

ATTUALITÀ

MARIO CATERINI, DIANA ZINGALES

***La rule of lenity nell'Immigration Law statunitense:
spunti comparativi per il diritto penale italiano****

In un contesto normativo quale quello del diritto penale dell'immigrazione, che è il risultato di scelte di politica criminale protese a favorire l'espulsione del migrante 'indesiderato', dinanzi a norme dal significato potenzialmente 'polivalente' il giudice dovrebbe sciogliere i dubbi interpretativi nel senso più favorevole allo straniero, dando attuazione al principio di legalità e a quello del *favor rei*. Segnatamente, quando l'espulsione viene irrogata dal giudice penale ed incide sui diritti fondamentali del migrante, un diritto punitivo costituzionalmente orientato dovrebbe condurre il giudice verso interpretazioni che non costituiscano solo espressione della legalità intesa in senso efficientista. Il contributo esamina le ragioni a sostegno dell'interpretazione favorevole alla luce della più antica esperienza statunitense, che mostra come i principi costituzionali in materia di pena dovrebbero guidare anche l'interpretazione delle norme che dispongono la sanzione extrapenale dell'espulsione.

The rule of lenity in the American Immigration Law: comparative prompts for the Italian Criminal Law

In the legal framework of criminal immigration laws, which is the result of choices of criminal law policy whose trend is the removal of the 'undesired' migrant, the judge should resolve doubts on the law in favour of the migrant, choosing the more favourable construction, thus carrying out the principle of legality and the favor rei. Especially when the criminal court judge orders the removal, and it affects the fundamental rights of the migrant, crimmigration laws inspired by the constitutional principles should lead the judge toward constructions respectful to the principle of legality understood as a guarantee of the migrant against the arbitrary powers as well.

The paper examines the reasons that support the interpretation favourable to the migrant in the light of the oldest American experience, which shows how the constitutional principles concerning the criminal penalty should guide the construction of ambiguous laws that provide for the non-criminal sanction of the removal.

SOMMARIO: 1. Lo straniero 'nemico presunto': la dimensione identitaria del diritto punitivo dell'immigrazione. - 2. L'espansione giurisprudenziale del diritto punitivo: il caso dell'espulsione ex art. 16, co. 5, TUI. - 3. La *immigration rule of lenity* nella giurisprudenza statunitense. - 4. La *rule of lenity* nel diritto penale statunitense. - 5. La trasposizione della *rule of lenity* nell'*Immigration Law*. - 6. Le ragioni e le applicazioni giurisprudenziali della *rule of lenity* nell'*Immigration Law*. - 7. Dallo 'squinting' indulgente verso i 'forti' allo 'strabismo' interpretativo a favore dell'incolpato in sé 'debole'.

* Benché il lavoro e le conclusioni siano frutto di riflessioni condivise, i par. 1, 4 e 6 sono attribuibili a Mario Caterini e i par. 2, 3 e 5 a Diana Zingales. Il saggio è destinato al volume *Il diritto penale della miseria, la miseria del diritto penale*, Quaderni dell'Istituto di studi penalistici "Alimena", a cura di M. Caterini-Cavaliere-Simon-Zaffaroni, Pisa, in corso di pubblicazione.

1. *Lo straniero ‘nemico presunto’: la dimensione identitaria del diritto punitivo dell’immigrazione.* La regolamentazione dei flussi migratori è oggetto di un dibattito sempre vivace, anche per il peso che in merito assumono le scelte di politica criminale sul piano del consenso elettorale¹. Le vaste dimensioni del fenomeno migratorio e la preoccupazione sempre crescente, anche a livello europeo, di ‘contenere’ l’afflusso di migranti, hanno infatti indotto il legislatore italiano a intervenire a più riprese sulla materia originariamente disciplinata dalla c.d. legge Martelli (l. 28 febbraio 1990, n. 39, poi inserita nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, TUI), sorta sull’onda emergenziale della necessità di far fronte al fenomeno e che già affrontava il problema anche sotto l’aspetto della tutela dell’ordine pubblico².

Tra i principali obiettivi della legislazione in materia spicca quello della tutela dell’interesse dello Stato al controllo del fenomeno migratorio, nel tentativo di evitare la presenza di stranieri irregolari sul territorio nazionale³. Anzi, come sancito dalla stessa Corte costituzionale, tale esigenza di controllo sarebbe il bene giuridico tutelato dalle fattispecie penali, in quanto specificazione dei beni ‘ordine pubblico’ e ‘sicurezza’⁴. Ma l’interesse al presidio delle proprie frontiere e al controllo dei flussi, lungi dall’essere un effettivo bene giuridico rappresentando più la *ratio* della disciplina⁵, dovrebbe comunque esser bilan-

¹ MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di Militello-Spena, Torino, 2018, 60.

² Cfr. GUARNIER, *Su di un caso di ‘certiorari’. Riflessioni critiche sul sindacato costituzionale del c.d. “reato di immigrazione clandestina”*, in *Dir. soc.*, 2011, 2-3, 248.

³ Si tratta peraltro di un proposito esplicitato già negli atti parlamentari meno recenti: si veda ad esempio la Relazione al disegno di legge n. 265 del 1996, Disposizioni in materia di soggiorno dei cittadini stranieri extracomunitari nel territorio dello Stato, in www.senato.it.

⁴ Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3030 ss., nonché (s.m.) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, 1349, con nota di MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, 1373 ss. In dottrina, per un’analisi in chiave convincentemente critica di questa sentenza, v. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, a cura di Rosi-Rocchi, Napoli, 2013, 219, e in *Crit. dir.*, 2013, 1, 17 ss. Ancor più recentemente, si veda altresì MANNA, *Le fattispecie criminose in materia di immigrazione clandestina fra Corte costituzionale e Sezioni Unite Penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 12, 1638, che rileva come l’individuazione del controllo dei flussi migratori quale bene giuridico ridurrebbe l’intervento penale ad una forma di repressione di comportamenti di mera disobbedienza scardinati da una lesione o messa in pericolo di un bene giuridicamente rilevante secondo i principi costituzionali.

⁵ CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 2022, 4, 59, ancora recentemente ha ben distinto l’oggettività giuridica dalla *ratio* della disciplina contenuta nel TUI, rilevando come il controllo dei flussi migratori rappresenti invero *la ratio* e non il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di cui al medesimo TUI.

ciato con le ragioni di solidarietà umana, come ha peraltro affermato sempre la Corte costituzionale⁶; ponderazione, questa, di cui invece non sembra aver fatto buon governo il c.d. primo decreto sicurezza Salvini (d. l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni in l. 1° dicembre 2018), con il quale si riduceva drasticamente il novero degli aventi diritto alla protezione umanitaria e si disponeva l'esclusione di numerosi migranti dai percorsi d'integrazione sociale⁷.

L'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori, come *ratio* della disciplina, dovrebbe essere ponderato altresì rispetto all'imprescindibile ossequio ai principi costituzionali in materia penale, la cui difesa non può essere soggiogata alle finalità di un legislatore che sembra avere come scopo precipuo quello di emarginare o 'espellere' lo straniero dal territorio nazionale. Anzi, è proprio quando il diritto penale s'inserisce in un complesso di norme e procedure amministrative, come nella materia dell'immigrazione, che può risultare più evidente il contrasto con il principio di sussidiarietà, ed è soprattutto in tali situazioni che ci si dovrebbe attendere un maggiore sforzo del legislatore nella tipizzazione delle fattispecie, sia sotto il profilo della più precisa individuazione di un afferrabile bene giuridico, sia delle relative tecniche d'incriminazione.

Frequentemente al centro della discussione pubblica, il tema 'sicurezza' ha determinato scelte di politica criminale volte alla neutralizzazione di colui che è qualificabile come 'diverso' per qualità personali di appartenenza ovvero per etnia, favorendo la proliferazione di norme di natura penale o amministrativa che prevedono l'espulsione o, nel migliore dei casi, che favoriscono l'emarginazione dello straniero - non espulso - in quanto soggetto ritenuto aprioristicamente 'pericoloso'⁸.

Il sistema normativo volto a disciplinare la c.d. *crimmigration*⁹, composto da norme amministrative cui sono complementari quelle penali, è infatti eviden-

⁶ Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353, in *Giur. cost.*, 1997, 3457, con nota di CINANNI, *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*.

⁷ In senso critico su tale aspetto, FERRAJOLI, *Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani*, in *www.questionegiustizia.it*, 22 marzo 2019, par. 1.1 e, più recentemente, CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 49.

⁸ PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Dem. dir.*, 2006, 1, 53 ss. In tema, anche a CATERINI, *Il diritto penale del nemico «presunto»*, in *Pol. dir.*, 2015, 4, 635 ss.

⁹ Con il termine *crimmigration*, coniato da J. Stumpf, si fa riferimento a tre 'livelli' di normazione in ma-

temente orientato ad allontanare lo straniero ‘indesiderato’¹⁰, obiettivo talvolta perseguito secondo logiche che sfuggono a parametri di ragionevolezza, ad esempio attraverso un uso ‘strumentale’ della sanzione pecuniaria in caso d’inottemperanza, sostituita dalla sanzione dell’espulsione, evidentemente più afflittiva.

Il ricorso alla sanzione penale, infatti, appare per lo più meramente simbolico nella disposizione di cui all’art. 10-*bis* TUI (ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato), che prevede la pena dell’ammenda da 5000 a 10000 euro: è invero arduo ipotizzare che colui che proviene da Paesi in estrema povertà disponga della capacità economica di far fronte a una sanzione pecuniaria compresa entro tale forbice edittale. In tali casi, l’espulsione pare dunque rappresentare l’esito che consegue pressoché automaticamente all’ingresso o alla permanenza nel territorio statale in violazione di una qualsiasi norma del TUI, mal celato dietro la previsione di una sanzione pecuniaria inesigibile in relazione alle condizioni personali in cui versa la grande maggioranza degli stranieri che affrontano traversate potenzialmente mortali nel tentativo di sfuggire a situazioni di degrado e miseria. A tal proposito si è incisivamente parlato di una «sanzione impossibile»¹¹, poiché l’unica ‘punizione’ realisticamente collegata alla fattispecie contravvenzionale è l’espulsione, il cui impatto in termini di afflittività è certamente maggiore rispetto all’ammenda¹².

teria d’immigrazione a cui corrispondono distinte scelte di politica criminale, caratterizzati dalla sovrapposizione o dall’intersezione tra disciplina penale e amministrativa. Dalla violazione delle disposizioni in materia d’immigrazione può conseguire, alternativamente, l’applicazione di: 1) sanzioni penali (detentive o pecuniarie); 2) conseguenze amministrative connesse a condanne penali (mancata ammissione nel territorio dello Stato ed espulsione); 3) misure privative o limitative della libertà personale di tipo penalistico (arresto e detenzione funzionale all’espulsione). Per tali aspetti, GATTA, *La pena nell’era della ‘crimmigration’: tra Europa e Stati Uniti*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, 987, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 675. Nella dottrina statunitense, si rinvia, per tutti, a STUMPF, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University law review*, 2006, 367 ss.

¹⁰ V., tra gli altri, SPENA, *La crimmigration e l’espulsione dello straniero-massa*, in *Mater. stor. cult. giur.*, 2017, 2, 495 ss., che definisce l’espulsione dello straniero «l’obiettivo sistemico dichiarato», ovvero «scopo verso il quale tutto il sistema delle norme rilevanti è, almeno ufficialmente, orientato».

¹¹ CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 62.

¹² Lo rileva, tra gli altri, CAPUTO, *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. IX, Torino, 2012, 111.

La sanzione dell'espulsione appare ancor più favorita di fatto dall'inapplicabilità dell'oblazione¹³ e dall'impossibilità per lo straniero di fruire di una sospensione della pena; per di più, quando è applicata ai sensi dell'art. 16 TUI, ovvero come misura alternativa o sostitutiva, essa perde i tratti caratterizzanti tali misure, per subentrare alla pena pecuniaria¹⁴. La scelta politico-criminale di sanzionare lo straniero irregolare con un'ammenda che quest'ultimo non potrà pagare e che verrà sostituita con l'espulsione si espone a critiche difficilmente superabili già sul piano dell'offensività, perché criminalizzare in sé l'immigrazione irregolare significa sanzionare una condotta dall'impalpabile nocimento, che semmai potrebbe diventare pericolosa per la sicurezza collettiva solo se cumulata a quella di altri soggetti¹⁵.

Nella disciplina dell'immigrazione - a meno di non voler ritenere l'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori quale legittimo bene giuridico tutelato dalle disposizioni, operando così una pericolosa confusione della materialità con l'offensività - il diritto penale appare come strumento posto a presidio della disciplina amministrativa, incentrato su reati di mera disobbedienza 'giustificati' da una presunta tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza¹⁶.

¹³ MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione*, cit., 1392; RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 143.

¹⁴ Sul collegamento tra violazione dell'art. 10-bis TUI e l'espulsione applicata come misura alternativa o sostitutiva, si veda SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 323, spec. nota 298, e 326, il quale evidenzia che l'esclusione dell'oblazione per tale reato risponde all'obiettivo di evitare che essa «assicuri una definizione "morbida" del processo, che finirebbe per interrompere la spirale criminogena accuratamente disegnata dal legislatore in vista di una immediata espulsione», e che l'espulsione applicata come sanzione sostitutiva o misura alternativa, collegata al reato di clandestinità, si snatura per sostituirsi alla pena non detentiva, bensì pecuniaria.

¹⁵ CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 61, pone in luce inoltre le criticità derivanti dall'incriminazione dell'immigrazione irregolare sotto il versante delle funzioni della pena: secondo l'Autore, infatti, il migrante viene strumentalizzato per scopi di prevenzione generale, ovvero di rassicurazione collettiva, con palesi frizioni rispetto alla finalità rieducativa di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Cfr. pure SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 317, che, in riferimento all'espulsione di cui all'art. 16 TUI, afferma che «come misura amministrativa essa è anomala, giacché, unica eccezione nell'ordinamento penitenziario, provoca l'interruzione del percorso rieducativo del condannato prescindendo dai dati dell'osservazione e del trattamento, e opera soltanto nel caso in cui il detenuto sia uno straniero extracomunitario». L'art.10-bis TUI si espone inoltre a problemi di compatibilità con i principi di sussidiarietà e di *extrema ratio*, poiché l'espulsione è già prevista come sanzione amministrativa dall'art. 13, co. 2, lett. a) e b) TUI quale misura che sanziona la medesima condotta: per tali aspetti, GATTA, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, cit., 682; GUARNIER, *Su di un caso di "certiorari"*, cit., 255, i quali in generale rilevano il contrasto con il principio di sussidiarietà della disciplina penale dell'immigrazione che converge con quella amministrativa sul piano della tipizzazione della condotta.

¹⁶ Sul punto, sempre CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 63.

Il riferimento è, in particolare, al citato art. 10-*bis* TUI¹⁷, nonché alle forme di ‘criminalizzazione indiretta’ della presenza irregolare dello straniero di cui agli artt. 14, co. 5-*ter* e 5-*quater* TUI (inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore), e all’art. 13, co. 13 e 13-*bis* TUI (inosservanza del divieto di reingresso), che integrano reati di mera trasgressione e – tipizzati peraltro in modo non dissimile dalla fattispecie di cui all’art. 650 c.p., ma sanzionati in misura più grave¹⁸ – presentano profili di frizione non solo rispetto al principio di offensività, ma anche in relazione a quello di legalità, poiché il precetto in pratica viene di volta in volta posto dalla pubblica autorità¹⁹.

Nell’attuale impianto normativo dell’immigrazione, il diritto penale assume inoltre i connotati di un ‘diritto penale d’autore’, ovvero del ‘nemico’²⁰: non solo la sanzione penale rappresenta la risposta dell’ordinamento a fatti invero non offensivi, ma evidentemente la condotta può assumere rilevanza penale solo in quanto posta in essere dallo straniero di per sé²¹.

Circoscrivendo l’oggetto di questo contributo alle ragioni che militano a favore del necessario recupero del principio di legalità – inteso non tanto in chiave efficientista, ma soprattutto in quella garantista – segnatamente in riferimento ai presupposti dell’espulsione ex art. 16, comma 5, TUI, va fatto almeno un cenno alle discutibili tecniche di redazione di alcune delle fattispecie di cui allo stesso TUI, dove risulta evidente un *deficit* di tassatività. Non può infatti non rilevarsi preliminarmente che l’asserita necessità di controllare il fenomeno migratorio attraverso la creazione di fattispecie a tutela di suppo-

¹⁷ La scelta della natura contravvenzionale della violazione di cui all’art. 10-*bis* TUI risulta in linea con la tendenza del legislatore di ricorrere al diritto penale per presidiare l’osservanza della disciplina amministrativa: si veda SIRACUSANO, *La clandestinità, “condizione” della circostanza aggravante e “condotta” del reato proprio*, in *Cass. pen.*, 2010, 7, 8, 2948.

¹⁸ Come è noto, l’inasprimento delle conseguenze sanzionatorie rispetto al reato di cui all’art. 650 c.p. è stato ritenuto legittimo da Corte cost., 20 giugno 2005, ord. n. 261, in www.cortecostituzionale.it, in base alla ritenuta «evidente diversità esistente tra la generica inosservanza dei provvedimenti dell’autorità e la trasgressione dello specifico divieto di rientrare nel territorio nazionale conseguente al provvedimento di espulsione emesso nei confronti dello straniero, diversità che dà ragione del differente trattamento sanzionatorio».

¹⁹ CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 63.

²⁰ In generale sul tema, JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di Donini-Papa, Milano, 2007, 11 ss.

²¹ Cfr. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 1, 119. Nello stesso senso, in particolare in relazione all’art. 10-*bis* TUI, MANNA, *Le fattispecie criminose in materia di immigrazione clandestina fra Corte costituzionale e Sezioni Unite Penali*, cit., 1638.

sti beni giuridici dall'ampia portata quali l' 'ordine pubblico' e 'la sicurezza', ha finora condotto a una regolamentazione dai contenuti vaghi e indeterminati, che trascura il principio costituzionale di legalità.

Nel diritto penale e amministrativo punitivo dell'immigrazione, così, appare eluso il principio di legalità inteso innanzitutto a presidio della certezza del diritto in chiave 'garantista'²². La sanzione penale, quando prevista, piuttosto che costituire la risposta dell'ordinamento a fatti oggettivamente offensivi, in questa diversa ottica diviene dunque uno strumento finalisticamente rivolto anzitutto all'esclusione del soggetto 'indesiderato'²³, ovvero all'annientamento dello straniero sul piano sociale²⁴. Nella materia dell'immigrazione, infatti, lo strumento penale interviene in qualche modo anche per sanzionare lo *status* di clandestino (art. 10-*bis* TUI), ovvero una condizione personale che deriva dall'inosservanza di una qualsiasi disposizione del TUI, aspetto che mette in risalto l'insufficiente determinatezza della disposizione²⁵.

²² Sulle due accezioni di legalità, in senso garantista ovvero efficientista, v. RONCO, *Il principio di legalità, Commentario sistematico al codice penale*, diretto da Ronco, vol. I, *La legge penale*, Bologna, 2006, 80.

²³ CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1492.

²⁴ BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi immigratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero*, in *Quest. giust.*, 2011, 2, 17 ss., il quale rileva che nella materia dell'immigrazione il diritto penale non è finalizzato a contenere i flussi migratori, ma piuttosto alla neutralizzazione dello straniero sul piano sociale; osserva come l'esclusione sociale sia l'obiettivo primario della *crimmigration* SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 2, 457 ss. Analogo è stato l'obiettivo del legislatore statunitense sin dagli anni '80, attraverso un massiccio utilizzo delle misure detentive applicate agli stranieri al fine di garantirne il confinamento, oltre all'espulsione. In tema, SIMON, *Refugees in a carceral age: the rebirth of immigration prisons in the United States*, in *Public culture*, vol. X, 1998, 3, 585, che individua le ragioni di tale fenomeno, da un lato, nella titolarità da parte del Governo di pieni poteri nel regolamentare le condizioni di accesso e permanenza dei migranti nello Stato, e dall'altro, nel carattere strumentale, a tale scopo, di tali misure: «*first, the U.S. government has "plenary power" to determine the conditions under which any noncitizen may enter or remain in the United States; second, imprisonment for the purpose of effectuating that "plenary power" may be continued for as long as necessary*».

²⁵ Si espone ai medesimi rilievi critici la formulazione di cui all'art. 12, co. 1, TUI, che fa riferimento al favoreggiamento della permanenza dello straniero in Italia in violazione delle norme di cui allo stesso TUI. Ciononostante, l'orientamento della giurisprudenza è quello secondo il quale la norma non violerebbe il principio di tassatività: si veda ad esempio Cass., Sez. I, 8 maggio 2002, n. 22741, in *Riv. pen.*, 2002, 669, che ha respinto la questione di legittimità costituzionale della stessa norma, rilevando che dalla sua formulazione deriverebbe «soltanto una maggiore difficoltà di individuazione e ricostruzione della fattispecie concreta, ma non anche un difetto di tipicità della fattispecie astratta, in sé compiutamente definita».

Sul piano delle conseguenze sanzionatorie, infine, il diritto punitivo dell'immigrazione si caratterizza per la centralità che assume l'espulsione²⁶: l'allontanamento dello straniero irregolare è l'obiettivo privilegiato dal legislatore²⁷, favorito da quella parte della magistratura penale che, servendosi ora di interpretazioni 'elastiche', ora 'anelastiche', tra più opzioni interpretative sceglie soventemente quella meno favorevole allo straniero e, così, asseconda le istanze meramente securitarie provenienti dalla legislazione degli ultimi anni, che hanno determinato un sostanziale asservimento del diritto penale della repressione al diritto amministrativo della prevenzione: lo strumento penale si è piegato agli scopi dell'attività amministrativa, elevando a bene da tutelare l'interesse dello Stato alla 'protezione' delle frontiere, che l'amministrazione non è, da sola, in grado di tutelare²⁸.

2. *L'espansione giurisprudenziale del diritto punitivo: il caso dell'espulsione ex art. 16, co. 5, TUI.* Tra le norme del TUI maggiormente soggette a interpretazioni 'creative' che favoriscono l'allontanamento dello straniero, si colloca quella di cui all'art. 16, co. 5, TUI, relativa all'espulsione amministrativa come misura alternativa alla detenzione. Nella ricostruzione prasseologica della disciplina applicativa della misura, infatti, l'atteggiamento della giurisprudenza palesa l'evidente tendenza a espanderne l'ambito di esecuzione, sia mediante interpretazioni 'elastiche' *in malam partem*, sia elaborando interpretazioni eccessivamente rigorose delle cause ostative all'espulsione.

Secondo l'art. 16, co. 5, TUI, il giudice dell'esecuzione dispone l'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione nei confronti dello straniero detenuto che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, per reati diversi da quelli espressamente esclusi dal medesimo comma, che rientri tra le categorie di stranieri che dovrebbero essere comun-

²⁶ Così, tra gli altri, GATTA, *La pena nell'era della 'cimmigration'*, cit., 682.

²⁷ In senso critico sul punto, SIRACUSA, *Sulle tracce della cimmigration in Europa: l'espulsione dello straniero in un confronto fra Spagna, Francia e Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 1-2, 277-278. L'Autrice osserva che l'ampio ricorso all'adozione di norme che prevedono l'espulsione dello straniero in seguito a una condanna o come misura di polizia/prevenzione, costituisce invero un segnale di distorsione rispetto alla funzione di tutela della società che è sottesa a tali tipologie di misure, con la conseguenza che esse risultano strumentali non ad allontanare lo straniero in quanto pericoloso per la società, ma a renderlo 'irregolare' e «a favorire di conseguenza la strategia politica di ridurre il numero di stranieri complessivamente presenti sul territorio nazionale, attraverso l'incremento delle espulsioni».

²⁸ SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 326-327.

que espulsi dal prefetto (art. 13, co. 2, TUI) e purché non sussistano condizioni ostative all'espulsione (art. 16, co. 9, TUI). La misura è stata introdotta dalla l. n. 189 del 30 luglio 2002 (legge Bossi-Fini) come strumento volto a contrastare il sovraffollamento carcerario²⁹, e a essa risultano estranee le esigenze di risocializzazione che caratterizzano le 'tradizionali' misure alternative alla detenzione, poiché la finalità a cui l'espulsione è strumentale è l'allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato³⁰.

Pur formalmente qualificata come sanzione amministrativa perché la sua esecuzione è affidata al questore e il suo effetto è quello proprio dell'espulsione amministrativa³¹, la stessa giurisprudenza evidenzia il carattere 'atipico' dell'espulsione³², proprio in ragione degli aspetti peculiari di tale misura, la cui applicazione – disposta *de plano*, salvo il diritto di opposizione dell'interessato – è subordinata unicamente a una previa verifica delle condizioni previste *ex lege*, sussistenti le quali la sua applicazione è obbligatoria³³, indipendentemente da valutazioni che riguardino il percorso rieducativo e la possibilità di risocializzazione del condannato³⁴.

Come detto, è in relazione all'interpretazione dei presupposti della misura che la giurisprudenza penale tende a scegliere quella che, tra le varie opzioni ermeneutiche, di volta in volta favorisce l'espulsione.

Quando, infatti, deve verificare l'esistenza di una delle condizioni ostative tipizzate dall'art. 19, co. 2, lett. c) TUI³⁵, richiamato dal co. 9 dell'art. 16, il giu-

²⁹ Cass., Sez. I, 14 settembre 2021, n. 36513, in *DeJure*, Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, n. 44143, Rv. 268290. Come rileva SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 311, si tratta dei casi nei quali lo Stato italiano rinuncia alla pretesa punitiva nei confronti del reo straniero ogniqualvolta sussistano i presupposti per il suo allontanamento. Se, infatti, la deflazione carceraria fosse l'unica *ratio* dell'espulsione applicata come misura alternativa o sostitutiva, non si spiegherebbe la ragione per cui tale misura sia destinata a prevalere sulle tradizionali misure alternative alla detenzione, in ciò scorgendosi dunque l'altra finalità 'celata' della misura, ovvero il controllo dei flussi migratori: sul punto, ID., *op. cit.*, 316.

³⁰ Tra gli altri, SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 327; SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»*, cit., 460-461.

³¹ Corte cost., 14 luglio 1999, ord. n. 369, in *www.giurcost.org*.

³² Nella giurisprudenza di legittimità, recentemente, Cass., Sez. I, 11 gennaio 2022, n. 15700, in *DeJure*.

³³ A differenza dell'espulsione come sanzione sostitutiva di cui all'art. 16, co. I, TUI, la cui applicazione ad opera del giudice ha natura discrezionale al ricorrere dei presupposti di legge: sul punto, L. SIRACUSA, *Sulle tracce della crimmigration in Europa*, cit., p. 281; SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 312.

³⁴ Come messo in luce da Corte cost., 8 luglio 2004, ord. n. 226, in *www.giurcost.org*, si tratta dell'unica misura alternativa alla detenzione che viene applicata «senza tenere conto degli effetti ai fini della rieducazione e della risocializzazione del condannato e delle sue condizioni personali».

³⁵ Il rispetto delle condizioni ostative all'espulsione di cui all'art. 19 TUI rientra nel novero delle 'garanzie' assicurate allo straniero. Qualificando la misura come 'amministrativa', la Corte costituzionale ha infatti rammentato che la sua applicazione deve essere assistita dalle garanzie che accompagnano

dice in genere adotta interpretazioni strettamente aderenti alla formulazione semantica della norma, così limitando lo spazio applicativo della causa di esclusione dell'espulsione; se, viceversa, sempre seguendo un criterio rigorosamente letterale, vi sono evidenti argomenti ermeneutici contro l'adozione della misura, la giurisprudenza tende ad adottare interpretazioni estensive *in malam partem* che spesso sconfinano oltre il dettato normativo.

Può ricordarsi, ad esempio, quell'impostazione giurisprudenziale che tendeva a restringere l'operatività delle condizioni ostative all'espulsione di cui all'art. 19, co. 2, lett. c) TUI, secondo cui la misura non poteva essere applicata nei confronti «degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana». Alla luce dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale³⁶ e di legittimità³⁷, infatti, tali cause ostative all'espulsione in ragione del loro carattere eccezionale non erano suscettibili di applicazione analogica, con la conseguenza che non venivano presi in considerazione i legami familiari diversi da quelli espressamente contemplati, tra cui la convivenza *more uxorio*. Rimanevano esclusi dall'ambito di operatività della norma anche i conviventi dello straniero che, pur se a loro volta stranieri, risiedevano in Italia con regolare permesso di soggiorno, in ciò palesandosi una *ratio* alquanto discriminatoria; né poteva utilizzarsi, secondo l'orientamento più rigoroso, il disposto di cui all'art. 13, co. 2-*bis*, TUI, che, nel disciplinare l'espulsione prefettizia, dispone che nei casi di cui alle lett. a) e b) del comma 2 si deve tenere conto dei vincoli familiari dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto³⁸.

l'espulsione amministrativa di cui all'art. 13 TUI, tra cui i divieti di espulsione e il diritto dello straniero a impugnare il decreto innanzi al Tribunale di sorveglianza: si veda Corte cost., ord. n. 226, cit.

³⁶ Corte cost., 26 settembre 2007, ord. n. 361, in *Giur. cost.*, 2007, 5. Con la pronuncia, la Consulta ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 19 T.U.I., relativa al divieto di espulsione esclusivamente in favore degli stranieri conviventi con il coniuge 'di nazionalità italiana' e che escludeva un analogo divieto in favore degli stranieri conviventi con parenti o con il coniuge già residenti in Italia e regolarmente muniti di permesso di soggiorno, ma privi di cittadinanza italiana.

³⁷ Cass., Sez. I, 19 dicembre 2019, n. 10846, Rv. 278892; Cass., Sez. I, 29 settembre 2015, n. 48684, Rv. 265387, che ha ravvisato la sostanziale compatibilità del carattere tassativo e non suscettibile di interpretazione analogica delle cause ostative all'espulsione, con le disposizioni di cui all'art. 8 CEDU che tutela l'unità familiare.

³⁸ Si veda *infra*, nota n. 56.

Tale è stato, peraltro, l'indirizzo interpretativo seguito da una parte della giurisprudenza anche in seguito alla modifica introdotta con la l. n. 76 del 20 maggio 2016, che all'art. 1, co. 36 ha disciplinato la convivenza stabile tra persone eterosessuali, parificando la nozione di "coniuge" a quella di "convivente", e quindi il matrimonio civile al contratto di convivenza³⁹. Si è dovuto attendere l'intervento del legislatore, sollecitato da istanze di derivazione europea, per un mutamento d'indirizzo applicativo. Infatti, solo successivamente alla recente novella che ha ampliato il novero di cause ostative all'espulsione facendo riferimento a legami familiari in Italia diversi rispetto a quelli già previsti (*i.e.* parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana, che siano anche conviventi con lo straniero) si è registrata una 'forzata' inversione di rotta della giurisprudenza. Con il d.l. n. 130 del 21 ottobre 2020 (c.d. "decreto Lamorgese"), convertito con modificazioni dalla l. n. 173 del 18 dicembre 2020, tra le cause ostative all'espulsione è stata introdotta l'esistenza di legami familiari dello straniero nel territorio dello Stato ulteriori rispetto a quelli già 'tipizzati' dall'art. 19, co. 2, lett. c). Ai sensi del co. 1.1. dell'art. 19 TUI, il giudice deve ora tenere conto delle conseguenze che l'espulsione del condannato determinerebbe sulla sua vita privata e familiare, riconoscendo rilevanza a legami affettivi non previsti dall'art. 19, co. 2, lett. c). Più in generale, la disposizione amplia il novero delle situazioni ostative a tutte le forme di espulsione, salvo quelle motivate da ragioni di sicurezza nazionale e ordine e sicurezza pubblica, allineando la normativa italiana ai principi sanciti dalla Corte EDU⁴⁰.

³⁹ L'esclusione della convivenza *more uxorio* dalle cause ostative all'espulsione è tuttora sostenuta dalla giurisprudenza civile, anche più recente: si vedano Cass., sez. I, 21 giugno 2021, n. 17657, in *DeJure*; Cass., sez. I, 17 giugno 2020, n. 11724, *ivi*. La giurisprudenza penale prevalente consolidatasi successivamente alla riforma, invece, è in senso contrario: si veda, tra le altre, Cass., Sez. I, 27 giugno 2016, n. 44182, *ivi*, che già riconosceva il rapporto di convivenza dello straniero con una cittadina italiana formalizzato con un 'contratto di convivenza' *ex l.* 20 maggio 2016, n. 76, tra le cause ostative all'espulsione di cui all'art. 19, co. 2, lett. c), TUI.

⁴⁰ Ai sensi del nuovo art. 19, co. 1.1., TUI non sono ammessi il respingimento o l'espulsione dello straniero, oltre che nei casi di cui al co. 1 e alla prima parte del co. 1.1, «qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, a meno che esso non sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla L. 24 luglio 1954, n. 722, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea»; si specifica inoltre che «ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del

La novella introduce dunque un regime normativo nel quale l'automatismo espulsivo recede in favore di un preventivo giudizio di bilanciamento fra l'interesse dello Stato a espellere lo straniero ormai indesiderato, in quanto socialmente pericoloso o autore di reati, e l'interesse di quest'ultimo a permanere nello Stato, tendendo a preservare per tale via la sua vita privata e lavorativa nel territorio italiano e garantendo l'attuazione dell'art. 8 CEDU⁴¹. L'importanza degli *standards* di garanzia elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è stata poi recentemente richiamata dalla Commissione nazionale asilo del Ministero dell'Interno nella circolare del 19 luglio 2021⁴², nella parte specificatamente riservata ai «profili interpretativi». Premettendo che i termini «vita privata» e «vita familiare» non sono suscettibili di una rigida ed esaustiva definizione, la circolare opportunamente richiama la centralità della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'interpretazione dell'art. 8 CEDU e, recependo gli insegnamenti della stessa Corte EDU, esplicitamente riconosce che con la nuova disposizione il legislatore ha inteso attribuire a tali concetti una portata estesa sino alla tutela dei rapporti di «natura professionale e commerciale», nonché dei vincoli familiari «non riconosciuti», anche tra persone dello stesso sesso⁴³. In relazione al giudizio di bilanciamento, la medesima circolare richiama il testo del nuovo comma 1.1, secondo cui ha portata dirimente «la durata del soggiorno nel territorio nazionale e l'effettivo inserimento sociale nello stesso»⁴⁴, affinché la misura dell'espulsione non infici un già avvenuto radicamento nel territorio italiano⁴⁵, tenendo altresì conto

suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d'origine». La nuova disposizione recepisce gli *standards* enunciati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quali i criteri "Boultif" e "Benhebbba": si vedano Corte eur. dir. uomo, 2 agosto 2001, *Boultif v. Switzerland*, e Corte eur. dir. uomo, 10 luglio 2003, *Benhebbba v. France*, entrambe in www.hudoc.echr.coe.int.

⁴¹ Nella dottrina penalistica i primi commenti alla nuova disposizione sono di SIRACUSA, *L'espulsione dello straniero tra apparenza e realtà*, in *Foro it.. Gli speciali. Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, a cura di De Marzo-Parisi, Roma, 3, 2021, col. 340, che evidenzia come la riforma recepisca i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte EDU e segni il superamento dell'automatismo espulsivo proprio del previgente sistema normativo.

⁴² Circolare del Ministero dell'Interno, Commissione Nazionale Asilo, del 19 luglio 2021, in www.cir-onlus.org/wp-content/uploads/2022/02/circolare11732020art19tui_19072021.pdf, 11 ss.

⁴³ *Ibid.*, 14-15.

⁴⁴ *Ibid.*, 14.

⁴⁵ In questo senso, già il Dossier 11 dicembre 2020 ("Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e sicurezza"), sub "Articolo 1, comma 1, lett. e) ("Ambito di applicazione del divieto di espulsione"), 30, approvato dalla Camera dei deputati, disponibile on line all'indirizzo www.camera.it.

dell'eventuale esistenza di legami familiari, culturali o sociali dello straniero con il Paese d'origine.

Solo a fronte del nuovo inciso volto a precisare un ambito esteso delle cause ostative all'espulsione evidentemente più favorevole allo straniero – che vincola ora espressamente l'autorità giudiziaria a valutare le conseguenze dell'espulsione sui legami affettivi ulteriori rispetto a quelli già contemplati dall'art. 19, co. 2, lett. c), TUI, e più in generale sui legami sociali dello straniero nel territorio italiano – la giurisprudenza penale ha dunque iniziato ad accogliere gli orientamenti di quella europea⁴⁶.

Il nuovo disposto normativo segna quello che è stato definito «un ripensamento rispetto alla forzatura rappresentata dalla precedente equiparazione normativa tra irregolarità originaria e irregolarità derivata»⁴⁷, da cui scaturiva l'irragionevole disparità di trattamento non solo tra cittadino e straniero, ma anche tra il soggetto immigrato regolarmente identificato e possibilmente integrato nel contesto sociale dello Stato e lo “straniero-massa”⁴⁸ considerato pericoloso per la società. Limitatamente a quanto interessa in questa sede, poiché la novella riguarda tutte le forme di espulsione (ad eccezione di quelle disposte per ragioni di sicurezza nazionale o di ordine e sicurezza pubblica), essa determina anche l'ampliamento delle condizioni ostative all'espulsione di cui all'art. 16, co. 5 e 9, TUI, così introducendo un regime normativo più favorevole allo straniero che sia divenuto ‘irregolare’ in seguito a sentenza di condanna, ma sia integrato nel territorio dello Stato.

Con l'entrata in vigore del nuovo comma sembra dunque definitivamente destinato a comporsi anche il contrasto giurisprudenziale sorto in merito alla dibattuta estensibilità alla misura alternativa dell'espulsione delle disposizioni – rilevanti ad altri fini – di cui agli artt. 13, co. 2-*bis* e 5, co. 5⁴⁹, TUI, più favo-

⁴⁶ Si veda Cass., Sez. I, 23 giugno 2021, n. 36872, in *DeJure*, che ha annullato con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di sorveglianza, al fine di considerare l'ampliamento dei legami familiari rilevanti come situazioni ostative all'espulsione ad opera del nuovo co. 1.1. dell'art. 19 TUI; conforme, Cass., Sez. I, 14 settembre 2021, n. 36513, cit.

⁴⁷ SIRACUSA, *L'espulsione dello straniero tra apparenza e realtà*, cit., col. 340

⁴⁸ L'espressione è di SPENA, *La crimmigration*, cit., 495.

⁴⁹ L'art. 5, co. 5, TUI prevede che ai fini dell'emanazione del provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto (art. 29 TUI), si deve tenere conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata

revoli allo straniero rispetto all'art. 19 TUI (v. *infra*), contrasto che dovrebbe ritenersi superato alla luce del richiamo già operato dall'art. 16, co. 9, TUI, al predetto art. 19, la cui portata, nel definire le situazioni impeditive dell'espulsione, risulta più ampia in seguito alla riforma.

L'atteggiamento 'creativo' della giurisprudenza – sempre riferito alla tendenza verso interpretazioni 'anelastiche' che restringono l'ambito applicativo di norme favorevoli allo straniero – si è inoltre palesato in qualche recente pronuncia con la quale non sono stati ritenuti motivi ostativi all'espulsione di cui all'art. 16, co. 5, TUI, quelli fondati su pericoli di discriminazione nel Paese di origine, se soltanto allegati, ma non anche provati dallo straniero⁵⁰. Ci si è spinti a desumere l'inesistenza di pericoli di persecuzione e/o discriminazione dal solo fatto che lo straniero che soggiorni da tempo in Italia non abbia mai promosso il procedimento inteso al riconoscimento dello *status* di 'rifugiato' o all'ottenimento della protezione internazionale⁵¹, così trascurando la condizione in cui versa il migrante, per di più se clandestino, che può non essere in grado di conoscere con immediatezza, o comunque agevolmente, le leggi di un Paese diverso dal proprio.

Dall'altro lato, favorite da una tecnica legislativa caratterizzata da continui rinvii alle norme amministrative, si registrano pronunce con le quali i giudici hanno ampliato la portata applicativa della misura espulsiva privilegiando quella che tra più opzioni ermeneutiche possibili assecondava l'emanazione del decreto di espulsione. In particolare, quando il dubbio ermeneutico riguardava l'alternativa di dare o meno rilevanza a legami familiari diversi da

del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale. Con la sentenza 3 luglio 2013, n. 202, in *DeJure*, la Corte costituzionale ha peraltro dichiarato l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non prevede che la valutazione discrezionale in essa stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o allo straniero ricongiunto e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato.

⁵⁰ Cass., Sez. I, 11 gennaio 2022, n. 15700, cit. Nel dichiarare l'infondatezza del ricorso, nella parte motivata della sentenza la Corte di cassazione ha rilevato che le ragioni discriminatorie a sostegno dell'impugnazione dello straniero del provvedimento di espulsione disposto dal tribunale di sorveglianza, apparivano di «irrimediabile genericità», in quanto, si è affermato, non supportate da alcun elemento di riscontro. E anzi, proprio l'inerzia dello straniero nel richiedere l'attivazione di meccanismi di protezione internazionale costituiva, secondo i giudici, un elemento da cui si doveva per contro escludere la sincerità delle sue doglianze e, piuttosto, ritenerne «la strumentalità in funzione paralizzatrice dell'esecuzione dell'espulsione». Nel caso di specie, lo straniero aveva addotto la sua omosessualità come circostanza foriera di discriminazioni in Tunisia, suo Paese di origine.

⁵¹ *Ibid.*

quelli contemplati dall'art. 19, co. 2, lett. c), TUI, si è affermato che essi non sono suscettibili di costituire motivi ostativi all'espulsione, nemmeno se soppesati con la pericolosità sociale dello straniero³². Tale conclusione, a ben vedere, muove dalla natura della predetta forma di espulsione, che non è una misura di sicurezza e che quindi non presuppone un previo giudizio prognostico che abbia a oggetto la pericolosità sociale³³.

Il predetto orientamento, evidentemente più rigoroso, secondo cui l'esistenza di vincoli familiari diversi da quelli espressamente tipizzati dall'art. 19, comma 2, lett. c), TUI, e rilevanti invece ex artt. 5, co. 5, e 13, co. 2-*bis*, TUI, non poteva assurgere a situazione ostativa all'espulsione, faceva leva inoltre sulla diversa finalità dell'espulsione giudiziale (contrastare il sovraffollamento carcerario) rispetto a quelle della espulsione prefettizia di cui all' art. 13, co. 2-

³² Trib. Sorv. Torino, 27 maggio 2020, cit.

³³ Nel senso che la pericolosità sociale dello straniero non è un presupposto dell'espulsione applicata come misura alternativa, tra le altre, Cass., Sez. I, 18 maggio 2004, n. 27743, Rv. 228727. Più di recente, Cass., Sez. I, 21 novembre 2013, n. 17736, Rv. 262263: «la misura dell'espulsione – quale sanzione alternativa alla detenzione – così come descritta dal d. lgs. n. 286 del 1998, art. 16, comporta conseguenze almeno in parte sfavorevoli per il soggetto destinatario (pur ponendosi come alternativa alla prosecuzione della detenzione) cui viene coattivamente imposto l'allontanamento, peraltro non preceduto da una verifica in concreto della sua pericolosità sociale (a differenza di quanto previsto dal d. lgs. 286 del 1998, art. 15)». Inoltre, si veda Trib. sorv. Torino, 27 maggio 2020, cit., secondo cui se la pericolosità sociale costituisse una condizione dell'espulsione ex art. 16, comma 5, T.U.I., «essa non potrebbe essere ordinata nei confronti del detenuto ammesso alla fruizione di permessi-premio ex art. 30-*ter* O.P. (permessi che ai sensi del comma 1 dello stesso art. 30-*ter* possono essere concessi “ai condannati ... che non risultano socialmente pericolosi”)», ponendo in luce la contraddittorietà di tale conclusione rispetto a quanto ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'espulsione in questione ha un'esclusiva funzione “deflattiva” della popolazione carceraria e può essere applicata pure a soggetti da considerarsi non socialmente pericolosi perché ammessi ai permessi-premio. I giudici rilevavano, ancora, che se la pericolosità sociale costituisse un presupposto della misura, sarebbe del tutto irragionevole la stessa disposizione di cui all'art. 16, co. 5, TUI, che ne esclude l'applicazione proprio nei confronti dei soggetti più pericolosi perché condannati per reati di particolare allarme sociale, ovvero quelli di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p. Cfr. ancora Cass., Sez. I, 9 ottobre 2002 n. 35626, Rv. 222333, che osservava come il giudizio sulla pericolosità sociale dello straniero fosse un presupposto dell'espulsione quale misura di sicurezza ex art. 15 T.U.I. e non anche dell'espulsione amministrativa di cui all'art. 13 T.U.I. e di quella applicata come sanzione sostitutiva di cui all'art. 16, comma 1, T.U.I. Ed invero, in tali casi, l'applicazione dell'espulsione *post delictum* persegue le medesime finalità di quelle sottese all'espulsione quale misura di sicurezza, ma non è caratterizzata dalle medesime garanzie legate a quest'ultima, a partire dal mancato giudizio di prognosi sulla effettiva pericolosità dello straniero: sul punto, SAVINO, *L'incostituzionalità dell'automatismo espulsivo*, in *Dir. imm. e cit.*, 2013, 3, 43; SIRACUSA, *L'espulsione dello straniero tra apparenza e realtà*, cit., col. 339. Sempre SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 212-213, evidenzia la ‘creatività del legislatore’ poiché, pur di favorire l'applicazione della misura dell'espulsione, essa è stata prevista come sanzione sostitutiva o misura alternativa proprio per permetterne l'applicazione indipendentemente dalla ponderazione della pericolosità sociale.

bis, TUI (impedire ingressi e soggiorni irregolari nel territorio dello Stato⁵⁴ e “allontanare” soggetti di spiccata pericolosità sociale⁵⁵), essendosi osservato che il necessario contemperamento tra le esigenze poste a fondamento del provvedimento e quelle di salvaguardia delle relazioni familiari riguarderebbe solo quest’ultima tipologia di espulsione e che tali ‘garanzie’ non sarebbero estensibili alla espulsione giudiziale. Infine, si è escluso che rilevino legami familiari diversi da quelli tipizzati dall’art. 19, co. 2, lett.c), TUI, alla luce del dato normativo, ovvero del riferimento che l’art. 16, co. 5, TUI fa al solo comma 2 dell’art. 13 e non anche al comma 2-*bis* della medesima disposizione, elemento che è stato utilizzato a supporto dell’interpretazione meno favorevole allo straniero, ovvero nel senso dell’espulsione⁵⁶.

Si segnala comunque qualche tentativo operato dalla giurisprudenza di legittimità che già antecedentemente alla riforma ad opera del decreto Lamorgese ha subordinato la rilevanza di vincoli familiari diversi da quelli previsti dall’art. 19, co. 2, lett. c), TUI, a un preventivo giudizio di ponderazione tra l’interesse dello straniero al mantenimento di siffatti legami familiari in Italia e quello del controllo della sua pericolosità sociale, all’esito del quale l’interesse di quest’ultimo all’unità familiare deve risultare in concreto prevalente ai fini dell’esclusione della misura⁵⁷. Secondo questa impostazione, dunque, addotta dal migrante – sul quale ricade l’onere probatorio – l’esistenza di legami familiari diversi da quelli di cui all’art. 19, co. 2, lett. c), TUI, il giudice di sorveglianza è tenuto a ponderare il giudizio di pericolosità sociale alla luce della particolare condizione in cui versa lo straniero e delle sue relazioni affettive in

⁵⁴ Art. 13, comma 2, lett. a) e b), TUI.

⁵⁵ Art. 13, comma 2, lett. c), TUI.

⁵⁶ Trib. sorv. Torino, 27 maggio 2020, *in DeJure*. Sull’inapplicabilità all’espulsione giudiziale dei criteri dettati ad altri fini dagli artt. 5, co. 5, e 13, comma 2-*bis*, TUI, si veda anche Cass., Sez. I, 29 settembre 2015 n. 48684, Rv. 265387. Come si vedrà *infra*, §§ 5 e 6, anche nell’esperienza giuridica statunitense si sono frequentemente posti problemi interpretativi riguardanti la risoluzione di lacune normative in un senso più o meno favorevole allo straniero ‘regolare’ condannato per un illecito penale per il quale fosse prevista l’espulsione e i giudici hanno sovente scelto l’opzione ermeneutica più favorevole allo straniero facendo ricorso alla *immigration rule of lenity*.

⁵⁷ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 45973, Rv. 277454. Si tratta di una pronuncia integralmente confutata, nelle sue premesse e negli effetti che ne conseguono, da Trib. sorv. Torino del 27 maggio 2020, cit. (v. *supra*, nota n. 53). La necessaria ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero in rapporto alla sua situazione familiare, all’effettività dei vincoli familiari, alla durata del suo soggiorno in Italia e all’esistenza di legami familiari e sociali con il Paese di origine, è stata affermata anche da Cass., Sez. I, 7 novembre 2019, n. 48950, Rv. 277824.

Italia, valutando se debbano essere ritenute prevalenti le esigenze poste a fondamento del provvedimento di espulsione ovvero quelle del mantenimento dell'unità familiare da parte dell'interessato⁵⁸.

Interpretazioni *in malam partem* verso lo straniero si sono poi registrate quando la misura alternativa è stata disposta perfino disattendendo i presupposti applicativi pur richiamati dalla norma (che fa riferimento allo straniero detenuto e identificato che «si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13, comma 2»), ancorando invece il provvedimento di espulsione alla gravità dei fatti commessi, parametro che esula da quelli indicati dall'art. 16. co. 5, TUI⁵⁹.

Anche alla luce della prassi giurisprudenziale in materia di espulsione come misura alternativa, allora, le leggi sulla *crimmigration* manifestano tutta la loro inadeguatezza e la contraddizione di fondo che le caratterizza: se il ricorso al diritto penale trova il proprio fondamento costituzionale nella finalità rieducativa della pena, un sistema normativo imperniato sul *favor* verso l'espulsione dello straniero riduce il diritto penale a mero strumento di coercizione e, dunque, pone problemi di legittimazione difficilmente superabili⁶⁰.

Più in generale, in relazione alle condizioni di applicabilità delle varie forme di espulsione, ci si accorge che il legislatore prevede l'uso di misure solo formalmente extrapenali, dal contenuto significativamente afflittivo, senza però preoccuparsi di predisporre un presidio di garanzie omogeneo a quello penale, con un'evidente compromissione dei diritti fondamentali, così eludendo le prerogative costituzionalmente riconosciute all'essere umano in quanto tale⁶¹.

⁵⁸ Cass., Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 45973. cit., Nella parte motiva, i giudici di legittimità argomentano la pronuncia ricordando la sentenza della Corte cost. 18 luglio 2013, n. 202, con cui si sanciva che «ogni decisione sul rilascio o sul permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati». La Corte costituzionale enunciava dunque la preclusione di decisioni fondate su presunzioni di pericolosità dello straniero senza vagliare caso per caso la situazione personale e familiare in cui versa l'interessato.

⁵⁹ Si veda Cass., Sez. I, 18 maggio 2004, n. 27743, Rv. 228727, che ha rilevato come nel caso di specie il Tribunale di sorveglianza avesse erroneamente ancorato le ragioni del rigetto dell'opposizione presentata dall'interessato al «mero dato della gravità e dell'allarme sociale destato dai reati commessi, parametro questo affatto estraneo alle specifiche previsioni della norma», senza prendere in esame alcuno degli elementi di fatto di cui al secondo comma dell'art. 13 TUI, richiamati dal comma quinto dell'art. 16 TUI.

⁶⁰ In tal senso, SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»*, cit., 461.

⁶¹ Analoghe considerazioni si rinvencono in GATTA, *La pena nell'era della 'crimmigration'*, cit., 698:

Orbene, guardando ai presupposti della misura - tra cui una sentenza di condanna, la competenza del giudice dell'esecuzione, nonché l'applicazione al procedimento di alcune regole processuali penali⁶² - non può ritenersi condivisibile l'affermazione secondo la quale la misura alternativa dell'espulsione rivestirebbe natura amministrativa *tout court*, seppur 'atipica', che legittimerebbe interpretazioni *in malam partem* verso lo straniero perché non varrebbero le garanzie costituzionali in materia di pena.

Non può peraltro non richiamarsi l'insegnamento della Corte EDU che, a partire dal celebre caso Engel, ha esteso le garanzie per la legalità penale ex art. 7 CEDU a sanzioni formalmente amministrative ma di carattere punitivo⁶³, cui è seguita un'apertura da parte della stessa Corte costituzionale che con la sentenza n. 196 del 2010 ha sancito l'irretroattività *in peius* della confisca quando essa sia l'effetto conseguente ad una condanna penale⁶⁴. Né può ritenersi che i presupposti di applicazione dell'espulsione applicata come misura alternativa alla detenzione possano legittimamente essere interpretati *in malam partem* nei confronti dello straniero in quanto la misura sarebbe meramente anticipatoria di un provvedimento di espulsione amministrativa che comunque seguirebbe all'espiazione della pena detentiva⁶⁵ e costituirebbe per-

«L'entità della sofferenza umana patita da chi, straniero, incappa nelle maglie di una procedura di respingimento o di espulsione è tale da reclamare una seria riflessione sulla reale natura giuridica (penale/amministrativa) degli strumenti impiegati dallo stato per gestire il fenomeno migratorio. Non si tratta di un esercizio teorico: (...) l'effettiva natura di quegli strumenti decide il livello delle garanzie costituzionali e convenzionali».

⁶² Secondo RENOLDI, *Lo straniero nel diritto dell'esecuzione penale*, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e ordinamenti giurisprudenziali*, a cura di Morozzo della Rocca, Torino, 2008, 508, tale elemento dovrebbe far concludere per la natura penale dell'espulsione di cui all'art. 16 TUI.

⁶³ Nel caso Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, la Corte EDU ha enunciato i tre criteri volti al riconoscimento della natura penale di una sanzione, ovvero, oltre alla qualificazione (formale o sostanziale) del diritto interno, la natura dell'infrazione e la severità della pena. Nello stesso senso, Corte EDU, Ozturk c. Germania, 21 febbraio 1984, ric. n. 8544/79; Corte EDU, 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, A. Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia. Per un'approfondita e ampia disamina della giurisprudenza europea e costituzionale in punto di estensibilità dei principi propri della materia penale alle sanzioni formalmente amministrative, VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 4, 1775 ss.

⁶⁴ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 528 ss., con nota di MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, con cui veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 186, co. 2, lett. c) Cod. strad., limitatamente all'inciso «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale», che era suscettibile di applicazioni retroattive della misura. In tema, sia consentito pure il rinvio a ZINGALES, *Irretroattività della confisca obbligatoria ex art. 186 C. strad.*, in *Cass. pen.*, 2010, 9, 3221.

⁶⁵ In ordine alla natura della sanzione dell'espulsione applicata come misura alternativa ovvero sostitutiva

fino un ‘diritto’, adesso anche alla luce del nuovo comma 1.1 dell’art. 19 TUI, che denota l’apertura del legislatore verso il riconoscimento di un più ampio *standard* di garanzie allo straniero ‘regolare’ già presente sul territorio che sia incorso in una irregolarità ‘derivata’ dalla condanna.

D’altra parte, non può considerarsi come voce isolata quella di chi sostiene come lo *ius migrandi* sia un diritto fondamentale dell’essere umano, che comprende quello a emigrare, ma anche a immigrare, ricavabile non solo da norme costituzionali, ma anche sovranazionali⁶⁶; e neppure può ignorarsi la voce di chi afferma che ancorare il diritto d’immigrare al possesso di uno *status*, quale la cittadinanza, significa che l’acquisto di quel diritto è lasciato alla mercè del legislatore, secondo un modello statale pre-costituzionale che anteponeva la legalità alla libertà e la tutela dell’interesse pubblico a quella del singolo⁶⁷.

3. *La immigration rule of lenity nella giurisprudenza statunitense.* Quando il diritto penale interviene per sanzionare una condotta inosservante un provvedimento della pubblica autorità e risulta quindi pregnante il legame tra la disciplina amministrativa e quella penale al punto da coniare la definizione di una nuova area del diritto, la *crimmigration*, la natura amministrativa della norma, che pure è soggetta al principio di legalità, può tendere a legittimare interpretazioni ‘ampie’ della stessa, sia da parte dell’autorità chiamata ad applicarla, sia da parte della giurisprudenza amministrativa. Tuttavia, proprio in ragione dell’intersezione delle disposizioni amministrative con quelle penali, l’utilizzo di formule ampie che rimandano alla violazione di norme amministrative basate su presupposti eccessivamente generici quali le esigenze di or-

alla pena detentiva, la definisce come ‘penale’ SIRACUSA, *L’espulsione dello straniero tra apparenza e realtà*, cit., col. 333. Analoga natura rivestono alcune forme di espulsione previste negli ordinamenti giuridici di Francia e Spagna: in tema, si rinvia all’approfondita disamina di ID., *Sulle tracce della crimmigration in Europa*, cit., 282 ss. Secondo altra impostazione, invece, l’effetto anticipatorio tipico dell’espulsione di cui all’art. 16 TUI validerebbe la natura amministrativa della sanzione: per tale tesi, SPENA, *Il «gelo metallico dello Stato»*, cit., 461; ID., *La crimmigration*, cit., 511 ss.

⁶⁶ FERRAJOLI, *Il diritto di emigrare come diritto fondamentale e potere costituente di un nuovo ordine mondiale*, in www.chiesaditutti.chiesadeipoveri.it, 27 aprile 2019.

⁶⁷ Cfr. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit. 28. Richiamando i principali enunciati della Corte costituzionale sulla materia, l’Autore rileva che il mancato riconoscimento del diritto di ingresso e soggiorno nello Stato da parte di uno straniero quale diritto fondamentale e l’ancoraggio al requisito della cittadinanza «non riguarda la libertà in sé, il suo contenuto assiologico valutato in rapporto alla persona umana, ma la libertà rivendicata da un non cittadino».

dine pubblico ravvisate da un'autorità amministrativa, dovrebbero invece richiamare l'attenzione del legislatore verso un necessario bilanciamento tra tali esigenze e i principi di legalità e offensività ai quali la norma penale dovrebbe conformarsi.

Il problema del rapporto tra disciplina penale e amministrativa in materia d'immigrazione, e quindi dello *standard* di 'garanzie' costituzionali a tutela dello straniero, si è posto anche negli Stati Uniti, dove il legislatore è intervenuto con norme particolarmente severe – peraltro dotate di un maggior grado di 'effettività' rispetto a quelle dell'ordinamento italiano⁶⁸ – mosso soprattutto dalla preoccupazione di contrastare i fenomeni di terrorismo internazionale⁶⁹. In particolare, quando le leggi prevedono che alla condanna per determinati reati segua l'espulsione dello straniero, la natura extrapenale di tale peculiare forma di sanzione non è stata di ostacolo all'applicazione dei principi costituzionali in materia penale, e anzi ha riproposto il ricorso al canone ermeneutico della *rule of lenity*, tradizionalmente utilizzato per interpretare le disposizioni penali. Nell'ordinamento statunitense, infatti, il profilo relativo alla tassatività delle *immigration laws* si intreccia anche con l'individuazione dei canoni ermeneutici che ne devono guidare l'interpretazione, ovvero solleva l'interrogativo di definire se, ed eventualmente in quale misura, le norme che prevedono la sanzione extrapenale dell'espulsione in caso di condanna dello straniero per determinati reati – quali un delitto aggravato (*aggravated felony*)⁷⁰, ovvero un delitto di *moral turpitude*⁷¹ – siano suscettibili di attuazione

⁶⁸ GATTA, *La pena nell'era della 'cimmigration'*, cit., 684.

⁶⁹ SCHUCK, *Immigration at the turn of the new century*, in *Case western reserve journal of International Law*, vol. XXXIII, 2001, 1, 3, osservava che in quel momento storico il livello di immigrazione negli Stati Uniti era significativamente maggiore rispetto al passato. In senso critico sull'eccessivo rigore che caratterizza il sistema normativo in materia di regolamentazione dei flussi migratori negli USA, COLE, *Enemy aliens*, *Stanford law review*, 2002, 54, 953. È in particolare dai primi anni '80 che negli Stati Uniti si registra una sensibile intensificazione dell'attività legislativa federale volta all'identificazione e all'espulsione dei *criminal aliens*, anche attraverso leggi che hanno disposto come obbligatoria la *deportation* per reati meno gravi rispetto a quelli per i quali era prevista nel passato: sul punto, SIMON, *Refugees in a carceral age*, cit., 581.

⁷⁰ 8 U.S. Code § 1101 (a) (43).

⁷¹ Si tratta di uno degli esempi più classici di norme che dispongono la *removal* contrassegnate da ambiguità. La condanna per un *crime involving moral turpitude* può determinare quale conseguenza la *inadmissibility* [8 U.S.C. § 1182 (a)(2)(A)(i)(I)], e la *deportability* [8 U.S.C. § 1227 (a)(2)(A)(i)]. Rientra in tale tipologia di reato un numero ampio e indefinito di fattispecie ma, pur se contrassegnata da un'evidente alea di vaghezza, nel 1951 la *Supreme Court* ha rigettato la tesi della *void for vagueness*, che caduca l'efficacia delle leggi nei casi più gravi di ambiguità normativa: si veda *Jordan v. De George*, 341 U.S. 223

secondo i tradizionali criteri ermeneutici applicati in ambito penale in presenza di un ragionevole dubbio interpretativo sulla portata della disposizione. Il problema, dunque, attiene all'‘estensione’ dei principi costituzionali della materia penale, pur nel rispetto delle diverse competenze statuali in base alle quali solo in via residuale le Corti possono rivisitare l'interpretazione che una pubblica autorità (*Agency*) dà ad una norma in materia di immigrazione.

Anche negli Stati Uniti, invero, la prerogativa dello Stato di ‘difendere i propri confini’ ha indotto una produzione normativa spesso caratterizzata da norme vaghe e indeterminate, la cui interpretazione dovrebbe essere deferita alle autorità amministrative in conformità alla *Chevron doctrine*⁷², ma che in presenza di norme statutarie ‘ibride’, come quelle che rientrano nella *crimmigration*, può essere avocata dal giudice, il quale potrà fare applicazione dei tradizionali canoni interpretativi utilizzati anche per l'interpretazione della norma penale⁷³.

Il problema dell'indeterminatezza delle *immigration laws* nell'ordinamento statunitense e dell'individuazione dei principi ermeneutici che devono orientare l'interpretazione di disposizioni dalla dubbia portata, si riflette soprattutto sulle norme che ricollegano l'espulsione dello straniero (*removal*) a determinate condanne penali. In ragione della sua afflittività, infatti, i presupposti normativi ambigui della misura espulsiva vengono interpretati da una parte della giurisprudenza americana nel senso più favorevole *all'alien*. Sebbene in quel sistema normativo la *removal* rientri tra le misure non penali e, quindi, nonostante le leggi che la prevedono non siano soggette in generale ai canoni ermeneutici applicabili alla disciplina penale, l'incidenza marcatamente afflittiva di tale misura sui beni giuridici fondamentali dello straniero ha condotto

(1951).

⁷² Si rinvia a *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Più in generale, la ‘conflittualità’ tra *rule of lenity* e *Chevron doctrine* è evidente tutte le volte in cui la norma sia ‘ibrida’, ovvero derivi dall'intersezione tra disciplina penale e amministrativa. In relazione a questo aspetto, con specifico riguardo ai reati ambientali previsti dalle leggi statunitensi, CATERINI-ZINGALES, *L'interpretazione ‘favorevole’ nel diritto penale dell'ambiente: una comparazione con il sistema statunitense*, in *Foro it.*, 2021, 4, 189 ss. e bibliografia richiamata.

⁷³ Così SLOCUM, *The immigration rule of lenity and chevron deference*, in *Georgetown immigration law journal*, vol. XVII, 2003, 4, 519: «*Resolution of the conflict between the immigration rule of lenity and Chevron. [...] depends therefore on the legitimacy and desirability of courts considering public values when interpreting statutes and whether such a practice comports with the allocation of interpretive authority commanded by Chevron*», a cui si rinvia altresì per una disamina dei possibili modelli di integrazione della *immigration rule of lenity* con la *Chevron doctrine*.

per lungo tempo i giudici statunitensi ad applicare i criteri interpretativi propri della materia penale⁷⁴. Tra tali criteri ermeneutici si annovera la *rule of lenity*, dalla quale origina quella che viene denominata *immigration rule of lenity*, canone ermeneutico di lunga tradizione nella materia dell'immigrazione.

Anche nella *crimmigration* statunitense, dunque, l'intersezione e la sovrapposizione della disciplina penale e di quella amministrativa esprimono la tendenziale conflittualità tra il potere statale di regolamentare l'ingresso dello straniero entro i confini territoriali come massima espressione della sua sovranità⁷⁵ e il rispetto dei principi costituzionali validi nella materia penale quando la *removal* sia la conseguenza prevista in caso di condanna penale. Nel caso di norme statutarie 'ibride', dunque connesse a disposizioni di natura penale, e segnatamente quando la norma extrapenale prevedeva l'espulsione ma era caratterizzata da ambiguità nella formulazione o vi erano lacune normative da colmare, la giurisprudenza statunitense ha frequentemente fatto applicazione della *immigration rule of lenity*, interpretando le norme che prevedevano la *deportation* dell'*Immigration and Nationality Act*

⁷⁴ Fondamentale, la pronuncia *Padilla v. Kentucky*, 130 S. Ct. 1473 (No. 08-651), in cui la *Supreme Court* affrontava l'aspetto della natura dibattuta dell'espulsione (*deportation*), riconoscendo che essa appartiene alle sanzioni civili, ma implicitamente esortando l'interprete anche a guardare oltre rispetto a tale formale inquadramento: «*We have long recognized that deportation is a particularly severe 'penalty', but it is not, in a strict sense, a criminal sanction. Although removal proceedings are civil in nature, deportation is nevertheless intimately related to the criminal process.*». I giudici hanno dunque rilevato come l'espulsione sia una conseguenza della condanna penale di un'ampia categoria di *noncitizens*, evidenziando la stretta connessione di tale sanzione con il processo penale; utilizzando, peraltro, il termine "penalty", pur virgolettato, i giudici sembrano assimilare la natura dell'espulsione a quella della pena. Per un commento della pronuncia e dei suoi contenuti, nella dottrina penale italiana si veda GATTA, *La pena nell'era della 'crimmigration'*, cit., 721 ss.

⁷⁵ *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787, 796 (1977): «*It is important to underscore the limited scope of judicial inquiry into immigration legislation. This Court has repeatedly emphasized that over no conceivable subject is the legislative power of Congress more compete than it is over the admission of aliens. Our cases have long recognized the power to expel or exclude aliens as a fundamental sovereign attribute exercised by the Government's political departments largely immune from judicial control.*». E ancora, la presa d'atto dell'ampio potere di cui dispone il Congresso nel dettare le condizioni per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri, ha condotto la giurisprudenza statunitense a dichiarare esplicitamente un suo *self-restraint* nella giurisdizione relativa alla materia dell'immigrazione, in *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 596-97 (1952): «*the conditions of entry for every alien, the particular classes of aliens that shall be denied entry altogether, the basis for determining such classification, the right to terminate hospitality to aliens, the grounds of which such determinations shall be based, have been recognized as matters solely for the responsibility of the Congress and wholly outside the power of this Court to control.*». Nello stesso senso, incisivamente, *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88, 101 n. 21 (1976): «*the power over aliens is of a political character and therefore subject only to narrow judicial review.*».

(INA) in favore dell'*alien*⁷⁶ quando vi fosse un ragionevole dubbio interpretativo sulla loro portata.

4. *La rule of lenity nel diritto penale statunitense.* Nell'esperienza giuridica statunitense la natura incerta dei confini applicativi delle norme penali ha posto l'interrogativo circa lo spazio di discrezionalità di cui gode il giudice nella ricostruzione del significato delle leggi. In presenza di un ragionevole dubbio interpretativo sull'ambito di applicazione di una norma penale, parte significativa della giurisprudenza statunitense ricorre alla *rule of lenity*, che prevede l'adozione dell'opzione interpretativa più favorevole all'imputato⁷⁷, e la cui legittimazione si fonda sul rispetto dei principi costituzionali di *legality* e *separation of powers*⁷⁸, sul presupposto che questi non cedano in presenza di formulazioni incriminatrici dalla non immediata intellegibilità e che, anzi, in tali contesti si riaffermino in tutta la loro valenza politico-ideologica.

Il sistema penale americano contemporaneo, invero, è fondato sul principio di legalità e si presenta molto lontano dal suo modello originario ispirato alla tradizione giuridica di *common law* nella quale trovavano spazio fattispecie penali create dal giudice mediante il procedimento analogico e dominava l'idea secondo cui il vero legislatore fosse colui che interpretava le norme e non chi le redigeva⁷⁹. Il principio di *legality*, primo assioma del diritto penale⁸⁰, è enunciato dalla Costituzione americana all'art. 1, § 9, che dispone il divieto di retroattività per le norme che limitano i diritti civili e di libertà (*prohibition*

⁷⁶ L'*Immigration and Nationality Act (INA)*, 8 U.S.C. § 1101 (a) (3) definisce l'*alien* come colui che non abbia la cittadinanza o non sia di nazionalità americana: «*any person not a citizen or national of the United States*».

⁷⁷ Nella dottrina penalistica italiana, una ricostruzione della *rule of lenity* statunitense si rinviene in BIANCHI, «*The tie must go to the defendant*». *La rule of lenity nel sistema penale statunitense*, in *Ind. pen.*, 2020, 230 ss.

⁷⁸ Cfr. JEFFRIES, *Legality, vagueness, and the construction of penal statutes*, in *Virginia law review*, vol. LXXI, 1985, 2, 195.

⁷⁹ Così, ancora agli inizi del '700, B. HOADLEY, *Sermon before king George I (Mar. 31, 1717)*, in HAND, *The Bill of Rights*, 1958, 8: «*whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws; it is he who is truly the lawgiver to all intents and purposes and not the person who wrote or spoke them*». Sembra risalire al 1812 la prima pronuncia con cui la *Supreme Court* disponeva che le Corti federali dovessero applicare le leggi federali approvate dal Congresso in luogo dei *common law crimes*, come rileva LIPPMAN, *Essential criminal law*, Los Angeles, 2016, 6.

⁸⁰ Così lo definiva PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, 1968, 79. Sull'importanza del principio di *legality* e la sua centralità nel diritto penale, v. altresì LAFAYE-SCOTT JR., *Substantive criminal law*, St. Paul, 1986, § 3.1, e, ancora prima, HALL, *Nulla poena sine lege*, in *Yale law review*, 1937, 184.

of *ex post facto laws*)⁸¹. Alla base del precetto costituzionale c'è il ridimensionamento del potere giurisdizionale⁸², con il divieto di creazione dei *common law crimes* ricavati per analogia⁸³, caratterizzati dall'imprevedibilità degli enunciati giurisprudenziali e dalla retroattività dei loro effetti, nonché l'affermazione del primato del potere legislativo⁸⁴.

Nel sistema penale dell'epoca contemporanea, la *rule of lenity* si è sviluppata alla luce di quelli che, insieme alla *clarity*, sono i corollari del principio di *legality*, ovvero la *prohibition of ex post facto laws*, il *nullum crimen, nulla poe-*

⁸¹ Art. 1, § 9, *US Constitution*: «*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*». Il principio, sancito sul piano della legislazione federale, è previsto anche per quella dei singoli Stati nel successivo § 10. Sulle *rationes* del principio, quali la garanzia della *fair notice* e la limitazione del potere legislativo, KRENT, *Should bouie be buoyed: judicial retroactive lawmaking and the ex post facto clause*, in *Roger Williams University law review*, 1997, 3, 43-44. Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza penale statunitense, la *ex post facto laws clause* è stata concepita quale argine al solo potere legislativo e non anche giudiziario: tra le molte pronunce in tal senso, *Marks v. United States*, 430 U.S. 188, 191 (1977); *Ross v. Oregon*, 227 U.S. 150, 161 (1913), in cui la *Supreme Court* affermava che «*The prohibition [...] against ex post facto laws is a restraint upon the legislative power of the states and concerns the making of laws, and not their construction by the courts*»; *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 385, 398 (1798); *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309, 344 (1915). Poiché il principio non opererebbe nei riguardi delle sentenze dei giudici, si è osservato che la Costituzione apporterebbe una tutela solo parziale del principio di *legality*, che sarebbe violato allorché il giudice non si attenesse a un precedente o al testo normativo; per tali considerazioni, ARMSTRONG, *Rogers v. Tennessee: an assault on legality and due process*, in *North Carolina law review*, 2002, 323-324: «*the principle of legality is only partially protected by the United States Constitution. The Constitution prohibits both Congress and state legislatures from passing ex post facto laws, but does not prevent the imposition of common law crimes*».

⁸² Tentativi di compromesso tra le limitazioni poste dal principio di legalità e la tradizione di *common law* del sistema giuridico statunitense si rinvencono in BISHOP, *Commentaries on the criminal law*, Boston, 1856, § 88, 85. L'Autore osservava come nei sistemi di *common law* il principio di legalità dovesse pur sempre adattarsi al carattere 'dinamico' delle norme; da un lato, affermava, non si può lasciare ai tribunali l'onere di colmare le lacune lasciate dal legislatore e, dall'altro, occorre preservare tale 'dinamicità' propria degli enunciati giurisprudenziali: «*the common law is not like the statute law, fixed and immutable, but by positive enactment, except where a principle has been adjudged as the role of action [...] Thus we see in what sense the common law is fixed, and in what progressive; it is fixed, in adherence to established doctrines; progressive, in its adaptation to the ever varying condition of human society. And this progressive, flexible character, is manifest as well in its adjudications in criminal as in civil cases*».

⁸³ HALL, *Nulla poena sine lege*, cit., 167-168. In senso critico, JEFFRIES, *Legality*, cit., 190, secondo il quale l'attribuzione al Congresso del potere legislativo, con conseguente preclusione per i giudici di creare norme, configurerebbe una sostanziale rinnegazione della tradizionale metodologia della *common law*: «*Although there may have been ancient antecedents, the categorical insistence on advance legislative crime definition is clearly a modern phenomenon. In fact, the legality ideal is an explicit self-conscious rejection of the historic methodology of the common law*».

⁸⁴ Nella dottrina penale statunitense, il definitivo consolidamento del principio di *legality* come organico insieme di corollari, si fa tradizionalmente risalire agli anni '30-'40 del '900, in seguito alla pubblicazione dei contributi di HALL, *Cases and readings on criminal law and procedure*, Indianapolis, 1949, 1 ss.; MICHAEL-WECHSLER, *Criminal law and its administration*, Chicago, 1940, 1072 ss.; ROBINSON, *Cases on criminal law and procedure. Articles by Maurer Faculty*, 2230, 1941, 1 ss.

na *sine lege*⁸⁵ e il *fair warning* (o *notice*). La *criminal rule of lenity* tende a dimostrare che, in presenza di norme dalla formulazione ambigua o che comunque possono dar vita a differenti opzioni esegetiche, il criterio dell'interpretazione favorevole rappresenta l'opzione ermeneutica da preferire se si vuol dare attuazione a questi principi costituzionali⁸⁶. Secondo la definizione adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitensi, il principio di *legality* prevede che nessuno possa essere punito con una sanzione penale, se non in seguito ad un (giusto) processo e sempreché la condotta rientri nell'ambito di una fattispecie formulata in modo chiaro e preesistente rispetto alla condotta medesima⁸⁷.

Risulta così evidente la centralità che assume, anche nell'ordinamento statunitense, il rispetto della *clarity* da parte del legislatore: in presenza di norme formulate in modo chiaro, infatti, è già limitata la discrezionalità del giudice, che comunque non può estendersi al punto di lasciare allo stesso la definizione del reato⁸⁸. Sotto tale aspetto, applicare la *rule of lenity* per sciogliere i dubbi interpretativi prodotti dalla formulazione ambigua delle norme, significa sollecitare il legislatore a un esercizio più scrupoloso della sua attività, evitando la codificazione di norme 'ingiuste' perché non forniscono adeguata e precisa esplicitazione della condotta penalmente sanzionata⁸⁹.

⁸⁵ Anche la dottrina statunitense sottolinea che la celebrazione del *nullum crimen* a livello costituzionale costituisce espressione degli ideali di democrazia che ispirano un ordinamento giuridico, segnandone il distacco da quelli adottati nei regimi autoritari del XX secolo: ALLEN, *The erosion of legality*, cit., 1-2; nello stesso senso, WALDRON, *Planning for legality*, in *Michigan law review*, 2011, 897.

⁸⁶ Il fondamento costituzionale della *rule of lenity* deve rinvenirsi nella *Due Process Clause*: sul punto, ESKRIDGE-FRICKEY-GARRETT, *Cases and materials on legislation: statutes and the creation of public policy*, St. Paul, 2007, 907; cfr. HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity as a canon*, in *New York University law review*, 2020, 942-943. In giurisprudenza, si è rilevato che la *rule of lenity* aiuta ad implementare il principio del *fair warning*: si veda *Liparota v. United States*, 471 U.S. 419, 427 (1985); *United States v. Bass*, 404 U.S. 336, 348 (1971).

⁸⁷ «No person can be criminally punished except by judicial process and unless the acts for which he is punished were clearly forbidden prior to the time he committed them», in *Working paper of the National Commission on reform of federal criminal laws*, vol. I, Washington, 1970, 6.

⁸⁸ Tali aspetti venivano messi in luce già nel 1970 dalla Commissione nazionale nominata per attuare la riforma del Codice penale federale. Dai lavori preparatori di tale imponente progetto, emergeva l'importanza del rispetto della *clarity* nel diritto penale, il cui onere grava sul legislatore: se le norme fossero formulate in modo chiaro, si osservava, il ricorso al canone dell'interpretazione favorevole diventerebbe superfluo e anzi non troverebbe spazio, in *Working paper of the National Commission on reform of federal criminal laws*, cit., 5.

⁸⁹ Solo una legge estremamente chiara potrebbe, infatti, raggiungere gli scopi di tutela considerati dal legislatore, mentre la sua vaghezza imporrebbe interpretazioni restrittive meno utili alla più estesa protezione del bene giuridico qualora effettivamente voluta dal legislatore: per tali considerazioni, sia consenti-

Tale ultimo profilo si lega al rispetto del *nullum crimen* e, difatti, anche la dottrina statunitense segnala una ‘crisi della legalità’ determinata dalla crescita esponenziale di fattispecie di creazione legislativa caratterizzate da formulazioni spesso ampie e generiche. L’esigenza di rendere la norma adattabile alla complessità delle realtà nelle quali gli illeciti possono essere commessi, come ad esempio in materia di *white collar crimes* o di reati di criminalità organizzata, rende l’ambiguità di talune formulazioni una vera e propria scelta del Congresso: solo così, si ritiene, sarebbe concretamente possibile punire una molteplicità di comportamenti non altrimenti pre-determinabili⁹⁰.

D’altra parte, si osserva, ove il legislatore scegliesse di adottare tecniche normative caratterizzate da formulazioni dalla più ristretta portata, si produrrebbero numerose lacune di tutela che segnerebbero il “fallimento” del Congresso nella sua funzione legislativa, che lascerebbe fuori dal novero delle condotte penalmente rilevanti un ingente numero di fatti espressivi del medesimo disvalore⁹¹. La scelta di utilizzare tecniche di formulazione ampie, infatti, risponde anche all’esigenza di evitare che condotte connotate da un evidente disvalore sociale possano restare impunte a causa dell’impossibilità dei *pro-*

to il rinvio a CATERINI, *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia dell'imputato*, in *Pol. dir.*, 2019, 2, 330. Nella dottrina penale statunitense considerazioni analoghe sono di PRICE, *The rule of lenity as a rule of structure*, in *Fordham law review*, 2004, 911: «*The effect is to require legislatures to define crimes in specific rather than general terms [...]. A legislature that wishes to criminalize drunken bicycling must call it that; politicians who want minor fiduciary breaches to trigger jail time must do more than tout a new statute on "fraud"*». Cfr. altresì HOPWOOD, *Clarity in criminal law*, in *American criminal law review*, 2017, 3, 732, che sottolinea la necessità che il legislatore si faccia carico della responsabilità di criminalizzare le condotte che intende sanzionare, utilizzando formulazioni chiare, «*because Congress can no longer obscure its political choices behind vague or ambiguous provisions [...] Such laws are fundamentally unfair precisely because they do not provide fair warning of what conduct is criminalized*».

⁹⁰ ALLEN, *The erosion of legality in American criminal justice: some latter-day adventures of the Nulla Poena Principle*, in *Arizona law review*, 1987, 3, 402, ritiene che le tecniche normative prescelte dal legislatore nella tipizzazione di alcune fattispecie penali, caratterizzate da una terminologia volutamente ‘ampia’, rendono arduo il ricorso al canone della *rule of lenity* e ne determinano la sostanziale erosione.

⁹¹ Così, HOPWOOD, *Clarity in criminal law*, cit., 727, che rileva inoltre la duplice rilevanza della *clarity* nel diritto penale, utile a rimuovere, da un lato, l’impulso della giurisprudenza a ‘creare’ diritto e, dall’altro, quello del legislatore di delegare ai giudici la funzione legislativa, sebbene il Congresso manifesti, ciononostante, la tendenza verso formulazioni ambigue: «*A criminal-law clear-statement rule would not only remove the courts' impulse to create law, but also remove Congress's temptation to delegate lawmaking to the courts. Congress generally has no incentive to craft criminal legislation narrowly because, if a noteworthy crime occurs and federal statutes do not accurately cover the conduct, then Congress is viewed as having failed to its job [...]. As a result, Congress pushes the bounds of statutory vagueness and ambiguity*».

secutors di esercitare l'azione penale ove esse non rientrino nella fattispecie tipizzata in forma più specifica⁹².

Alla luce di tali considerazioni, parte della dottrina americana ha sollevato la questione dell'esiguo spazio applicativo che sarebbe riservato alla *rule of lenity* in presenza di elementi di ambiguità della fattispecie, poiché il giudice sarebbe tendenzialmente orientato a ritenere prevalenti le esigenze di criminalizzazione che il legislatore ha inteso massimizzare optando per una formulazione di ampia portata⁹³. In ordine a quest'ultimo aspetto, invece, è condivisibile quell'impostazione dottrinale secondo cui sono proprio gli ideali di democrazia e rappresentatività popolare alla base della funzione legislativa che legittimano l'interpretazione favorevole all'imputato. Risolvere le ambiguità normative in favore di quest'ultimo, infatti, significa limitare l'uso dello strumento penale solo a quei fatti che per la maggior parte dei consociati senza dubbio rientrano nell'alveo della norma; significa, in definitiva, garantire che il diritto penale sia espressione di scelte di politica criminale condivise e rappresentative della maggioranza⁹⁴.

Ma il recupero del canone della *rule of lenity* si ripropone anche sotto un altro profilo strettamente correlato al *nullum crimen* e che, invero, rappresenta uno dei principali fondamenti costituzionali della regola: il principio del *fair warning*, o della *notice*⁹⁵. Da tale corollario – che si fa tradizionalmente risalire

⁹² PRICE, *The rule of lenity*, cit., 911. L'Autore mette pure in luce l'influenza che la pressione sociale esercita sul legislatore, spingendolo a utilizzare formulazioni ampie che consentono di estendere entro limiti persino 'irragionevoli' la legislazione penale: «*Legislators face intense pressure to expand the reach of criminal law. Not only do criminal statutes score political points with a "tough on crime" electorate; they also help avert the political risk that serious misconduct will go unpunished because prosecutors lack the tools to attack it [...] The result is a sort of hydraulic pressure pushing criminal legislation towards unreasonable extremes*».

⁹³ Cfr. ALLEN, *The erosion of legality*, cit., 402.

⁹⁴ Così, PRICE, *The rule of lenity*, cit., 911: «*The rule of lenity strengthens the guarantee that criminal legislation and law enforcement will reflect majoritarian preferences*». Per un'ulteriore impostazione, secondo cui la *rule of lenity* scoraggerebbe i *prosecutors* dal procedere nei casi dubbi, v. JEFFRIES, *Legality*, cit., 222-223.

⁹⁵ Secondo un'impostazione fatta propria da parte della giurisprudenza, il principio del *fair warning* dovrebbe riferirsi non solo al testo normativo, ma anche alle pronunce giurisprudenziali, nella misura in cui esso precluderebbe al giudice penale un'interpretazione che sia 'nuova' rispetto alle precedenti e la condotta non rientri inequivocabilmente tra quelle che lo *statute* intendeva sanzionare: si veda *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259, (1997): «*[The Ex Post Facto Clause] bars courts from applying a novel construction of a criminal statute to conduct that neither the statute nor any prior judicial decision has fairly disclosed to be within its scope*», e, ancora prima, *Bouie v. City of Columbia*, 8 U.S. 347, 351 (1964). In senso contrario, però, *United States v. Rodgers*, 466 U.S. 475 (1984). In dottrina, tuttavia, si evidenzia

sia al principio di *legality* che a quello del giusto processo – anch’esso costituzionalmente tutelato (*Due Process Clause*)⁹⁶, discende che una determinata condotta non è punibile salvo che in forza di una disposizione legislativa chiara e preesistente rispetto al fatto contestato, dalla cui formulazione possa comprendersi che si tratta di una condotta vietata: solo così potranno ritenersi soddisfatte le garanzie di legalità e del giusto processo⁹⁷.

Il principio del *fair warning* è stato affermato dalla *Supreme Court* già nella risalente sentenza del 1954 *United States v. Harriss*, in cui si forniva una definizione sostanzialmente improntata alla ‘ragionevole’ comprensibilità della condotta penalmente rilevante, e si sanciva che «nessuno può essere ritenuto penalmente responsabile per condotte che egli non poteva ragionevolmente intendere come vietate»⁹⁸. Sottoporre a sanzione penale l’imputato che ha violato una norma non chiara al momento in cui ha posto in essere la condotta, che acquisisce quindi rilevanza penale solo in forza dell’interpretazione più sfavorevole tra le altre possibili, può significare, in definitiva, punire un comportamento che non costituiva necessariamente illecito penale quando è stato commesso, violando così il principio di *legality* e del *due process*⁹⁹.

che la regola applicata a nuove interpretazioni del testo normativo sia ben esplicitata in linea teorica, ma poco chiara nella pratica: v. MORRISON, *Fair warning and the retroactive judicial expansion of federal criminal statutes*, in *Southern California law review*, 2001, LXXIV, 455-456.

⁹⁶ XIV Amendment, Section 1, *US Constitution*: «[...] nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws». La disposizione, ratificata nel 1868, garantisce il giusto processo all’interno dei singoli Stati, richiamando il medesimo principio già sancito sul piano federale dal XV Amendment.

⁹⁷ «*Conduct is not criminal unless forbidden by law which gives advance warning that such conduct is criminal*»: si tratta peraltro di una definizione utilizzata più generalmente per il principio di *legality* a conferma della centralità del corollario, come si evince in LAFAYETTE-SCOTT JR., *Substantive criminal law*, cit., § 3.1.

⁹⁸ «*No man shall be held criminally responsible for conduct which he could not reasonably understand to be proscribed*», principio sancito dalla *Supreme Court* in *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612, 617 (1954).

⁹⁹ WESTEN, *Two rules of legality in criminal law*, in *Law and Philosophy*, 2007, 229 ss. Qualche perplessità verso tale impostazione è stata sollevata da una parte della dottrina, sul presupposto che le condotte potrebbero ben essere tenute nella consapevolezza della loro possibile illiceità penale, non ponendosi in tal caso il problema di un’effettiva violazione del *fair warning*, e che ciò potrebbe determinare un ampio ricorso alla scusabilità dovuta al supposto errore o all’ignoranza della legge in violazione di quanto sancito dal *Model Penal Code*: si veda ALLEN, *The erosion of legality*, cit., 404, che evidenzia la necessità di garantire il *fair warning* che però, se posto a fondamento della *rule of lenity*, rischierebbe di ampliare eccessivamente il novero delle condotte non punibili: «*This, of course, is not to say that there remain no serious problems of supplying adequate notice of the prospects of criminal punishment to potential offenders. For the most part, however, promising solutions to these difficulties lie, not in application of the strict interpretation standard in criminal cases, but in more generously defined defenses of mistake or*

Applicare la norma penale attribuendo alla stessa il significato ricavato da un'interpretazione più sfavorevole di un'altra pur plausibile, si converte, infine, in un travalicamento delle competenze attribuite al giudice dalla Carta costituzionale americana, ispirata al principio della separazione dei poteri ricavabile dai suoi artt. 1¹⁰⁰, 2¹⁰¹ e 3¹⁰². Alla base della *rule of lenity* statunitense, in sostanza, vi è il rigoroso rispetto della separazione dei poteri che preclude al giudice di 'creare diritto'¹⁰³: ove l'attività interpretativa travalichi il significato chiaramente 'oggettivizzato' dalla norma e il giudice attribuisca alla stessa una portata che si colloca al di là di quella attribuita dall'organo legislativo, optando per tale lettura più sfavorevole per l'imputato, l'interpretazione sconfinata in un abuso di potere. Secondo l'impostazione prevalente, la *separation of power*, da cui origina quella che la dottrina americana qualifica come *legislative supremacy*, determina infatti la titolarità esclusiva della funzione legislativa in capo agli organi federali e statali; prerogativa che rende il giudice deontologicamente incapace di svolgere parallelamente analoga funzione per il tramite dell'attività interpretativa. Nel diritto penale statunitense, la sanzione penale rappresenta invero "la condanna morale da parte della comunità", e necessita quindi di un organo rappresentativo e democraticamente eletto che disciplini i casi che ne giustificano il ricorso; sono, così, gli organi legislativi e non i giudici che devono definire il reato¹⁰⁴.

Alla luce di altra tesi minoritaria, invece, la *separation of powers* non sarebbe preclusiva in assoluto dell'esercizio di un 'potere creativo' della giurisprudenza, ma imporrebbe l'esercizio di tale potere conformemente alla volontà del

ignorance of law than we have thus far been willing to accept.

¹⁰⁰ Article I, Section 1, US Constitution: «All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives». Sulla separazione dei poteri celebrata dalla Costituzione americana, si rinvia ad HAMILTON, *The Federalist No 78*, in *The independent journal*, 1788: «there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers».

¹⁰¹ Article II, Section 1, US Constitution: «The executive Power shall be vested in a President of the United States of America».

¹⁰² Article III, Section 1, US Constitution: «The judicial Power of the United States shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish».

¹⁰³ Sulla *separation of powers* a fondamento della *rule of lenity* nella dottrina penale statunitense, si rinvia, tra gli altri, a HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity as a canon*, cit., 933; ROMANTZ, *Reconstructing the rule of lenity*, in *Cardozo law review*, 2018, 524.

¹⁰⁴ *United States v. Bass*, 404 U.S. 336 (1971).

Congresso che ha tipizzato la norma penale: la preclusione per il giudice, allora, avrebbe ad oggetto solo la *judicial innovation* in palese contrasto con le scelte politico-criminali del legislatore¹⁰⁵. L'adesione all'una o all'altra impostazione consente di approdare a diverse conclusioni in merito alla risoluzione del dubbio sull'interpretazione della norma penale attraverso la *rule of lenity*, determinando, in un caso, un più ampio ricorso a tale canone interpretativo e, nell'altro, un suo utilizzo più moderato da parte delle Corti penali statunitensi.

5. *La trasposizione della rule of lenity nell'Immigration Law.* Nel sistema giuridico statunitense la portata applicativa delle disposizioni extrapenali in materia d'immigrazione viene 'definita' dalle Autorità governative; anzi, è proprio in questo ambito che il Congresso tende verso una legislazione più vaga e indeterminata¹⁰⁶. La sovrapposizione tra disciplina penale e amministrativa nella materia dell'immigrazione solleva l'interrogativo dei canoni ermeneutici applicabili alle norme che regolamentano la *Crimmigration Law* - e, ancora prima, l'*Immigration Law* - caratterizzate da ambiguità o lacune normative. È soprattutto quando l'espulsione (*removal*) consegua a determinate condanne penali che, storicamente, la giurisprudenza statunitense ha fatto applicazione della *rule of lenity*, risolvendo i dubbi interpretativi sulla portata della disposizione nel senso più favorevole all'*alien*¹⁰⁷.

Secondo una diversa e più recente impostazione, invece, in virtù del rispetto del principio di univocità dei criteri ermeneutici per la risoluzione di un caso,

¹⁰⁵ JEFFRIES, *Legality*, cit., 205 ss., secondo cui il principio di separazione dei poteri non preclude la scelta di alcuna opzione interpretativa, purché ciascuna di esse sia in linea con la volontà del Congresso che ha redatto la norma: «*In a great many cases, more than one interpretation will satisfy these constraints. Where that is true, separation of powers forbids none; among the range of possibilities not explicitly or implicitly forbidden, judicial choice is unconstrained by considerations of political legitimacy*». Secondo tale chiave di lettura, talvolta l'interpretazione 'creativa' sarebbe perfino "legittima e costituzionalmente inevitabile", sempreché sia compatibile con le scelte di politica criminale del legislatore, espresse o anche implicite. Tuttavia, secondo l'Autore, i giudici dovrebbero evitare interpretazioni creative, perché solo in tal modo risulterebbe maggiormente garantito il rispetto della volontà del Congresso: «*where the judicial innovation is smaller, less controversial, and consistent with the pattern of legislative action, there is less risk of frustrating considered legislative choice*».

¹⁰⁶ SLOCUM, *The Immigration rule of lenity*, cit., 518-519; GLEN, *Interring the rule of lenity*, in *Nebraska law review*, 2021, 3, 553.

¹⁰⁷ Sulle concrete applicazioni della *immigration rule of lenity* da parte della giurisprudenza statunitense si veda più diffusamente *infra*, § 6.

dovrebbe farsi riferimento alla *Chevron doctrine*, che consentirebbe interpretazioni ‘estese’ delle norme in presenza di dubbi sulla loro portata applicativa, e dunque ove la norma penale si innesti su quella amministrativa, il canone *Chevron* legittimerebbe l’opzione interpretativa che amplia gli effetti punitivi¹⁰⁸. Ed invero, l’obiettivo dell’*enforcement* nelle leggi sull’immigrazione non sarebbe quello di sanzionare lo straniero *undesirable*, ma quello di assicurare la sua espulsione dagli Stati Uniti¹⁰⁹. Parte della giurisprudenza si è pure spinta ad affermare che il *fair warning* non opererebbe in relazione alle norme sull’espulsione, dunque non vi sarebbe alcun ostacolo all’applicazione retroattiva delle norme che la dispongono¹¹⁰. Alla luce della *Chevron doctrine*, il ruolo del giudice è fortemente ridimensionato, non essendo ammessa un’attività ermeneutica ulteriore, in sovrapposizione a quella delle autorità preposte alla regolazione di quella materia, salvo che tale interpretazione governativa sia *unreasonable*¹¹¹.

Secondo un altro orientamento ‘intermedio’, invece, l’intersezione tra disciplina penale e amministrativa che rende la norma ‘ibrida’ nella sua natura e negli effetti, richiede che il giudice non abbandoni il ricorso ai tradizionali canoni ermeneutici applicabili in materia penale e segua piuttosto un *iter* logico-giuridico che ricomprende il ricorso alla *Chevron doctrine* cui però si affianchi quello della *lenity*¹¹². È opportuno rilevare, infatti, che oggi il dibattito statunitense in materia d’immigrazione attiene agli spazi riservati alla *rule of lenity* alla luce della più recente *Chevron deference*, e riguarda dunque un problema di ripartizione di competenze tra poteri statuali e di possibili mo-

¹⁰⁸ In dottrina, per tutti, GLEN, *Interring the rule of lenity*, cit., 533 ss.

¹⁰⁹ *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 730 (1983). In *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1038-39 (1984) si rilevava che la finalità della procedura (di espulsione) non era quella di sanzionare le violazioni delle leggi sull’immigrazione, ma di farle cessare mediante l’allontanamento dello straniero dallo Stato.

¹¹⁰ *Marcello v. Bonds*, 349 U.S., 302, 314 (1955), dove si affermava che l’applicazione retroattiva delle nuove disposizioni sulla *deportation* introdotte nell’*Immigration and Nationality Act* del 1952 non violava la *Ex Post Facto Clause*.

¹¹¹ Cfr. GLEN, *Interring the rule of lenity*, cit., spec. 536 e 571, secondo cui la *Chevron doctrine* garantirebbe l’*alien* contro arbitrii del potere giudiziario nell’interpretazione delle *Immigration laws*. L’Autore sostiene che la *rule of lenity*, che ha giocato un importante ruolo nel passato, possa essere sostituita dalla *Chevron deference* senza alcun timore di ledere garanzie fondamentali dell’*alien*.

¹¹² Per una disamina dei principali tentativi di compromesso tra i due criteri ermeneutici e sulle possibili soluzioni che consentirebbero l’utilizzo congiunto degli stessi, si rinvia a SLOCUM, *The immigration rule of lenity*, cit., *passim*.

delli di integrazione tra la *rule of lenity* e la *Chevron doctrine*. Nella prassi giudiziaria *ante Chevron*, invero, i casi di ambiguità delle disposizioni normative che prevedevano l'espulsione dello straniero venivano risolti mediante il ricorso alla *rule of lenity*, da qualche Autore definita quale principale canone ermeneutico del diritto dell'immigrazione¹¹³. È copiosa, infatti, la giurisprudenza statunitense che ha risolto i dubbi interpretativi 'importando' nella materia dell'immigrazione la regola della *lenity*, di cui si è rammentata l'origine penalistica¹¹⁴, che rivendica una lunga tradizione nel diritto statunitense¹¹⁵, ma la cui applicazione è stata respinta con riferimento ai c.d. *excludable non citizens*, ovvero gli stranieri appartenenti a determinate categorie di soggetti non ammessi all'ingresso nel territorio americano¹¹⁶.

In seguito all'entrata in vigore dell'*Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* del 1996 (IIRIRA), il sistema statunitense oggi distingue tra straniero *deportable* e *inadmissible*, contemplando un'unica procedura di espulsione, la *removal*, che ha assorbito quella che sotto le precedenti leggi era la *deportation*¹¹⁷. Prima di tale riforma, le leggi statunitensi sull'immigrazione operavano una differenziazione tra straniero *deportable* e straniero *excludable*¹¹⁸; l'*Immigration and Nationality Act* (INA) prevedeva inoltre distinte regole procedurali per la *deportation* e l'*exclusion*¹¹⁹, e la giuri-

¹¹³ LEGOMSKY, *Immigration and the judiciary: law and politics in Britain and America*, Oxford, 1987, 156.

¹¹⁴ *Bonetti v. Rogers*, 356 U.S. 691 (1951), specialmente 699. In *Bonetti v. Rogers* i giudici richiamavano i principi espressi in *Bell v. United States* 349 U.S. 81, 83 (1955). In *Bell*, che riguardava un procedimento penale, la *Supreme Court* ha utilizzato il criterio della *rule of lenity* in relazione alla violazione della *Mann Act*, 18 U.S.C. § 2421, ritenendo che trasportare due donne all'interno del medesimo veicolo e dunque durante lo stesso viaggio, costituissero un'unica violazione della norma, in luogo di una duplice violazione: «when Congress leaves to the Judiciary the task of imputing to Congress an undeclared will, the ambiguity should be resolved in favor of lenity».

¹¹⁵ *Squires v. INS*, 689 F.2d 1276, 1280 (6th Cir. 1982), in cui si enunciava che la *immigration rule of lenity* «has been widely invoked in deportation cases, and it requires the courts to interpret all aspects of the immigration laws [...] liberally in favor of the [noncitizen]».

¹¹⁶ La distinzione tra *excludables* e *deportables* è stata fondata sull'eventuale presenza sul territorio americano: mentre nella prima categoria rientravano gli stranieri ai quali non era permesso l'ingresso nel territorio statunitense, nella seconda venivano annoverati coloro che vi erano regolarmente entrati. In *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 694 (2001) si è rilevato che la differenza risiedeva in una «basic territorial distinction». Sono tuttavia emerse delle eccezioni per le quali alcuni stranieri sono stati considerati *excludables* nonostante la loro permanenza nel territorio americano, ciò sollevando critiche da parte della dottrina: sul punto, HART JR., *The power of Congress to limit the jurisdiction of the Federal Court: an exercise in dialectic*, in *Harvard law review*, 1953, 68, 1362.

¹¹⁷ 8 U.S.C. § 1229a.

¹¹⁸ Sulla differenza tra *deportables* e *excludables* si vedano 8 U.S.C. § 1231 (a)(6)(1994) e 8 U.S.C. § 1252.

¹¹⁹ In tema, si veda *infra*, § 6.

sprudenza attribuiva allo straniero *deportable* diritti più ampi rispetto allo straniero *excludable*¹²⁰. Poiché, tuttavia, a fronte dell'esistenza di un'unica procedura di *removal*, l'IIRIRA non avrebbe eliminato la distinzione tra *deportable* ed *excludable*, ma avrebbe semplicemente sostituito quest'ultimo termine con quello di *inadmissible*, e considerato che ancora oggi le leggi statunitensi operano un distinguo tra stranieri che abbiano legalmente ottenuto una *admission* nello Stato e quelli che ne siano privi¹²¹, si registra una riluttanza da parte delle Corti statunitensi a considerare equivalenti le due categorie sul piano delle garanzie costituzionali riservate ai due *status*¹²².

Per tale ragione, se è indubbio che la *rule of lenity* possa trovare applicazione per le norme di *crimmigration* riferite allo straniero *deportable*, qualche dubbio è stato invero sollevato per le norme che regolamentano l'*inadmissibility*, sul presupposto che allo straniero *inadmissible* potrebbe essere tuttora riconosciuto un diverso - e inferiore - *standard* di garanzie costituzionali rispetto a quello di cui gode il *deportable*¹²³, categoria, quest'ultima, entro la quale rientra lo straniero 'regolare' condannato per un illecito penale.

6. *Le ragioni e le applicazioni giurisprudenziali della rule of lenity nell'Immigration Law.* Per ciò che in tale sede interessa, segnatamente in riferimento alle norme che rientrano nell'*Immigration Law*, la giurisprudenza statunitense più risalente ha fatto applicazione della *rule of lenity* quando la disposizione violata prevedeva quale conseguenza sanzionatoria la misura extrapenale dell'espulsione dello straniero¹²⁴, che in ragione della sua afflittività

¹²⁰ *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 24-25, 26-27, dove veniva esplicitamente riconosciuta la titolarità di diritti costituzionali più ampi a favore dei *deportables*: «*aliens subject to deportation generally are granted greater substantive rights than are excludables*». In dottrina, si rimanda a MARTIN, *Graduated application of constitutional protections for aliens: the real meaning of Zadvydas v. Davis*, in *Supreme Court review*, 2001, 47; SLOCUM, *The Immigration Rule of Lenity*, cit., 524 ss.

¹²¹ L'IIRIRA ha sostituito il termine *excludable* con quello di *inadmissible* contenuto nell'INA, lasciando delle differenze tra le due categorie (*inadmissibility/deportability*) che si fondano sul previo ingresso nello Stato mediante una formale *admission* da parte di un ufficiale dell'immigrazione ovvero in assenza di tale procedura, ed in tale ultimo caso rientra l'ingresso illegale.

¹²² *Xi v. INS*, 298 F. 3d 832, 838 (9th Cir. 2002): «*although the grounds for being deemed inadmissible are similar to those for being deemed excludable [...] there are substantial differences between the two statutes. We simply cannot ignore that 'excludable' is no longer a term that has any statutory import under the INA*».

¹²³ SLOCUM, *The immigration rule of lenity*, cit., 525.

¹²⁴ L'ambito applicativo dell'*immigration rule of lenity* nella giurisprudenza statunitense si è invero esteso ad altre previsioni di natura amministrativa. Il canone interpretativo, infatti, è stato sovente utilizzato

veniva definita come una misura equivalente all'esilio¹²⁵, e che perciò ha storicamente legittimato la scelta dell'opzione ermeneutica più favorevole all'*alien* ogniqualvolta permanesse un ragionevole dubbio interpretativo sulla portata applicativa della norma che la disponeva¹²⁶. In considerazione dei fondamentali interessi dello straniero che vengono in gioco, si è affermato, non è possibile ritenere che il legislatore abbia inteso incidere sulla libertà dell'*alien* oltre quello che è il più ristretto significato delle parole usate nella norma¹²⁷.

Nella *crimmigration* d'oltreoceano la *rule of lenity* trova dunque il proprio fondamento nella volontà dell'organo legislativo, che si ritiene, in definitiva, implicita: in assenza di elementi univoci all'interno della norma che inducano a diversa conclusione più sfavorevole, sarebbe proprio il legislatore a legittimare l'interpretazione più favorevole all'*alien*. Applicata dalle Corti americane anche per interpretare le previsioni normative extrapenali in luogo del canone *Chevron*¹²⁸ - che sfugge alle limitazioni costituzionali previste dai princì-

to da alcune Corti anche in materia di asilo e di altre disposizioni della *immigration law*: per tali aspetti, SLOCUM, *the immigration rule of lenity*, cit., 525 e giurisprudenza *ivi* citata.

¹²⁵ *Fong Haw Tan v. Phelan*, 333 U.S. 6 (1948). Il canone dell'*immigration rule of lenity* ha una lunga tradizione nella giurisprudenza statunitense. Tra le prime pronunce si segnala quella di *Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 101 (1903), dove i giudici osservavano che anche se le leggi sembrano attribuire alle autorità amministrative un potere illimitato nel disporre l'espulsione, esse non rimandano a un'interpretazione esclusiva da parte di queste ultime o dell'esecutivo. Si noti, comunque, che in *Yamataya v. Fisher* i giudici hanno applicato la *rule of lenity* dopo aver fatto ricorso al criterio della *legislative history*.

¹²⁶ Così, pur con varietà di accenti, i giudici statunitensi. Si vedano *Lara-Ruiz v. INS*, 241 F.3d 934, 942 (7th Cir. 2001), dove si affermava che la *immigration rule of lenity* si applica solo quando il dubbio interpretativo non è risolvibile mediante il ricorso agli altri tradizionali canoni interpretativi, ovvero quando «*a reasonable doubt persists about a statute's intended scope even after resort to the language and structure, legislative history, and motivating policies of the statute*»; nello stesso senso, in *Valansi v. Ashcroft*, 278 F.3d 203, 214 n.9 (3rd Cir. 2002), si definiva la *immigration rule of lenity* quale canone interpretativo 'di chiusura', ovvero «*canon of last resort*», qualora non fosse possibile pervenire altrimenti alla ricostruzione di un univoco significato della norma; *United States v. Shabani*, 513 U.S. 10, 17 (1994), ove si affermava che: «*lenity is only applicable if court is left with ambiguous statute after consulting traditional canons of statutory construction*». In dottrina, cfr. GORDON-MAILMAN, *Immigration law and procedure*, New York, 2013, 71 ss., che definiscono la *immigration rule of lenity* una regola che implica che l'espulsione debba essere limitata al più ristretto ambito ragionevolmente ascrivibile al linguaggio della norma: «*[it] must be limited to the narrowest compass reasonably extracted from their language*».

¹²⁷ *Fong Haw Tan v. Phelan*, cit., 10: «*since the stakes are considerable for the individual, we will not assume that Congress means to trench on his freedom beyond that which is required by the narrowest of several possible meanings of the words used*». Conforme, *Reno v. Koray*, 515 U.S. 50, 65 (1995), dove si enunciava che «*lenity applies only if, after seizing everything from which aid can be derived, we can make no more than a guess as to what Congress intended*».

¹²⁸ Non vi è tuttavia uniformità di vedute circa la possibile integrazione tra il ricorso al canone *Chevron* e quello alla *rule of lenity*: in tema, SLOCUM, *The immigration rule of lenity*, cit., 539 ss.

più a fondamento della disciplina penale e che per questo legittima le interpretazioni più sfavorevoli – i giudici statunitensi più attenti a tali principi estendono così l'applicazione della *criminal rule of lenity* all'interpretazione dei presupposti applicativi della *removal*.

Tra le ragioni che giustificano il ricorso alla *rule of lenity* nonostante la sanzione dell'espulsione abbia carattere formalmente extrapenale vi è, ancora, l'esigenza di tutela dell'*alien* da quelle che sarebbero altrimenti sanzioni che assumerebbero i tratti dell'arbitrarietà, considerato che lo straniero non ha diritto di voto ed è quindi ritenuto un soggetto più vulnerabile rispetto all'approvazione di eventuali disposizioni irragionevoli e discriminatorie¹²⁹. Nonostante la natura extrapenale della *removal*, dunque, se essa consegue a una condanna penale e quindi quando è più evidente l'intersezione tra la disciplina penale e quella amministrativa, i principi costituzionali in materia penale dovrebbero trovare comunque applicazione¹³⁰, e dovrebbero essere osservati anche dai giudici dell'immigrazione che hanno la competenza a disporre l'espulsione¹³¹.

Una delle principali pronunce in cui la giurisprudenza statunitense ha operato una *benignor interpretatio* facendo evidente applicazione della *rule of lenity* nella *crimmigration*, è quella relativa al caso *Fong Haw Tan v. Phelan*¹³², ove

¹²⁹ SLOCUM, *The immigration rule of lenity*, cit., 522; ESKRIDGE, *Public values in statutory interpretation*, in *University of Pennsylvania law review*, vol. CXXXVII, 4, 1989, 1007 ss. In generale, sulla suscettibilità delle norme dell'*immigration law* ad abusi da parte del potere statale, SCHUCK, *The transformation of immigration law*, in *Columbia law review*, 1984, 1, 81. Per una diversa impostazione, secondo cui mentre la *criminal rule of lenity* ripone il proprio fondamento nella Costituzione, la *immigration rule of lenity* sarebbe priva di un ancoraggio costituzionale, *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032, 1038 (1984): «consistent with the civil nature of the proceeding, various protections that apply in the context of a criminal trial do not apply in a deportation proceeding».

¹³⁰ KANSTROOM, *Deportation, social control, and punishment: some thoughts about why hard laws make bad cases*, in *Harvard law review*, vol. CXIII, 2000, 8, 1889; BLEICHMAR, *Deportation as punishment: a historical analysis of the British practice of banishment and its impact on modern constitutional law*, in *Georgetown immigration law journal*, 1999, vol. XIV, 115.

¹³¹ Per approfondimenti sugli aspetti anche processuali del procedimento di *removal*, sull'onere probatorio rispettivamente del *prosecutor* e dello straniero che voglia richiedere un *discretionary relief*, nonché sui mezzi di impugnazione avverso le decisioni dei giudici dell'immigrazione, nella dottrina italiana si rimanda a GATTA, *La pena nell'era della 'crimmigration'*, cit., 707 ss.

¹³² *Fong Haw Tan v. Phelan*, cit.: «Section 19(a) of the Immigration Act of 1917, as amended, which provides that an alien who is "sentenced more than once" to imprisonment for a term of one year or more because of conviction of a crime involving moral turpitude committed after entry shall be deported, does not apply to an alien who, in a single trial, has been convicted on two different counts of a single indictment for murdering two different persons and sentenced to life imprisonment [...] This provision of the statute authorizes deportation only where an alien, having committed a crime involving moral turpitude

la *Supreme Court* ha interpretato il § 19(a) dell'*Immigration Act* del 5 febbraio 1917 nel senso più favorevole allo straniero. La norma prevedeva l'espulsione di qualsiasi *noncitizen* che fosse stato condannato "più di una volta" negli Stati Uniti a una pena detentiva per un crimine di *moral turpitude* commesso dopo l'ingresso nel territorio statunitense. Rilevando che risultasse assente una volontà del Congresso di attribuire alla disposizione un significato più ampio di quello espresso dalla formulazione della norma, i giudici hanno scelto l'interpretazione più favorevole allo straniero, evidenziando la forza afflittiva dell'espulsione e rimarcandone pure l'equivalenza con l'esilio. Secondo un'interpretazione conforme alla *rule of lenity*, il riferimento contenuto nella norma a una condanna inflitta "più di una volta" richiede che le stesse condanne rappresentino l'esito di (almeno) due processi distinti e non di un medesimo processo nel quale sia stata accertata la responsabilità penale, nel caso di specie, di un duplice omicidio.

Nell'epoca *post Chevron*, invece, una delle pronunce con cui il procedimento si è concluso adottando l'interpretazione favorevole all'*alien*, è quella relativa al caso *INS v. Cardoza-Fonseca*¹³³, che riguardava l'individuazione dello *standard* probatorio richiesto allo straniero per beneficiare di un'esenzione dell'espulsione (*withholding of removal*), obbligatoria quando il rimpatrio determinerebbe il rischio di minacce alla vita o alla libertà dello straniero fondate su motivi discriminatori¹³⁴. In tale pronuncia l'esito del giudizio dipendeva dall'individuazione della norma applicabile al caso di specie, segnatamente la scelta ricadeva tra la *Section 243 (h)* dell'*Immigration and Nationality Act*, che dispone che a tale fine lo straniero deve dimostrare che la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate nel Paese di rimpatrio, secondo uno *standard* del "più probabile che non", o piuttosto quella di cui al 208 (a), in base al quale l'*Attorney General* (il Ministro della Giustizia) può discrezionalmente concedere il diritto di asilo al 'rifugiato' che ai sensi del § 101 (a) (42) (A) non può o non vuole tornare nel Paese di origine a causa anche solo di un "fondato timore" (*a well-founded fear*) di persecuzione per ragioni di razza, religio-

and having been convicted and sentenced, once again commits a crime of that nature and is convicted and sentenced for it [...] Because deportation is a drastic penalty equivalent to banishment or exile, this section should be given the narrowest of several possible meanings of the words used.

¹³³ *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

¹³⁴ 8 U.S.C. § 1253(h) (1984).

ne, appartenenza a un particolare gruppo sociale, e altri motivi specificati dalla norma. Rilevando che lo standard probatorio richiesto dal § 208 (a) fosse più favorevole per lo straniero, la Corte Suprema richiamava la *rule of lenity*, secondo cui qualsiasi dubbio persistente sulla portata delle norme sull'espulsione deve essere risolto in senso favorevole all'*alien*¹³⁵. Nel rigettare, inoltre, le argomentazioni delle Autorità governative, secondo cui il 'fondato timore' necessitava di una prova rigorosa da parte dello straniero, volta a dimostrare che egli sarebbe stato esposto ad una 'chiara probabilità di persecuzione' (*clear probability of persecution*) secondo lo standard del 'più probabile che non' ovvero in misura superiore al 50% di probabilità, la *Supreme Court* affermava che il 'fondato timore' sussiste anche quando le probabilità di persecuzioni siano inferiori a tale misura¹³⁶.

Sempre tra le pronunce successive all'avvento della *Chevron doctrine* rientra quella sul caso *INS v. St. Cyr*¹³⁷, relativa alla potenziale applicazione retroattiva di una norma sfavorevole allo straniero. In estrema sintesi, secondo una parte della giurisprudenza statunitense, quando l'espulsione sia prevista quale sanzione extrapenale per talune condanne - come quella che viene inflitta per la commissione di un delitto aggravato (*aggravated felony*) di cui al § 8 U. S.C. § 1229b (a) (3) - in caso di successione di leggi che disciplinano l'espulsione che siano entrate in vigore successivamente alla condanna dell'*alien*, si applicherà la norma a lui più favorevole¹³⁸. Seguendo tale impostazione, dunque, la

¹³⁵ *INS v. Cardoza-Fonseca*, cit., 449. Ancora prima, si veda *Bonetti v. Rogers*, cit., dove la Corte Suprema si esprimeva esplicitamente affermando che le ambiguità nelle leggi dell'*Immigration Law* vanno risolte «*in favor of lenity*».

¹³⁶ *INS v. Cardoza-Fonseca*, cit., 431. È tuttavia opportuno specificare che in *INS v. Cardoza-Fonseca* la *Supreme Court* perveniva alla decisione già mediante il ricorso ad altri canoni interpretativi, pur richiamando «*the longstanding principle of construing any lingering ambiguities in deportation statutes in favor of the [non citizen]*».

¹³⁷ 533 U.S. 289 (2001).

¹³⁸ *INS v. St. Cyr*, 533 U.S. 289 (2001). Nel caso di specie, prima dell'entrata in vigore dell'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* del 1996 (AEDPA) e dell'*Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* del 1996 (IIRIRA), il § 212 (c) dell'*Immigration and Nationality Act* del 1952 è stato interpretato in modo da conferire al procuratore generale un'ampia discrezionalità per rinunciare alla *deportation* degli stranieri residenti (*permanent residents*). Successivamente, il § 212 (c) dell'*Immigration and Nationality Act* è stato modificato dal § 401 dell'AEDPA, che ha identificato un'ampia serie di reati per i quali le condanne precludono tale deroga, e dall'IIRIRA, che ha abrogato il § 212 (c) e lo ha sostituito con una nuova sezione che esclude dagli stranieri che possono beneficiare dell'esclusione della *deportation* coloro che siano stati condannati per un delitto aggravato, ai sensi dell'art. 8 U. S.C. § 1229b (a) (3). In *INS v. St. Cyr*, 533 U.S. 289 (2001), *St. Cyr*, un *permanent resident* negli Stati Uniti, si era dichiarato colpevole di un reato per il quale era prevista la *deportation* e avrebbe potuto beneficiare di

crimmigration determinerebbe un'estensione dei principi costituzionali propri della materia penale alle norme che prevedono la sanzione extrapenale dell'espulsione. E anzi, si afferma, l'esigenza di garantire per via interpretativa l'irretroattività delle norme extrapenali più sfavorevoli appare ancora più pregnante quando esse riguardano gli stranieri, considerati soggetti vulnerabili e maggiormente esposti al rischio di un uso arbitrario del potere legislativo¹³⁹.

Più in generale, la *rule of lenity* applicata alla *crimmigration* consente di sciogliere le ambiguità delle norme in tale area del diritto, arginando il rischio che il potere giudiziario sia esercitato a detrimento di quelle garanzie costituzionali previste sì contro le sanzioni penali, ma che ne legittimano l'estensione in ragione della severità del trattamento sanzionatorio dell'espulsione e delle condizioni di maggiore vulnerabilità dello straniero di fronte al potere statale. In conclusione, in un'area del diritto statunitense in cui la tecnica normativa utilizzata dal Congresso lascia ampi spazi all'interpretazione così da consentire all'*Attorney General* la più ampia discrezionalità nel 'colmare' le lacune attraverso letture che consentano di attuare gli scopi di volta in volta perseguiti, per converso la *rule of lenity* orienta l'interprete verso il rigoroso rispetto dei principi costituzionali a tutela dei diritti fondamentali dello straniero 'regolare' condannato per un illecito penale per il quale sia prevista la *removal*.

7. *Dallo 'squinting' indulgente verso i 'forti' allo 'strabismo' interpretativo a favore dell'incolpato in sé 'debole'*. Riprendendo dall'esergo le parole di Nenni - «lo Stato italiano è forte coi deboli e debole coi forti» - si può notare che il nostro sistema si è evoluto o, forse meglio dire, involuto, verso direttrici che sia nel formato legislativo sia in quello giurisprudenziale - salvo eccezioni nell'uno e nell'altro caso¹⁴⁰ - hanno tendenzialmente mostrato un certo rigore

una deroga all'espulsione ai sensi della legge sull'immigrazione in vigore al momento della pronuncia di condanna, ma il procedimento di espulsione era stato avviato dopo le date di entrata in vigore di AEDPA e IIRIRA. Sul punto, il Tribunale distrettuale federale affermava che le nuove restrizioni non erano applicabili ai procedimenti di espulsione avviati contro uno straniero che prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni si era dichiarato colpevole di un reato che prevedeva l'espulsione e poteva beneficiare della deroga ai sensi della previgente normativa.

¹³⁹ LEGOMSKY, *Fear and loathing in Congress and the Courts: immigration and judicial reviews*, in *Texas law review*, 2000, 1615 ss.

¹⁴⁰ Si tratta di una tendenza, salvo rigorismi che il legislatore ha fatto registrare anche in relazione ai reati dei c.d. 'colletti bianchi', come nella l. 9 gennaio 2019, n. 3, (c.d. "spazzacorrotti"), ovvero che la giuri-

contro la categoria dei migranti, verso i ‘deboli’, con scelte che celano contraddizioni più o meno evidenti rispetto ai principi di offensività, sussidiarietà, *extrema ratio*, legalità e tassatività¹⁴¹. Per altri versi, sempre negli ultimi decenni sono spesso emerse opzioni di politica criminale più miti verso i ‘forti’, per esempio con soluzioni volte a restringere l’ambito dei *Kavalierdelikte* propri della criminalità ‘ricca’. In quest’ultimo ambito, infatti, il legislatore pare abbia accolto l’insegnamento proveniente da una parte della dottrina, per esempio restringendo talune fattispecie a solo quelle ipotesi che determinano un danno patrimoniale, almeno potenziale sotto forma di pericolo concreto¹⁴². Con ciò, d’altronde, non si vuol certo dire che il legislatore avrebbe dovuto enfatizzare i reati economici espandendone la portata, ma che tale tendenza alla riduzione della sfera punitiva avrebbe dovuto interessare *a fortiori* quegli illeciti espressione peculiare della miseria. Un ordinamento così ‘diseguale’ smarrisce la sua attitudine all’orientamento culturale e, anzi, può divenire un

sprudenza cerca di realizzare mediante interpretazioni molto estensive, come nel caso dell’abuso di ufficio. In tema, tra i molti, MERLO, *L’abuso d’ufficio. Tra legge e giudice*, Torino, 2019, spec. 32 ss.; CUPPELLI, *L’abuso d’ufficio*, in *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, a cura DI Romano-Marandola, Milano, 2020, 291 ss. Sulla stessa linea rischiano di collocarsi gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla nuova formulazione della fattispecie ad opera del d.lgs. 16 luglio 2020, n. 76, nonostante quella che risulta essere la volontà legislativa di restringere l’ambito di rilevanza penale delle condotte: sul punto, GAMBARELLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 29 luglio 2020, spec. 162 ss.; PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 28 luglio 2020, 7-8, 8 ss.; cfr. GATTA, *Riforma dell’abuso d’ufficio: note metodologiche per l’accertamento della parziale abolitio criminis*, in *www.sistemapenale.it*, 2 dicembre 2020, 5; FIANDACA-MERLO, *Riformare, abolire? C’è una terza via per il reato fantasmatico di abuso d’ufficio*, in *www.ilmaglo.it*, 24 giugno 2020.

¹⁴¹ Cfr. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 973: «Quando si tratta di soggetti marginali, i principi di offensività e sussidiarietà sembrano dimenticati. [...] Il risultato di queste linee divaricate e contraddittorie è lo scardinamento di una “passabile” coerenza intrasistemica, cioè del principio d’uguaglianza».

¹⁴² Si pensi ad alcune fattispecie introdotte dal D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 62, quali l’infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.), volta a incriminare condotte di gestione ‘infedele’ realizzate da esponenti della società aventi un interesse in conflitto, solo però se cagionino, intenzionalmente, alla stessa società un danno patrimoniale, e alla fattispecie di false comunicazioni sociali di cui al previgente art. 2621 c.c., che prevedeva una singolare contravvenzione per le condotte di false comunicazioni sociali per le condotte di mendacio che non superassero determinate ‘soglie’, a fronte del bene giuridico indicato nella Relazione al decreto - la trasparenza dell’informazione societaria - che mal si conciliava con una risposta sanzionatoria che scatta solo al superamento di una certa soglia. Si pensi, inoltre, all’indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (art. 316-ter c.p. introdotto con la L. 29 settembre 2000, n. 300), che prevede una sanzione amministrativa quando la somma indebitamente percepita sia pari o inferiore a 4.000 euro. In tema, si rinvia a PATALANO, *Etica degli affari e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2006, 46 ss.

fattore criminogeno¹⁴³. Suonano, allora, ancora attuali le parole di Beccaria, secondo cui «la maggior parte delle leggi non sono che privilegi»¹⁴⁴, e del liberale Mill: «dovunque vi sia una classe dominante, gran parte della morale del paese emana dai suoi interessi di classe e dai suoi sentimenti di superiorità di classe»¹⁴⁵. Ebbene, se così dovesse essere, difficilmente le leggi penali, secondo le attese di Baumann, riuscirebbero davvero a non essere solo per gli stupidi e i poveri¹⁴⁶.

Emerge, dunque, uno ‘strabismo’ del sistema che tende, anche se non sempre, a una particolare afflittività delle reazioni ordinamentali quando si tratta di violazioni realizzate da emarginati o «esseri superflui»¹⁴⁷, rigore degno di miglior causa e non altrettanto garantito quando gli autori siano persone ben inserite nella società. Lo ‘strabismo’ che invece qui si vuole proporre è in tutt’altro senso, ed è volto se non proprio a elidere la creatività giurisprudenziale, quantomeno a contenerne le forme più eclatanti *in peius*, ossia quelle espressioni più ardite della *law in action* che attualmente non trovano efficaci

¹⁴³ Per l’atteggiamento del legislatore, dei giudici e della pubblica accusa nei confronti dei c.d. *white-collar crimes* rispetto agli altri reati, in particolare negli Stati Uniti d’America, si veda GREEN, *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, edizione italiana a cura di Basile, Milano, 2008, 22 ss.

¹⁴⁴ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), edizione a cura di Burgio, Milano, 1991, § XLI, 108.

¹⁴⁵ MILL, *On Liberty* (1859), *Sulla libertà*, trad. it. di Bellini, Roma, 1996, vol. I, 50.

¹⁴⁶ BAUMANN, *Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes* (1972), in *Strafrecht im Umbruch*, Neuwied und Darmstadt, 1977, 55. Calzanti appaiono anche i versi di G. CATERINI nella poesia *L’onestà*, in vernacolo calabrese, pubblicata nella silloge *Ancora un attimo*, Cosenza, 1974, 49, ora in *La fonte dell’orso*, a cura di M. Caterini, Soveria Mannelli, 2018, 40: «Chi significhi onistà? / stà allì reguli / du duveri, da giustizia / e dell’unuri ... / e ’ssi reguli cu à fatti? ... / ’U ladru e ’u dilinquenti / su disunesti, / ma ’cchiù disunestu / seri cu ci à fatti divintà, / e disunestu seri puru / cu cacci l’uocchi allu vicinu, / cu l’accidi e nun ti paghi, / cu iè puttana e nun ci pari, / cu ’ntrallazzi e nun ’u dici, / cu pi vinci zamp’ a latu: / ’nsonna tutta ’ssa gente, / furba e malandrina, / ca pi ’ssu munnu munnu / da seculi cummanni. / No ... quiddi su diritti, / su quiddi l’unesti: / ’ssi reguli / su loru c’anu fatti / pi gabbà li ciuotì. / ’Nta ’ssa vita / c’è sempi ’cu vatte / e c’è cu appuzi, / tuttu ’u riestu / su mutetti! / Allora onestu, si c’è, / è sulu ’u lissa: / e picchi? / Picchi è lissa!». Così traducibile: L’onestà / Cosa significa onestà? / Stare alle regole / dei doveri, della giustizia / e dell’onore... / e queste regole chi le ha fatte?... / Il ladro e il delinquente / sono disonesti, / ma più disonesto / sarebbe chi ce li ha fatti diventare, / e disonesto sarebbe pure / chi tormenta il vicino, / chi ti ammazza e non ti paga, / chi è puttana e non lo sembra, / chi intrallazza e non lo dice, / chi per vincere calpesta l’altro: / insomma tutta questa gente, / furba e malandrina, / che in questo mondo / da secoli comanda. / No ... quelli sono dritti, / sono quelli gli onesti: / queste regole / sono loro che le hanno fatte / per ingannare gli ingenui. / In questa vita / c’è sempre chi basta / e c’è sempre chi subisce, / tutto il resto / sono moine! / Allora onesto, se c’è, / è solo il fesso: / e perché? / Perché è fesso!

¹⁴⁷ BAUMAN, *La società dell’incertezza*, Bologna, 1999, 55 ss.; ID., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari, 2003, 135 ss.; *Vite di scarto*, Bari, 2005, 18 ss. e 53 ss.

limiti nonostante la loro «evidente “illegalità”»¹⁴⁸. Sebbene non sia questa la sede per ripercorrere compiutamente gli esiti di nostre precedenti ricerche volte a teorizzare più efficaci argini alla creatività giurisprudenziale¹⁴⁹, si può comunque dire che seguendo tale tesi il giudice penale, allorché tenda tra i possibili risultati ermeneutici verso quelli più sfavorevoli, dovrebbe adottare una filosofia interpretativa rigida, sterile, per nulla creativa, limitando il senso delle norme al loro nucleo di significanza testuale, evitando opzioni ermeneutiche elastiche capaci di ampliare la risposta punitiva. Diversamente, quando l'ermeneutica, in base ai principi sovraordinati, può volgere verso esiti idonei a minimizzare l'area della punizione, l'attività del giudice dovrebbe aprirsi a opzioni interpretative più flessibili, più duttili, più feconde, che si possono proiettare pure oltre il nucleo di significanza testuale della singola norma per aprirsi anche verso opzioni metatestuali suggerite da principi e norme formalmente o comunque assiologicamente superiori¹⁵⁰.

In fondo, si tratta di stabilire come debba essere sciolto il dubbio interpretativo, se *pro republica* o *pro reo*. Qui non è d'uopo ripercorrere le ragioni a favore della seconda opzione¹⁵¹, bastando richiamare, *a contrario*, quello che scriveva a tal proposito Giuseppe Maggiore nel 1938: «in caso di incertezza di diritto [il giudice si atterrà] al principio *in dubio pro republica*, che prende il posto, nello stato totalitario, dell'antico *in dubio pro reo*»¹⁵². È questa la vivida

¹⁴⁸ DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Bologna, 2019, 200-201.

¹⁴⁹ CATERINI, *Il ruolo «politico» del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del «diritto vivente»*, in *Pol. dir.*, 2016, 509 ss.; ID., *Il giudice penale come Ianus bifrons: un auspicabile “strabismo” interpretativo*, *ivi*, 2017, 163 ss.; argomenti in tal senso ancora prima in ID., *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di Helzel-Katolo, Padova, 2012, 99 ss.

¹⁵⁰ Per la confutazione della possibile obiezione secondo cui questa sorta di 'strabismo' del giudice penale sarebbe foriera di maggiore incertezza del diritto, si rinvia a CATERINI, *Il giudice penale come Ianus bifrons*, cit., ove s'invoca il *favor rei* quale criterio capace di rendere univoca la direzione ermeneutica che il giudice dovrebbe seguire in caso di dubbio interpretativo, utile a conferire maggiore prevedibilità alle decisioni giurisdizionali e, dunque, maggiore certezza del diritto. In tema, recentemente si veda anche GALLO, *Fatto incerto e diritto controverso meriterebbero uguale trattamento*, in *Crit. dir.*, 1, 2022, 5 ss.

¹⁵¹ CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 118 ss.

¹⁵² MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, 159-161, continuava: «Per i regimi democratici-liberali 'certezza del diritto' è la certezza del delinquente di poter agire indisturbato e impunito finché non ci sia una legge che dica 'alt' alla sua libertà. Per i regimi totalitari 'certezza del diritto' è la sicurezza della società politica di non vedere annullate le conquiste della rivoluzione e di non vedere il fuffante commettere ogni sorta di ribalderie all'ombra della legge e quasi ai mar-

espressione della *vis* espansiva del diritto punitivo, appunto totalitario, che purtroppo ancora si affaccia nel presente, seppur sotto diverse spoglie¹⁵³. D'altronde, la comparazione con la *rule of lenity* statunitense conforta e sorregge la soluzione qui tracciata, perché si ragiona in termini di principi generali e fondamentali, che accomunano e guidano sia i sistemi di *civil law* sia quelli di *common law*: separazione dei poteri, legalità, riserva di legge, irretroattività, determinatezza, riconoscibilità e prevedibilità dell'incriminazione, ossia *legislative supremacy, prohibition of ex post facto laws, clarity, fair warning*, che tutti partecipano alla *ratio* volta a limitare il potere punitivo dello Stato¹⁵⁴. Se così è, i canoni dell'interpretazione favorevole e della *rule of lenity* condividono lo scopo di garantire l'incolpato, in sé 'debole', contro possibili arbitri, anche in termini di ragionevole dubbio ermeneutico, nell'uso della forza punitiva dello Stato.

gini del codice penale».

¹⁵³ Particolarmente significativo in tal senso SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, *passim*.

¹⁵⁴ BIANCHI, "The tie must go to the defendant", cit., 232, che usa l'approfondimento comparatistico per una riflessione sulle potenzialità della *rule of lenity* nel diritto penale italiano.