principio di equità del processo. Questo diritto parrebbe posto in discussione dall'inaccessibilità degli atti posti a fondamento dell'espulsione, ai sensi dell'art. 24, comma 6, lett. c) della legge generale sul procedimento amministrativo. Lo straniero, dunque, non verrebbe messo in grado di conoscere gli elementi a sostegno della "accusa penale" nei suoi confronti, con conseguente frustrazione del diritto di difesa.
Peraltro, nell'avviso della Corte EDU, «il diritto alla *discovery* non è tuttavia assoluto»[88], potendo essere bilanciato, in esito a un *test* di necessità, con valori concorrenti, tra cui si colloca la sicurezza nazionale. Sicché, può ritenersi che la disciplina nazionale sia convenzionalmente compatibile, essendo la deroga giustificata in ragione di preminenti interessi pubblici.
La qualificazione dell'espulsione come misura penale chiama in causa anche l'applicazione dell'art. 7 CEDU, che sancisce il principio *nullum crimen sine lege*.
La legalità convenzionale, del resto, dovendo governare anche gli ordinamenti di *common law*, si caratterizza per la valorizzazione, oltreché del valore della determinatezza, dei corollari dell'accessibilità e prevedibilità delle fonti.

---

[87] Nel senso, comunque, di una specialità del diritto di polizia anche nella perimetrazione del concetto di *full jurisdiction*, implicante l'esigenza di salvaguardare spazi di "politicità" del potere, F. ROTA, *Full jurisdiction e diritto di polizia*, in *P.A. Persona e Amministrazione* 2/2018, pp. 285 ss. Contra, sostiene l'esigenza di apprestare una garanzia defensionale effettiva, oltre gli stilemi tradizionali del giudizio sull'atto, in ottemperanza alle prescrizioni della CEDU, M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, 2018, p. 184. Analogamente, ritiene che al fine d'assicurare la *full jurisdiction* debba essere previsto un giudizio «sostitutivo» dell'autorità giurisdizionale M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 68.

[88] 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi.

[88] In tema cfr. R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, cit.

ISSN 2036-7821

In questa logica, occorre valutare se il precetto in analisi sia accessibile e, soprattutto, prevedibile nella sua concreta applicazione.
L'evocazione di concetti giuridici indeterminati, invero, non confligge, di per sé, con le norme convenzionali, atteso che la Corte EDU ha costantemente negato la praticabilità di una tassatività assoluta[89].
Resta, però, da esaminare se l'elasticità dei concetti espressi dal legislatore nazionale consenta ai destinatari di orientare la propria condotta calcolando il "rischio penale" della propria condotta.
In questa prospettiva, la richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato pare foriera di una lettura consolidata delle disposizioni, tale da garantire una elevata predicibilità degli esiti applicativi[90].
Naturalmente, la configurazione in termini penali della misura dovrebbe implicare l'esigenza di osservare il principio di irretroattività anche nel caso dell'*overruling* estensivo, a fronte del quale l'autore verserebbe in una situazione di non conoscibilità del precetto penale.

11. (segue) L'art. 6, volet civil.
Come noto, l'art. 6 CEDU afferma il principio del giusto processo non solo in materia penale, ma anche per le controversie aventi ad oggetto diritti e doveri di carattere civile. Il livello delle garanzie per il *volet civil* è, evidentemente, meno elevato, ma rappresenta comunque un *minimum* al di sotto del quale le discipline statuali non possono collocarsi.
Sicché, è utile perimetrare la nozione di diritto o dovere di carattere civile, allo scopo di comprendere se l'espulsione ministeriale ricada sotto l'egida dell'art. 6 per l'aspetto civile.
Al riguardo, la Corte EDU ha proceduto mediante un approccio casistico, evitando l'adozione di definizioni generali e astratte[91].
Tentando di trarre dalla giurisprudenza europea un'indicazione di massima, può affermarsi che sono attratte all'art. 6 nel suo *volet civil* le controversie privatistiche, nonché quelle pubblicistiche aventi comunque ad oggetto pretese a contenuto patrimoniale.
In coerenza con questo orientamento, si è tradizionalmente[92] esclusa la tutela ex art. 6 *volet civil* alla materia dell'ingresso, permanenza ed espulsione di stranieri, in cui vengono in gioco prerogative sovrane degli Stati. D'altronde, con riferimento

[89] In tal senso, v. anche F. ROTA, *op. cit.*, p. 291.
[90] Sulla tipicità giurisprudenziale, cfr. Corte EDU 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, annotata da M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1/2016, p. 346.
[91] Così R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, cit.
[92] Ivi, si cita il *leading case* C. EDU, 5 ottobre 2000, Maaouia c. Francia.

ISSN 2036-7821

all'espulsione, trova applicazione la *lex specialis* di cui all'art. 1, prot. 7.
Ad ogni modo, come argomentato per le più penetranti garanzie richieste dal *volet pénal*, la giurisdizione amministrativa parrebbe soddisfare le condizioni di equità del processo fissate dalla Convenzione

12. (segue) Le garanzie procedurali nel caso di espulsione di stranieri.
Il protocollo n. 7, entrato in vigore il 1° novembre 1988, ratificato e reso esecutivo in Italia con l. 9 aprile 1990, n. 98, prevede delle specifiche garanzie procedurali per il caso di espulsione dello straniero regolarmente residente nel territorio di uno Stato-parte.
In particolare, viene previsto che «uno straniero regolarmente residente sul territorio di uno Stato non può essere espulso, se non in esecuzione di una decisione presa conformemente alla legge e deve poter: a) far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione, b) far esaminare il suo caso e c) farsi rappresentare a tali fini davanti all'autorità competente o ad una o più persone designate da tale autorità».
Si soggiunge che «uno straniero può essere espulso prima dell'esercizio dei diritti enunciati al paragrafo 1 a), b) e c) del presente articolo, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale».
Va premesso che la norma non ha trovato significativa applicazione, anche in ragione della tutela assicurata allo straniero *par ricochet*, sulla base di altri principi convenzionali, come si è avuto modo di illustrare in precedenza.
Sotto il profilo subiettivo, l'art. 1 prot. 7 concerne soltanto gli stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato.
Sotto il profilo obiettivo, secondo un generale e consolidato canone interpretativo della Corte, la nozione di espulsione va ricavata autonomamente, senza condizionamenti delle discipline nazionali. In questo senso, qualsivoglia forma di allontanamento dal territorio dello Stato è qualificabile in termini convenzionali come espulsione, con l'eccezione dell'estradizione e del respingimento, quest'ultimo naturalmente rivolto a persone irregolarmente giunte alla frontiera.
La Convenzione non contempla le ragioni giustificative dell'espulsione, preferendo rinviare alla legislazione nazionale, in conformità alla quale si esige che il provvedimento venga adottato.
Il riaffermato principio di legalità non tollera, comunque, una copertura meramente formale del potere espulsivo, pretendendo – in coerenza con la trama complessiva della Convenzione – la accessibilità e prevedibilità della disciplina interna.
Come visto, tre sono le garanzie procedurali apprestate dalla Convenzione in favore dello straniero: il diritto di far valere le ragioni che si oppongono alla sua espulsione; di far esaminare il suo caso; di farsi rappresentare a tali fini davanti all'autorità competente o ad una o più persone designate da tale autorità.

ISSN 2036-7821

La prima garanzia e la seconda hanno ambiti, logici e cronologici, di applicazione distinti. Il diritto di far valere le ragioni che si oppongono all'espulsione si colloca nella fase anteriore all'emanazione del provvedimento; il diritto di far esaminare il proprio caso si colloca a valle dell'adozione della misura, e consente all'interessato di adire un'autorità (non necessariamente giudiziaria) per la revisione dell'atto.
L'esame dev'essere «effettivo e concreto e non teorico e illusorio»[93]: a tal fine, l'interessato dev'essere messo in grado di conoscere tempestivamente gli addebiti mossigli, così da poter dispiegare una consapevole difesa.
Una deroga a queste garanzie potrebbe essere giustificata ai sensi dell'art. 1, comma 2 prot. 7, secondo cui «uno straniero può essere espulso prima dell'esercizio dei diritti enunciati al paragrafo 1 a, b e c del presente articolo, qualora tale espulsione sia necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o sia motivata da ragioni di sicurezza nazionale».
Lo Stato che attivi la deroga appena citata è tenuto a motivare specificamente i motivi di ordine pubblico o le ragioni di sicurezza nazionale che presiedono alla scelta, in coerenza con i principi di necessità e proporzionalità.
Alla luce del quadro normativo sovranazionale, e rinviando alle conclusioni per un ulteriore approfondimento, si deve scrutinare la legislazione italiana, laddove pone significative restrizioni al diritto d'accesso da parte dell'interessato agli atti di polizia posti a fondamento dell'espulsione.
Questa disciplina domestica pare, in effetti, precludere una piena difesa, in contrasto con la Convenzione.
In questo senso potrebbe richiamarsi anche la recente decisione della Corte EDU Muhammad e Muhammad c. Romania del 15 ottobre 2020, che ha condannato lo Stato contraente per violazione dell'art. 1 prot. 7, avendo esso precluso agli stranieri espulsi di avere accesso alle informazioni concernenti l'accusa, così da negarne il diritto di difesa[94].

13. *Il principio di* non refoulement
Altro fondamentale limite al potere espulsivo posto dalla CEDU si rinviene nel principio del *non refoulement*, in ossequio al quale lo straniero non può essere espulso verso Paesi in cui rischierebbe di essere sottoposto a tortura.
Questa regola di civiltà giuridica è ricavata, in via interpretativa, dall'art. 3 della Convenzione, ai sensi del quale «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o

[93] R. CHENAL – A. TAMIETTI – F. GAMBINI, *Art. 6*, cit.
[94] Per un'analisi del caso Muhammad e Muhammad c. Romania, cfr. F. L. GATTA, *Equo processo e espulsione dello straniero (regolare): la Grande Camera di Strasburgo delinea i diritti di trasparenza procedurale*, in A. BUFALINI – G. DEL TURCO – F. L. GATTA – M. SAVINO – F. V. VIRZI' – D. VITIELLO (a cura di), *Annuario ADIM 2020. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2021, pp. 329 ss.

ISSN 2036-7821

trattamenti inumani o degradanti».
La giurisprudenza della Corte EDU, già dal caso Soering c. Regno unito del 1989, ha enucleato dalla disposizione un obbligo negativo dello Stato, tenuto ad «astenersi dall'adottare provvedimenti di espulsione o estradizione nei confronti di individui che rischino, nel Paese di destinazione, di essere sottoposti a violazioni dell'art. 3»[95], obbligo non bilanciabile con altri interessi, quale la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico.
La Corte europea dei diritti dell'uomo, peraltro, non si accontenta di dati meramente formali per escludere il rischio di trattamenti disumani, accedendo ad una visione sostanziale, in cui penetra – potremmo dire – la *law in action*.
Sicché, non bastano rassicurazioni puramente testuali sul divieto di tortura nello Stato di destino, ma diviene necessario che attendibili fonti terze possano attestare che, nella realtà effettuale, non si faccia ricorso a tali pratiche[96].
Questo principio è recepito, al livello nazionale, dall'art. 19 del testo unico immigrazione. La norma interna pone dei divieti assoluti, applicabili anche all'espulsione ministeriale, attinenti al rischio di discriminazione, di rinvio in altro Stato ove lo straniero non sia protetto dalla persecuzione, di tortura, di sistematica valutazione dei diritti umani[97].
Per contro, è ammessa la sola espulsione ministeriale – e non le altre tipologie di allontanamento – nei confronti dei minori, degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.
Il legislatore italiano ha dunque con chiarezza recepito il principio di *non refoulement*, senza dare adito a dubbi di illegittimità convenzionale della disciplina nazionale.

14. Il diritto al rispetto della vita privata e familiare.
Il diritto al rispetto della vita familiare, *ex* art. 8 CEDU, può essere limitato dalle pubbliche autorità soltanto con una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della

[95] P. PUSTORINO, *Art. 3*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *op. cit.* Il principio trova fondamento internazionale anche nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 e nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
[96] Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 15 novembre 2011, Saadi c. Italia, 37201/06. Sulla decisione Saadi v. M. PACINI, *Il controllo della Cedu sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi*, in *Giornale di diritto amministrativo* 9/2006.
[97] La norma non è scalfita dall'art. 20 d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, che ne fa comunque salva l'applicazione allorché dispone che il rifugiato o lo straniero ammesso alla protezione internazionale è espulso quando rappresenta un rischio per la sicurezza dello Stato o risulta condannato con sentenza definitiva per un reato punito con la reclusione non inferiore nel minimo a quattro anni e nel massimo a dieci anni.

ISSN 2036-7821

salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.
In questa logica, il diritto in parola non è ritenuto dalla Corte europea tale da precludere l'esercizio del potere sovrano all'espulsione dello straniero.
Questi, dunque, quantunque regolarmente soggiornante e con legami famigliari nel Paese ospite, può essere legittimamente espulso sulla base della disciplina interna, in coerenza con le ragioni giustificative espresse dalla Convenzione[98].
Qualora, in particolare, la decisione amministrativa fondi su esigenze di sicurezza nazionale, la base giuridica del provvedimento deve presentare i caratteri dell'accessibilità e prevedibilità, contemplando altresì il diritto di difesa dell'interessato innanzi ad organo terzo e imparziale.
Più ondivaga la giurisprudenza della Corte EDU in tema di tutela dell'ordine pubblico: un orientamento nega che questo interesse possa prevalere sulle istanze famigliari; altro filone giurisprudenziale, invece, ammette il sacrificio del diritto al rispetto della vita familiare per esigenze di ordine pubblico, purché l'atto sia ispirato a criteri di proporzionalità e adeguatezza[99].
L'art. 19 del testo unico immigrazione, sopra richiamato, esclude che possa essere disposta l'espulsione nei confronti dello straniero con legami parentali qualificati con cittadini italiani, con l'eccezione – però – del provvedimento ministeriale di cui all'art. 13, comma 1, testo unico immigrazione, prevalendo l'interesse alla sicurezza sul diritto all'unità familiare del migrante, sebbene regolarmente soggiornante.
Alla stregua dell'analisi svolta, può concludersi per la piena coerenza tra diritto nazionale e disposizioni convenzionali.

15. L'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della misura espulsiva.
Esaminati i profili di compatibilità costituzionale e convenzionale della misura, può essere utile vagliarne i confini applicativi, evocando anche dei casi-limite, allo scopo di saggiare la potenziale estensione del potere ministeriale.
I presupposti d'attivazione del potere, come sopra ricordato, sono rappresentati dalla sussistenza di:
a) motivi d'ordine pubblico;
b) motivi di sicurezza nazionale;
c) fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali[100].

[98] Corte EDU, 18 ottobre 2006, Uner c. Paesi Bassi.
[99] Cfr. Corte EDU, 24 novembre 2020, Unuane c. Regno Unito, caso in cui lo Stato aveva disposto l'espulsione dello straniero senza avere bilanciare con l'interesse familiare del ricorrente (legame con figlio minore) l'entità del reato commesso (falsificazione di un documento di identità). I criteri formulati dalla Corte per condurre una valutazione di proporzionalità della misura sono enucleati in Corte EDU, 2 agosto 2001, Boultif c. Svizzera.
[100] Per la chiarezza del disposto, si è tralasciato di commentare, tra i presupposti della misura espulsiva, l'appartenenza ad una delle categorie di cui 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152.

ISSN 2036-7821

Riflettendo sui margini valutativi commessi al Ministro dell'interno con riguardo alla fattispecie *sub* a), una lettura estensiva potrebbe condurre a ritenere che anche atteggiamenti di devianza e di difformità dalla morale generalmente condivisa possano abilitare all'adozione della misura di rigore. Una siffatta interpretazione, tuttavia, fonderebbe su una concezione ideale dell'ordine pubblico, ripudiata dalla Carta costituzionale dopo l'esperienza fascista in nome di una declinazione materiale della nozione[101]. In questa logica, peraltro, il pluralismo accolto dalla Costituzione nega recisamente che possano essere operate discriminazioni culturalmente motivate.

Convenendo dunque sulla circostanza che la materia dell'ordine pubblico e sicurezza in senso amministrativistico – nella sua accezione materiale – afferisce alla prevenzione dei reati, residuano ancora alcune questioni problematiche.

Potrebbe infatti argomentarsi che anche il rischio della commissione di reati culturalmente motivati – posto che la *cultural defense* non potrebbe operare né da scriminante né da scusante ove vengano lesi diritti fondamentali[102] – possa giustificare l'adozione della misura.

A titolo d'esempio, il pericolo dell'imposizione di matrimoni forzati, della perpetrazione di pratiche di mutilazione femminile, di maltrattamenti famigliari, di violenze sessuali potrebbe assurgere a presupposto per l'espulsione ministeriale, fermo il doveroso rispetto del principio di proporzionalità[103].

In questa prospettiva, non si tratterebbe di far luogo ad una prevaricazione della cultura dominante su quelle minoritarie, assicurandosi invece la tutela preventiva di beni costituzionalmente rilevanti e penalmente presidiati.

Non diverso ragionamento può essere svolto con riferimento alla sicurezza nazionale: anche in questo caso, occorre verificare il pericolo per la personalità esterna o interna dello Stato. Potrebbe richiamarsi la fattispecie di un agente straniero

---

[101] Nel senso che la Costituzione accolga una nozione esclusivamente materiale dell'ordine pubblico, cfr. A. PACE, *op. cit.*, p. 121.

[102] Per un'analisi del rilievo del diritto di cultura nel sistema costituzionale italiano, v. G. CAVAGGION, *La cultural defense e il diritto alla cultura nello Stato costituzionale*, in *Rivista AIC* maggio 2015. L'Autore, ai fini dell'accoglimento della *cultural defense*, evoca un doppio *test*, di veridicità (della motivazione culturale) e di compatibilità (con i principi costituzionali): soltanto superato questo giudizio bifasico si potrebbe annettere rilievo scriminante al diritto culturale. Si deve osservare che la Corte di cassazione ha adottato un orientamento restrittivo circa l'ammissibilità della cultural defense, per l'esigenza di evitare un allentamento della funzione generalpreventiva del diritto penale, nonché di apprestare adeguata protezione agli interessi dei soggetti più deboli, messi a rischio da una radicale applicazione scriminante dell'eccezione culturale. In questo senso, per la condanna di un *sikh* per il porto del *kirpan* rituale cfr. Cass. pen., sez. I, 15 maggio 2017, n. 24048; analogamente, Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2018, n. 29613, con riguardo al c.d. "omaggio al pene", di tradizione albanese. In tema, e*x multis*, cfr. F. BASILE, *I reati cd. culturalmente motivati commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione giustizia* 1/2017; I. RUGGIU, *Omnia munda mundis. La pratica culturale dell'omaggio al pene del bambino: uno studio per la culturale defense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 27/2019.

[103] Sul rilievo della proporzionalità ai fini della legittimità del provvedimento di polizia, v. già P. VIRGA, *op. cit.*, p. 62.

ISSN 2036-7821

che svolga attività di spionaggio o di destabilizzazione delle istituzioni democratiche, determinando la necessità di un suo allontanamento.
Con riguardo, infine, al rischio terroristico, esso parrebbe consistere nel pericolo per beni giuridici fondamentali dello Stato di diritto, senza che possano invocarsi a sostegno dell'atto espulsivo moventi politici che, pur radicali, si inscrivano dentro la logica pluralista della Costituzione[104]. L'interpretazione della nozione non potrà prescindere dal riferimento penalistico di cui all'art. 270-*sexies* c.p.
Va, peraltro, analizzato anche il concetto di agevolazione, che pare riecheggiare quella nozione di causalità agevolatrice anch'essa propria del diritto penale.
In proposito, si esclude che l'atto espulsivo possa essere motivato da una mera connivenza. Per contro, dovrà essere saggiato il potenziale apporto che lo straniero potrebbe fornire ad un'organizzazione od attività terroristica.
L'esplicito richiamo anche alle attività – oltre che alle organizzazioni – terroristiche fa includere nel novero dei destinatari della misura anche i "lupi solitari"[105].

16. Conclusioni.
Alla luce dell'indagine compiuta, si può sostenere – anche dalla compulsazione della giurisprudenza amministrativa – che l'espulsione ministeriale è un istituto quanto mai vitale, impiegabile per la suprema difesa dell'interesse dello Stato alla salvaguardia delle istituzioni democratiche e dell'incolumità dei cittadini.
Alla stregua del diritto domestico, esso rappresenta la declinazione del diritto di polizia nel settore dell'immigrazione, e si volge ad allontanare dal territorio nazionale individui pericolosi per i valori essenziali dell'ordinamento.
In questa prospettiva, potrebbe argomentarsi come l'istituto si ponga al di fuori dell'alveo della "*crimmigration*", atteso che essa non punta ad un indiscriminato allontanamento dello straniero-massa[106], ma che, sulla base di un approccio selettivo, mira esclusivamente a preservare i valori fondamentali della Repubblica, recidendo il nesso territorio/straniero per il caso di pericoli per lo Stato.
È, certamente, un istituto "al limite": tuttavia, potrebbe sostenersi che *extremis malis, extrema remedia*.
E, a fronte del pericolo terroristico, lo Stato parrebbe avere non solo il diritto, ma anche il dovere – per i propri cittadini – di difendersi, nel rispetto dei principi

[104] Oltre a quanto già rilevato alla nota n. 99, si rinvia anche a G. CAIA, *op. cit.*, che ha anch'egli cura d'escludere che l'ordinamento repubblicano possa accogliere una nozione "ideale" dell'ordine pubblico.
[105] Sul piano della tecnica legislativa, sarebbe forse stato più appropriato, peraltro, che il legislatore parlasse anche di *commissione* di attività terroristiche, giacché il "lupo solitario" ben potrebbe realizzare una fattispecie criminosa autonomamente, senza cooperare con altri.
[106] Per questa categorizzazione, cfr. l'interessante saggio di A. SPENA, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2017.

ISSN 2036-7821

fondamentali, che paiono comunque osservati anche in questo caso "estremo"[107], in cui è assicurata quella «soglia minima» di garanzie, violata la quale l'ordinamento sconterebbe la propria «incoerenza giuridica»[108].

In questa prospettiva, esplorate le conferenti norme costituzionali e convenzionali, è parso che l'espulsione ministeriale sia, sotto il profilo sostanziale, compatibile con la Carta fondamentale e con la CEDU, salvi dei profili di criticità in punto di diritto di difesa dello straniero, cui andrebbe riconosciuto un più ampio accesso agli atti istruttori.

Come rammentato, parte della dottrina guarda criticamente a questo ritorno del diritto amministrativo securitario, che tradirebbe una involuzione verso lo Stato di polizia[109].

Il rafforzamento di poteri amministrativi incidenti nella sfera individuale, anche in relazione ai diritti fondamentali, viene interpretato come il segno di una torsione autoritaria.

A titolo d'esempio, le misure di prevenzione, in questa logica, altro non sarebbero che pene di seconda classe[110], applicate in ragione di scorciatoie probatorie e, dunque, in sostanziale violazione dei principi penalistici.

Tuttavia, potrebbe opinarsi che una lettura pan-penalistica dell'ordinamento conduca a obliterare le ragioni fondanti il diritto di polizia, trascurandone l'autonomia concettuale e ontologica.

Il diritto della pubblica sicurezza non mira infatti a *punire*, ma ad eliminare gravi pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica[111]. Non infligge una pena, ma impone

---

[107] Secondo Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 15 «[d]i fronte ad una situazione d'emergenza, […], Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza». Tuttavia – come precisa A. CALIGIURI, *Strumenti di contrasto al terrorismo internazionale e tutela dei diritti umani: l'esperienza italiana*, Relazione al Convegno "Stato di diritto e democrazia in Italia. Il rispetto e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano" 22-23 Novembre 2010 - Sala del Refettorio Biblioteca della Camera dei Deputati – secondo la Corte possono essere adottate «legislazioni d'emergenza purché le misure previste rispondano al criterio della ragionevolezza e della temporaneità e non svuotino di contenuto i diritti fondamentali che eventualmente vanno a comprimere». Come detto, quest'opinione deve oggi confrontarsi con la stabilizzazione del fenomeno terroristico, che sembra dover essere gestito con norme "a regime".

[108] Ritiene, appunto, necessario salvaguardare la soglia minima di garanzie, pena l'incoerenza del sistema, P. SCEVI, *op. cit.*, p. 51.

[109] Cfr., tra i molti, A. CALIGIURI, *op. cit.*, diffidente rispetto a una "preventivizzazione" della lotta al terrorismo.

[110] Così si è espresso, nella sua *dissenting opinion* nel caso *de Tommaso contro Italia*, il giudice della Corte EDU Pinto de Albuquerque.

[111] Sull'ontologia della polizia di sicurezza O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, Milano, 1904, pp. 205-1256, nonché ID., *Il concetto della polizia di sicurezza*, *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, 1992 [1898]; P. VIRGA, *op. cit.*, p. 31, secondo cui «mentre la potestà di polizia mira a prevenire i pericoli alla sicurezza pubblica e ad eliminare le turbative all'ordine pubblico, la potestà penale mira a retribuire con la pena il male della trasgressione». Più recentemente G. CORSO, *Polizia di sicurezza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XI, Torino, 1996, 324 ss. e G. CAIA, *op. cit.*, nonché F. FAMIGLIETTI, *Le funzioni di polizia: inquadramento storico-generale e approccio alle categorie di specie*, in F.

ISSN 2036-7821

misure preventive, cautelari, dissuasive.

La pretesa di circoscrivere la tutela dei beni giuridici fondamentali al diritto penale potrebbe altresì tradire un affidamento integrale nel giudiziario, a scapito dell'esecutivo, assecondando una logica monistica che depotenzia l'effettività dell'ordinamento.

Accanto e prima della violazione e della punizione stanno, infatti, il pericolo e la prevenzione. Sicché, esigere per il diritto di polizia le garanzie penalistiche potrebbe rappresentare un fuor d'opera.

Si potrebbe, allora, guardare allo statuto del diritto di polizia non come a un *minus* rispetto al diritto penale, quanto, piuttosto, come ad un *altro* diritto, con altri principi e altri fini.

Ma quest'opzione teorico-generale dovrebbe essere attentamente vigilata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, allo scopo di impedire che questa pur necessaria rivitalizzazione dello strumento di polizia si traduca in un'elusione dei principi di civiltà giuridica consacrati nella Convenzione e nella Costituzione[112].

CARINGELLA – A. IANNUZZI – L- LEVITA (a cura di), *Manuale di diritto di pubblica sicurezza*, Roma, 2013. Osserva P. P. PAULESU, *op. cit.*, che «non si dice nulla di nuovo quando si sottolinea che il terreno elettivo del contrasto al terrorismo resta quello della "prevenzione". È infatti in questo settore che si realizza la massima tutela del cittadino: la profilassi mira a scongiurare l'attacco terroristico là dove la repressione serve solo ad individuare e punire coloro che lo hanno già realizzato». Tuttavia, di «criminalizzazione in senso lato», con riferimento alla prevenzione amministrativa, parla C. RUGGIERO, *Le linee di tendenza della crimmigration nel sistema penale italiano dal "decreto Minniti" al "decreto sicurezza-bis"*, in *Archivio penale* 2/2020.

[112] Di quest'esigenza di vigilare attentamente sullo Stato di prevenzione fa menzione. V. BALDINI, *Tirannia della sicurezza nello stato costituzionale di diritto?*, in ID. (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, pp. 14-15.

ISSN 2036-7821