

Rapporto esplicativo

concernente la modifica del Codice penale svizzero e del Codice penale militare

(Attuazione delle nuove disposizioni costituzionali sull'espulsione di
stranieri che commettono reati;
art. 121 cpv. 3–6 Cost.)

14 maggio 2012

Compendio

Il Consiglio federale propone di introdurre nel Codice penale una nuova forma di espulsione dal territorio svizzero allo scopo di attuare le nuove disposizioni costituzionali relative all'espulsione di stranieri che commettono reati. A tal fine si intende tener conto per quanto possibile dei principi costituzionali e delle garanzie dei diritti umani. Una proposta dei rappresentanti del comitato d'iniziativa è stata posta in consultazione come variante.

Il 28 novembre 2010 Popolo e Cantoni hanno accolto l'iniziativa popolare «per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)», respingendo il controprogetto diretto. L'iniziativa ha completato l'articolo 121 della Costituzione federale (Cost.) con i capoversi 3–6, secondo cui gli stranieri che sono condannati per determinati reati, o hanno percepito abusivamente prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale, perdono il diritto di soggiorno in Svizzera. I condannati soggiacciono inoltre a un divieto d'entrata di durata compresa tra 5 e 15 anni. Secondo le disposizioni transitorie, entro cinque anni dall'accettazione delle nuove disposizioni costituzionali, il legislatore deve definire e completare le fattispecie penali di cui all'articolo 121 capoverso 3 Cost. ed emanare disposizioni penali per punire coloro che violano il divieto di entrata.

Con decisione del 22 dicembre 2010 il capo del Dipartimento federale di giustizia e polizia ha istituito un gruppo di lavoro, composto da esperti esterni e collaboratori dell'Amministrazione federale, che ha elaborato quattro proposte di attuazione legislativa delle nuove disposizioni costituzionali ed evidenziato le ripercussioni legali delle proposte.

La variante 1 dell'avamprogetto si basa sulle proposte della maggioranza del gruppo di lavoro e concede maggiore importanza alle nuove disposizioni costituzionali che all'attuale diritto costituzionale e internazionale. In questi settori del diritto sono previste diverse limitazioni per realizzare l'inasprimento dell'attuale prassi in materia di espulsione voluto dalle nuove disposizioni costituzionali. Per quanto concerne il diritto internazionale è stato tenuto conto delle garanzie internazionali dei diritti dell'uomo. Con la variante 1 il Consiglio federale propone una soluzione che, da una parte, rispetta la volontà del Popolo e, dall'altra, evita in ampia misura contraddizioni con l'Accordo sulla libera circolazione delle persone. La soluzione prevede infatti che il catalogo dei reati che portano automaticamente all'espulsione si concentri sui crimini gravi.

La variante 2 è stata proposta dai rappresentanti del comitato di iniziativa che siedono nel gruppo di lavoro e parte dal presupposto del primato assoluto delle nuove disposizioni costituzionali, in quanto diritto più recente, sull'attuale diritto costituzionale e sulle regole non cogenti del diritto internazionale – in particolare sulle garanzie internazionali dei diritti umani.

Indice

Compendio	2
1 Punti essenziali del progetto	6
1.1 Situazione iniziale	6
1.1.1 Cronologia dell'Iniziativa espulsione	6
1.1.2 Le nuove disposizioni costituzionali	7
1.1.3 Il gruppo di lavoro incaricato dal DFGP	7
1.2 Principi per l'interpretazione di nuove disposizioni costituzionali	9
1.2.1 Criteri interpretativi	9
1.2.2 Proporzionalità	10
1.2.3 Relazione tra diritto internazionale e iniziative popolari	10
1.3 Elementi dell'articolo 121 capoverso 3–6 Cost.	11
1.3.1 Condizioni	11
1.3.2 Conseguenze giuridiche	13
1.3.3 Mandato legislativo	15
1.4 Variante 1	15
1.4.1 Introduzione	15
1.4.2 Rapporto con il diritto costituzionale e il diritto internazionale	15
1.4.3 Contesto normativo	17
1.4.4 Proposte di regolamentazione nel Codice penale	19
1.4.4.1 Espulsione dal territorio svizzero	19
1.4.4.2 Catalogo dei reati	19
1.4.4.3 Concretizzazione della nozione di «condanna»	20
1.4.4.4 Pena minima	20
1.4.4.5 Pronuncia ed esecuzione	23
1.4.4.6 Procedura del decreto d'accusa	24
1.4.4.7 Garanzie dei rimedi giuridici	25
1.4.4.8 Condizioni di tempo e diritto transitorio	25
1.4.4.9 Condizioni di luogo	26
1.4.4.10 Punibilità in caso di violazione del divieto d'entrata e entrata illegale in Svizzera (art. 121 cpv. 6 Cost.)	26
1.4.4.11 Espulsione facoltativa	27
1.4.5 Normativa parallela nel Codice penale militare	27
1.4.6 Rinuncia all'espulsione nel diritto penale minorile	27
1.4.7 Modifica della LStr e della LAsi	28
1.5 Variante 2	29
1.5.1 Introduzione	29
1.5.2 Rapporto con il diritto costituzionale e il diritto internazionale	29
1.5.3 Normativa proposta	30
1.6 Valutazione delle varianti proposte	32
1.6.1 Variante 1	32
1.6.2 Variante 2	33
1.6.3 Conclusione	34
1.7 Diritto comparato	34
1.7.1 Germania	34

1.7.2 Austria	36
1.7.3 Francia	36
1.7.4 Italia	37
2 Commento delle disposizioni della variante 1	38
2.1 Codice penale	38
2.1.1 Articolo 66a (1a. Espulsione dal territorio svizzero)	38
2.1.1.1 Capoverso 1	38
2.1.1.2 Capoverso 2	43
2.1.1.3 Capoverso 3	44
2.1.1.4 Capoverso 4	45
2.1.2 Articolo 66b (recidiva)	46
2.1.3 Articolo 66c (momento dell'esecuzione)	46
2.1.3.1 Introduzione	46
2.1.3.2 Capoverso 1	47
2.1.3.3 Capoverso 2	48
2.1.4 Articolo 66d (sospensione dell'esecuzione)	48
2.1.5 Articolo 148a (ottenimento abusivo di prestazioni di un'assicurazione sociale o dell'aiuto sociale)	49
2.1.5.1 Collocazione e titolo marginale	50
2.1.5.2 Rapporto con la truffa	50
2.1.5.3 Fattispecie oggettiva	50
2.1.5.4 Fattispecie soggettiva	51
2.1.5.5 Comminatoria penale	51
2.1.5.6 Rapporto con il diritto vigente	52
2.1.6 Diritto del casellario giudiziale	53
2.1.6.1 Introduzione	53
2.1.6.2 Articolo 369 (eliminazione dell'iscrizione)	53
2.1.6.3 Articolo 371 (estratti del casellario rilasciati a privati)	54
2.1.6.4 Codice penale nella versione del 19 marzo 2010	
Articolo 367 (trattamento dei dati e accesso)	55
2.2 Codice penale militare	56
2.2.1 Articolo 49a (espulsione dal territorio svizzero)	56
2.2.2 Articolo 49b (recidiva)	56
2.2.3 Articolo 49c (esecuzione)	56
2.3 Modifica di altre leggi federali	57
2.3.1 Legge sugli stranieri	57
2.3.1.1 Articolo 61	57
2.3.1.2 Articoli 62 e 63	57
2.3.1.3 Articoli 75, 76 e 78	57
2.3.2 Legge sull'asilo	58
2.3.2.1 Articolo 37 e articolo 109	58
2.3.2.2 Articolo 53 e articolo 64	58
2.3.3 Codice svizzero di procedura penale	58
2.3.3.1 Articolo 220 capoverso 2	58
2.3.3.2 Articolo 352 capoverso 2	58
2.3.4 Procedura penale militare	59
2.3.4.1 Articolo 56 lettera a	59

2.3.4.2 Articolo 119 capoverso 2 lettera e	59
2.3.5 Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo (DPA)	59
2.3.6 Legge federale del 13 giugno 2008 sui sistemi d'informazione di polizia della Confederazione (LSIP)	60
3 Ripercussioni	60
3.1 Previsioni	60
3.1.1 Situazione attuale	60
3.1.2 Previsioni per la variante 1	60
3.1.3 Previsioni per la variante 2	61
3.2 Possibili ripercussioni su Confederazione e Cantoni	62
3.2.1 In generale	62
3.2.2 Per la Confederazione	62
3.2.2.1 Variante 1	62
3.2.2.2 Variante 2	62
3.2.3 Per i Cantoni e i Comuni	63
3.2.3.1 Variante 1	63
3.2.3.2 Variante 2	63
3.3 Ripercussioni sull'economia nazionale	Fehler! Textmarke nicht definiert.
3.3.1 In rispetto dell'ALC	64
3.3.1.1 Variante 1	64
3.3.1.2 Variante 2	65
3.3.1.3 Per l'ALC	65
3.3.2 Ripercussioni di un'eventuale denuncia dell'ALC sull'economia nazionale	Fehler! Textmarke nicht definiert.
4 Rapporto con il programma di legislatura	66
5 Aspetti giuridici	66
5.1 Costituzionalità	66
5.1.1 Competenza legislativa	66
5.1.2 Conformità ai diritti fondamentali	66
5.1.2.1 Variante 1	66
5.1.2.2 Variante 2	67
5.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera	67
5.2.1 CEDU, Patto UNO II e Convenzione sui diritti del fanciullo	67
5.2.1.1 Variante 1	67
5.2.1.2 Variante 2	68
5.2.2 ALC e accordo AELS	68
5.2.2.1 Variante 1	68
5.2.2.2 Variante 2	69
Bibliografia	70
Documentazione	71

1 Punti essenziali del progetto

1.1 Situazione iniziale

1.1.1 Cronologia dell'Iniziativa espulsione

Il 19 giugno 2007 è stata presentata presso la Cancelleria federale, e da questa esaminata¹, la lista per la raccolta delle firme relativa all'iniziativa popolare «per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)». L'iniziativa è stata depositata il 15 febbraio 2008 corredata del necessario numero di firme. Con decisione del 7 marzo 2008, la Cancelleria federale ne ha constatato la riuscita formale con 210 919 firme valide². L'iniziativa prevedeva che gli stranieri condannati per determinati reati perdessero ogni diritto di soggiorno in Svizzera e che nei loro confronti fosse obbligatoriamente pronunciato un divieto d'entrata di durata compresa tra 5 e 15 anni.

Con messaggio del 24 giugno 2009 il Consiglio federale ha proposto alle Camere federali di sottoporre l'iniziativa popolare al voto del Popolo e dei Cantoni con la raccomandazione di respingerla. Nel contempo ha presentato al Parlamento un controprogetto indiretto³ che prevedeva modifiche della legge sugli stranieri (LStr)⁴ finalizzate in particolare a revocare sistematicamente, in caso di reati gravi, i permessi previsti dalla legislazione sugli stranieri, tenendo conto del principio costituzionale della proporzionalità e delle disposizioni del diritto internazionale⁵.

La Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio degli Stati (CIP-S) si è pronunciata a favore di un controprogetto diretto, appoggiato da entrambe le Camere federali⁶. Quest'ultimo prevedeva un catalogo molto esteso dei reati giustificanti l'espulsione, richiedeva tuttavia che le decisioni di espulsione, di allontanamento e di ritiro del diritto di soggiorno rispettassero i diritti e i principi fondamentali della Costituzione federale e del diritto internazionale, in particolare il principio della proporzionalità⁷. Il controprogetto è stato completato con un articolo costituzionale sull'integrazione. Il 18 giugno 2010 l'Assemblea federale ha dichiarato l'Iniziativa espulsione valida e ha deciso di sottoporla al voto del Popolo e dei Cantoni con un controprogetto diretto⁸.

In occasione della votazione del 28 novembre 2010, l'Iniziativa espulsione è stata accolta dal Popolo con 1 397 923 voti a favore contro 1 243 942 contrari e dai Cantoni con 17½ voti contro 5½. Il controprogetto diretto è stato invece rifiutato dal Popolo con 1 407 830 «no» contro 1 189 269 «sì» e da tutti i Cantoni⁹.

1 FF 2007 4569, Esame preliminare.

2 FF 2008 1649, Pubblicazione.

3 FF 2009 4427, Messaggio concernente l'iniziativa espulsione.

4 Legge federale del 16 dicembre 2005 sugli stranieri (LStr) (RS 142.20).

5 Cfr. FF 2009 4427, Messaggio concernente l'iniziativa espulsione, n. 5 («Grandi linee del controprogetto indiretto») e FF 2009 4457 (proposta di legge).

6 Per una sintesi della procedura parlamentare:

http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?gesch_id=20090060 (rubrica «Sintesi messaggio»/«rapporto e deliberazioni»).

7 FF 2010 3719, Decreto federale concernente il controprogetto all'iniziativa espulsione, art. 121a Cost..

8 FF 2010 4241, Decreto federale concernente l'iniziativa espulsione.

9 FF 2011 2529, Decreto del Consiglio federale che accerta l'esito della votazione popolare.

1.1.2 Le nuove disposizioni costituzionali

Con l'accettazione dell'iniziativa, all'articolo 121 Cost. che fa parte della sezione 9 «Dimora e domicilio degli stranieri» sono stati aggiunti i capoversi 3–6; la disposizione recita attualmente¹⁰:

Art. 121

¹ La legislazione sull'entrata, l'uscita, la dimora e il domicilio degli stranieri nonché sulla concessione dell'asilo compete alla Confederazione.

² Gli stranieri che compromettono la sicurezza del Paese possono essere espulsi.

³ A prescindere dallo statuto loro riconosciuto in base alla legislazione sugli stranieri, gli stranieri perdono il diritto di dimora in Svizzera e ogni diritto di soggiorno se:

- a. sono stati condannati con sentenza passata in giudicato per omicidio intenzionale, violenza carnale o un altro grave reato sessuale, per un reato violento quale ad esempio la rapina, per tratta di esseri umani, traffico di stupefacenti o effrazione; o
- b. hanno percepito abusivamente prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale.

⁴ Il legislatore definisce le fattispecie di cui al capoverso 3. Può aggiungervi altre fattispecie.

⁵ L'autorità competente espelle gli stranieri che perdono il diritto di dimora e ogni diritto di soggiorno secondo i capoversi 3 e 4 e pronuncia nei loro confronti un divieto d'entrata di durata compresa tra 5 e 15 anni. In caso di recidiva, la durata del divieto d'entrata è di 20 anni.

⁶ Chi trasgredisce il divieto d'entrata o entra in Svizzera in modo altrimenti illegale è punibile. Il legislatore emana le relative disposizioni.

Le disposizioni transitorie della Costituzione federale sono completate come segue¹¹:

Art. 197 n. 8

8. Disposizione transitoria dell'art. 121 (Dimora e domicilio degli stranieri)

Entro cinque anni dall'accettazione dell'articolo 121 capoversi 3–6 da parte del Popolo e dei Cantoni, il legislatore definisce e completa le fattispecie di cui all'articolo 121 capoverso 3 ed emana le disposizioni penali relative all'entrata illegale di cui all'articolo 121 capoverso 6.

1.1.3 Il gruppo di lavoro incaricato dal DFGP

Con decisione del 22 dicembre 2010 il capo del Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) ha nominato un gruppo di lavoro per l'attuazione delle nuove disposizioni costituzionali relative agli stranieri che commettono reati. Questo gruppo di lavoro, composto da esperti esterni e da collaboratori dell'Amministrazione federa-

¹⁰ RU 2011 1199

¹¹ RU 2011 1200

le¹², aveva segnatamente il compito di elaborare un rapporto contenente proposte di attuazione legislativa delle nuove disposizioni costituzionali e di evidenziare le ripercussioni giuridiche di tali proposte. Nel rapporto del 21 giugno 2011, all'attenzione del DFGP (rapporto del gruppo di lavoro), sono state presentate quattro varianti di attuazione delle nuove disposizioni costituzionali.

Una variante (variante1) è stata proposta dai rappresentanti del comitato d'iniziativa (in proposito cfr. sotto n. 1.5). La maggioranza del gruppo di lavoro ritiene che questa variante violi i principi fondamentali del diritto costituzionale e sia inoltre inconciliabile con la prassi comunemente in uso in Svizzera, secondo cui le disposizioni costituzionali devono essere interpretate conformemente al diritto internazionale.

Per le disposizioni attuative delle nuove disposizioni costituzionali la maggioranza del gruppo di lavoro propone tre varianti: due prevedono di inserirle nel Codice penale (varianti 2 e 3)¹³, una nel diritto degli stranieri (variante 4)¹⁴.

Oltre a contenere un catalogo dei reati, per quanto possibile limitato ai reati gravi, le tre varianti prevedono per l'espulsione dal territorio svizzero (o per la revoca dei permessi) una pena detentiva minima di 6 mesi o una pena pecuniaria minima di 180 aliquote giornaliere. Bisogna sottolineare che l'irrogazione dell'espulsione dal territorio svizzero ovvero la revoca obbligatoria dei permessi è espressamente esclusa se non sussiste una minaccia attuale, reale e sufficientemente grave dell'ordine pubblico ai sensi dell'Accordo del 21 giugno 1999¹⁵ sulla libera circolazione delle persone e dell'Accordo del 21 giugno 2001¹⁶ di emendamento della Convenzione istitutiva dell'Associazione europea di libero scambio¹⁷.

Un aspetto centrale nelle varianti proposte dalla maggioranza del gruppo di lavoro consiste nella possibilità di sospendere l'esecuzione di un'espulsione inflitta (risp. di ordinare un'ammissione provvisoria), in considerazione del divieto di respingimento secondo l'articolo 25 capoversi 2 e 3 Cost. o nei casi in cui l'espulsione non è possibile¹⁸ o non è ragionevolmente esigibile¹⁹. Se l'espulsione non è ragionevolmente esigibile per motivi personali particolarmente gravi, l'autorità esecutiva deve tener conto dei requisiti della Convenzione del 4 novembre 1950²⁰ per la salvaguardia dei

¹² Presidente: Prof. Heinrich Koller; rappresentanti del comitato d'iniziativa: Dr. Manuel Brandenburg e Gregor Rutz; rappresentante della Conferenza dei direttori cantonali di giustizia e di polizia (CDCGP): Roger Schneeberger; rappresentante della Conferenza delle direttrici e dei direttori cantonali delle opere sociali (CDOS): Margrith Hanselmann; rappresentante dell'Ufficio federale della migrazione (UFM): Albrecht Dieffenbacher; rappresentante per l'Ufficio federale di giustizia (UFG): Ridha Fraoua.

¹³ Variante 2: art. 73a segg. AP-CP; variante 3: art. 67c segg. AP-CP; Rapporto del gruppo di lavoro, pag. 123 segg.

¹⁴ Art. 62 segg. AP-LStr, Rapporto del gruppo di lavoro, pag. 129 segg.

¹⁵ Accordo del 21 giugno 1999 tra la Confederazione Svizzera, da una parte, e la Comunità europea ed i suoi Stati membri, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone (ALC, **RS 0.142.112.681**).

¹⁶ **RU 2003 2685; RS 0.632.31**

¹⁷ Art. 73c AP-CP (variante 2), art. 67d cpv. 1 AP-CP (variante 3), art. 63b AP-LStr (variante 4), rapporto del gruppo di lavoro, pag. 124 segg.

¹⁸ Impossibilità per motivi che la persona interessata non può influenzare (p. es. nel caso le autorità del Paese d'origine non emettano i documenti di viaggio).

¹⁹ Inesigibilità in seguito a guerra, guerra civile, o violenza generalizzata, una situazione di emergenza medica o motivi personali gravi.

²⁰ **RS 0.101**

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), del Patto internazionale del 16 dicembre 1966²¹ relativo ai diritti civili e politici (Patto ONU II) e della Convenzione del 20 novembre 1989²² sui diritti del fanciullo.

1.2 Principi per l'interpretazione di nuove disposizioni costituzionali

1.2.1 Criteri interpretativi

In linea di massima l'interpretazione della Costituzione parte dal testo della norma (interpretazione letterale), così come si fa per le norme di leggi o di ordinanze. Se il testo non è chiaro o consente diverse interpretazioni, bisogna cercarne il vero significato. Nel far ciò va tenuto conto di altri elementi, segnatamente della genesi della norma (interpretazione storica) e del suo scopo (interpretazione teleologica). Importante è anche il significato che la norma assume nel contesto normativo in cui è inserita (interpretazione sistematica). Nell'interpretare le leggi o la Costituzione nessuno dei criteri assume carattere prioritario o esclusivo; essi sono piuttosto considerati insieme. In alcuni casi va esaminato quale metodo (risp. combinazione di metodi) è più adatto a rendere correttamente il senso della norma costituzionale da interpretare (cosiddetto pluralismo di metodi)²³. La volontà dei promotori di una nuova norma costituzionale non è determinante, ma può nondimeno essere presa in considerazione, per esempio nell'ambito dell'interpretazione storica²⁴.

Una peculiarità dell'interpretazione della Costituzione consiste nell'ampiezza delle norme giuridiche. I mandati giuridici conferiti dalle norme che attribuiscono compiti allo Stato sono sovente piuttosto indefiniti; tali mandati indicano infatti solo il consenso preliminare trovato attorno alla necessità, al settore e allo scopo di un determinato compito dello Stato. Spesso queste norme vanno concretizzate piuttosto che interpretate.

Inoltre, fintanto che il costituente non stabilisce una chiara gerarchia delle disposizioni costituzionali vale il principio della loro equivalenza²⁵. Al riguardo, va tenuto conto di due limitazioni: nella misura in cui la Costituzione federale riporta espressamente disposizioni cogenti del diritto internazionale, queste prevalgono sulle «comuni» norme costituzionali²⁶. Il primato di una norma costituzionale può inoltre risultare dalla ponderazione di tutti gli elementi rilevanti nel singolo caso. I principi sviluppati per l'interpretazione dei testi di legge, secondo cui il diritto posteriore prevale su quello anteriore («lex posterior derogat legi priori») e il diritto specifico prevale su quello generale («lex specialis derogat legi generali»), non possono tuttavia essere schematicamente applicati all'interpretazione della Costituzione²⁷; ciò risulta infatti dal principio sopra menzionato dell'equivalenza di massima tra le norme costituzionali.

21 RS 0.103.2

22 RS 0.107

23 « Methodenpluralismus », HÄFELIN / HALLER / KELLER 2008, n. 130.

24 FF 2010 2015, La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, n. 8.7.1.2.

25 TSCHANNEN 2011, § 4 n. 13, § 9 n. 5; MÜLLER 2010 n. 7; cfr. anche DTF 105 Ia 330, consid. 3c.

26 TSCHANNEN 2011, § 4 n. 16.

27 TSCHANNEN 2011, § 4 n. 16.

L'attuazione delle nuove disposizioni costituzionali dipende sostanzialmente dal rilievo dato a due elementi interpretativi specifici delle norme costituzionali che vanno ad aggiungersi ai metodi interpretativi generali e sono menzionati in appresso:

- l'interpretazione «armonizzata»²⁸ (o l'allestimento di una concordanza pratica), secondo cui il legislatore deve tener presenti tutte le esigenze della Costituzione che presentano una connessione con la materia da regolamentare. Le disposizioni costituzionali devono essere interpretate in modo tale da evitare per quanto possibile eventuali conflitti all'interno del testo costituzionale;

- l'interpretazione conforme al diritto internazionale: le disposizioni cogenti del diritto internazionale prevalgono sulla Costituzione; le restanti norme del diritto internazionale vanno «rispettate» (art. 5 cpv. 4 Cost.). Da ciò nasce l'obbligo per tutti gli organi statali di legiferare o applicare il diritto interpretando le norme costituzionali (per quanto possibile e necessario) conformemente al diritto internazionale.

1.2.2 Proporzionalità

Il principio della proporzionalità assume un'importanza particolare nell'interpretazione delle norme costituzionali. Esso è espressamente sancito come fondamento dello Stato di diritto nell'articolo 5 capoverso 2 della Costituzione federale, mentre l'articolo 36 capoverso 3 lo considera uno dei presupposti per operare «restrizioni dei diritti fondamentali». Il principio della proporzionalità delle misure statali è un concetto che informa tutto l'ordinamento costituzionale e legislativo. Nel diritto penale il principio va in particolare salvaguardato allorchando viene pronunciata una misura e trova espressione nel principio di colpevolezza quando il giudice irroga una pena.

In accordo con la dottrina, il Tribunale federale riconosce nel principio della proporzionalità un principio fondante dello Stato di diritto determinante in tutti i settori del diritto pubblico e che di conseguenza governa la totalità del diritto amministrativo e vale sia nell'applicazione del diritto sia nell'attività legislativa²⁹. Dottrina e prassi sono d'accordo anche sulla funzione del principio della proporzionalità, che consiste nel tutelare i cittadini da ingerenze eccessive dello Stato³⁰. Poiché si tratta di un principio guida dell'intero agire statale, il principio della proporzionalità si applica anche all'interpretazione della Costituzione (nell'ambito dell'interpretazione armonizzata e dell'interpretazione conforme al diritto internazionale).

1.2.3 Relazione tra diritto internazionale e iniziative popolari³¹

Secondo l'articolo 195 Cost. un'iniziativa popolare entra in vigore con l'accettazione del Popolo e dei Cantoni. Da tale momento essa acquisisce validità come diritto

²⁸ RHINOW / SCHEFER 2009, n. 524, 529; HANGARTNER 2011, pag. 473.

²⁹ DTF **96** I 234 E. 5.

³⁰ DTF **102** Ia 234 consid. 5c. Cfr. anche Messaggio del 20.11.1996 concernente la revisione della Costituzione federale, FF **1997** I 125.

³¹ FF **2010** 2015, La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, n. 9.6.

costituzionale e le autorità devono metterla in atto rispettandone lo spirito. Le iniziative popolari che violano le disposizioni cogenti del diritto internazionale sono nulle e quindi non sono sottoposte al voto popolare. Quelle che violano altre disposizioni del diritto internazionale sono valide e, in caso di approvazione da parte del Popolo e dei Cantoni vanno poste in essere (art. 139 cpv. 3, 193 cpv. 4 e 194 cpv. 2 Cost.).

D'altra parte le norme costituzionali contrarie al diritto internazionale dovrebbero costituire un'eccezione limitata nel tempo; lo esigono la Costituzione stessa (art. 5 cpv. 4), gli interessi di politica estera della Svizzera e l'importanza del diritto internazionale per la coesistenza pacifica degli Stati. Ciò significa che se viene approvata un'iniziativa popolare contraria al diritto internazionale, è necessario rinegoziare o, se ciò non è possibile, denunciare i trattati internazionali in questione. Sorgono tuttavia problemi se i trattati sono indenunciabili o se, per motivi politici o economici, la Svizzera non intende rinunciare a impegni presi. In questo caso potrebbe esservi una violazione del diritto internazionale. Se il trattato in questione dispone di un meccanismo di controllo, la Svizzera rischia una condanna da parte di un organo internazionale. Nel caso della CEDU, una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che accerta una violazione della CEDU deve essere messa in atto e l'esecuzione della decisione da parte dello Stato interessato è sorvegliata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Secondo la prassi costante del Comitato dei ministri, i provvedimenti da prendere in casi di questo genere non devono limitarsi a risolvere il caso in questione. Lo Stato interessato deve adottare anche le misure necessarie per evitare in futuro violazioni analoghe della CEDU.

In caso di approvazione di un'iniziativa contraria al diritto internazionale non cogente le autorità devono sforzarsi di attuarla conformemente al diritto internazionale. Ma non è sempre facile decidere quando un'attuazione conforme non è più giustificabile e occorre rinegoziare il trattato, denunciarlo o accettare di violare gli obblighi internazionali contrattati dalla Svizzera. Scegliere l'opzione dell'attuazione conforme al diritto internazionale generalmente non permette alle autorità di realizzare tutti gli obiettivi dell'iniziativa, con il rischio di deludere le aspettative dei cittadini che hanno votato a favore dell'iniziativa.

1.3 Elementi dell'articolo 121 capoverso 3–6 Cost.

1.3.1 Condizioni

Le condizioni che determinano le conseguenze giuridiche previste nel testo costituzionale sono:

- le condanne per determinati reati penali passate in giudicato (cpv. 3 lett. a);
- l'abuso delle prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale (cpv. 3 lett. b).

Reati giustificanti le espulsioni:

I reati penali elencati nell'articolo 121 capoverso 3 lettera a Cost. possono essere raggruppati come segue³²:

³² Cfr. rapporto del gruppo di lavoro, pag. 30.

- reati con un corrispettivo diretto nel CP:
 - omicidi intenzionali (art. 111 segg. CP);
 - violenza carnale (art. 190 CP);
 - rapina (art. 140 CP); e
 - tratta di esseri umani (art. 182 CP).
- reati legati a (più) disposizioni penali vigenti:
 - traffico di stupefacenti: cfr. articoli 19 e seguenti della legge sugli stupefacenti (LStup);
 - effrazione: cfr. in particolare gli articoli 139 (furto), 144 (danneggiamento) e 186 (violazione di domicilio) CP.
- reati relativamente indefiniti:
 - altri gravi reati sessuali; e
 - altri reati violenti.

Il gruppo di reati con una diretta corrispondenza nel CP deve essere trasposto nella legge e precisato. Gli omicidi intenzionali dovrebbero segnatamente includere le fattispecie di omicidio intenzionale, assassinio e omicidio passionale (cfr. art. 111–113 CP).

Anche il gruppo dei reati legati a (più) disposizioni penali vigenti deve essere precisato: il traffico di stupefacenti potrebbe essere concretizzato in quanto motivo di espulsione facendo ricorso alle attuali norme penali della LStup. Per definire l'effrazione ci si potrebbe invece servire delle norme attuali del CP.

Inoltre, il legislatore deve concretizzare il gruppo dei reati relativamente indefiniti.

Per quanto concerne i reati contro l'integrità sessuale, la legge deve prevedere come motivi di espulsione soltanto i reati di gravità comparabile alla violenza carnale (art. 121 cpv. 3 lett. a Cost.). Gli altri gravi reati sessuali vanno definiti prendendo come punto di partenza il titolo quinto del libro secondo del CP (art. 187–200).

Il termine «reato violento» è di difficile definizione e non si lascia specificare ricorrendo alle fattispecie penali del CP, poiché quest'ultimo non contiene la nozione di «reati violenti». L'indicazione a titolo comparativo della rapina nel testo della Costituzione lascia intendere che i reati violenti sono innanzitutto reati contro la vita o l'integrità fisica, comparabili alla rapina (art. 140 CP) sia sul piano dell'illecito sia su quello della gravità.

Abuso delle prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale:

Il testo costituzionale non indica se è necessaria una condanna passata in giudicato per pronunciare l'espulsione per percezione abusiva di prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale. Spetta pertanto al legislatore decidere se irrogare una sanzione di diritto amministrativo o una sanzione di diritto penale per siffatti abusi. Non si può tuttavia desumere da quanto precede che l'espulsione può essere pronunciata sulla sola base della constatazione dell'autorità secondo cui una prestazione è stata ottenuta in modo abusivo, senza decisione definitiva in tal merito. L'eventuale intento di escludere la tutela giurisdizionale avrebbe dovuto essere esplicitamente menzionato nel testo dell'iniziativa.

1.3.2 Consequenze giuridiche

Le conseguenze giuridiche della realizzazione della fattispecie sono:

- la perdita del diritto di soggiorno in Svizzera («diritto di dimora» nel cpv. 3 frase introduttiva);
- la perdita di ogni diritto di rimanere e di rientrare in Svizzera («ogni diritto di soggiorno» nel cpv. 3 frase introduttiva);
- l'espulsione dalla Svizzera (cpv. 5);
- un divieto d'entrata da 5–15 anni, in caso di recidiva di 20 anni (cpv. 5);
- la punibilità in caso di violazione del divieto d'entrata e altra entrata illegale in Svizzera (cpv. 6).

«Diritto di soggiorno»:

Il «diritto di soggiorno» è il diritto concesso agli stranieri, secondo gli articoli 32 e seguenti LStr, di soggiornare in Svizzera. La «perdita del diritto di soggiorno» implica anche la perdita dei seguenti titoli di soggiorno:

- permesso di dimora (permesso B; art. 33 LStr);
- permesso di domicilio (permesso C; art. 34 LStr);
- permesso di soggiorno di breve durata (permesso L; art. 32 LStr);
- permesso per frontalieri (permesso G; art. 35 LStr);
- statuto di persona ammessa provvisoriamente (permesso F; art. 41 cpv. 2 e art. 83 segg. LStr);
- richiedenti l'asilo (permesso N; art. 42 seg. LA³³).

I permessi F e N non sono permessi del diritto in materia di stranieri, ma attestano semplicemente il diritto di presenza sul territorio svizzero³⁴.

Il testo dell'iniziativa stabilisce che gli stranieri perdono «tutti i diritti di soggiorno in Svizzera» se sono date determinate condizioni. Ciò comprende anche le situazioni in cui, anche se uno straniero adempie le condizioni stabilite dalla legge o da un trattato internazionale per la concessione del diritto di soggiorno, per la sua proroga o per la sua trasformazione in uno status più sicuro, la relativa decisione non è ancora stata presa. Si pensi per esempio al caso in cui, benché uno straniero adempia le condizioni dell'articolo 42 capoverso 2 LStr (diritto al rilascio e alla proroga del permesso di dimora per familiari di cittadini svizzeri), non è ancora stata presa una decisione sul suo diritto di dimora. Se fosse definitivamente condannato per esempio per un omicidio intenzionale, lo straniero perderebbe il diritto di dimora secondo l'articolo 42 capoverso 2 LStr.

«Espulsione»:

³³ Legge sull'asilo del 26.6.1998 (RS **142.31**).

³⁴ SPESCHA / KERLAND / BOLZLI 2010, pag. 117, 310.

Gli articoli 25 capoverso 1 e 121 capoverso 2 Cost. si fondano sul concetto di «espulsione», che comporta per l'interessato (sotto comminatoria dell'esecuzione coatta) l'obbligo di lasciare il territorio dello Stato. L'espulsione è di regola combinata con il divieto di fare ritorno in Svizzera³⁵.

La legge federale del 26 marzo 1931 concernente la dimora e il domicilio degli stranieri (LDDS), in vigore fino al 31 dicembre 2007, prevedeva esplicitamente, oltre alla revoca dei permessi, l'espulsione degli stranieri (art. 10 LDDS). Questo provvedimento di espulsione interessava gli stranieri domiciliati in Svizzera. Nell'ottica di una semplificazione sistematica, la LStr ha sostituito questa espulsione con la revoca del permesso di domicilio secondo l'articolo 63 LStr. Nella legge il termine «espulsione» è oggi usato soltanto per le espulsioni che hanno lo scopo di salvaguardare la sicurezza interna o esterna della Svizzera (cfr. art. 68 LStr).

Nella legge sugli stranieri, un'«espulsione» dovuta all'assenza del diritto di soggiorno è coerentemente indicata con il termine «allontanamento» (cfr. art. 64 cpv. 1 LStr). Nella terminologia costituzionale l'allontanamento ai sensi della legge è considerato una forma di espulsione. Se l'espulso non si attiene volontariamente all'obbligo di uscire dal Paese, segue l'esecuzione forzata, ovvero il rinvio coatto³⁶. Il rinvio coatto (ovvero «respingimento», «refoulement») è quindi l'esecuzione forzata di un'espulsione. Nella legge il rinvio coatto è regolato dagli articoli 69 segg. LStr.

Partendo da questi concetti, il fatto che uno straniero debba lasciare la Svizzera interessa tre livelli:

- la perdita del diritto di soggiorno (concesso sotto forma di permesso);
- l'obbligo materiale di lasciare il Paese (espulsione); e
- l'esecuzione dell'espulsione (rinvio coatto).

«Divieto d'entrata»:

Il diritto vigente prevede nell'articolo 67 LStr la possibilità di disporre un divieto d'entrata se sono soddisfatte determinate condizioni. Inoltre, l'articolo 68 capoverso 3 LStr combina con un divieto d'entrata l'espulsione a salvaguardia della sicurezza interna o esterna. Il divieto d'entrata non ha carattere penale, è considerato invece un provvedimento di diritto amministrativo con lo scopo di tener lontano dalla Svizzera lo straniero indesiderato, a cui è vietato l'ingresso legale in Svizzera. Fondandosi sull'articolo 67 capoversi 1 e 2 LStr, l'Ufficio federale della migrazione dispone divieti d'entrata della durata di cinque anni al massimo; se l'interessato costituisce un grave pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblici, il divieto d'entrata può essere pronunciato anche per «una durata più lunga» (art. 67 cpv. 3 LStr). L'Ufficio federale di polizia (fedpol) può, allo scopo di salvaguardare la sicurezza interna o esterna della Svizzera, pronunciare un divieto d'entrata di durata superiore a cinque anni e, in casi particolari, di durata indeterminata (cfr. art. 67 cpv. 4 e art. 68 cpv. 3 LStr).

La conseguenza giuridica prevista nell'articolo 121 capoverso 5 Cost. è un «divieto d'entrata» di 5–15 anni, da portare a 20 in caso di recidiva. Al fine di concretizzare il principio della proporzionalità, il legislatore avrebbe la possibilità di definire i criteri

³⁵ Cfr. FF 1997 I 131, revisione della Costituzione federale, pag. 159; REICH 2008, pag. 513.

³⁶ RHINOW / SCHEFER 2009, n. 1766; REICH 2008, pag. 513.

per stabilire la durata di 5–15 anni nei singoli casi. La legge attuativa può però lasciare definire la durata concreta del divieto d'entrata anche all'autorità competente per l'applicazione del diritto, che procederà facendo debito uso dei suoi poteri di apprezzamento.

1.3.3 Mandato legislativo

Entro cinque anni dall'accettazione dell'articolo costituzionale, il legislatore emana le norme attuative necessarie per concretizzarlo e integrarlo (cfr. art. 197 n. 8 Cost.). Questo mandato comprende i seguenti compiti:

- la precisazione delle fattispecie secondo il capoverso 3 (cpv. 4 primo periodo). La legge deve in particolare indicare quali forme di traffico di stupefacenti ed effrazione, quale «altro grave reato sessuale» oltre alla violenza carnale e quale altro «reato violento» oltre alla rapina comportano le conseguenze giuridiche previste nella Costituzione. Vanno inoltre definiti i casi di percezione abusiva di prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale ai sensi del capoverso 3 lettera b;
- l'integrazione della fattispecie di cui al capoverso 3, a discrezione del legislatore (cpv. 4 secondo periodo);
- l'emanazione delle disposizioni penali sulla violazione del divieto d'entrata e sugli altri casi di entrata illegale in Svizzera (cpv. 6 secondo periodo).

1.4 Variante 1

1.4.1 Introduzione

La variante 1 si basa sull'interpretazione delle nuove disposizioni costituzionali propugnata dalla maggioranza dei membri del gruppo di lavoro e riprende elementi essenziali delle varianti normative da questa proposte. In ultima analisi attribuisce però maggiore importanza al primato del diritto costituzionale più recente, giungendo così a soluzioni autonome.

1.4.2 Rapporto con il diritto costituzionale e il diritto internazionale

Nel messaggio concernente l'Iniziativa espulsione il Consiglio federale ha affermato che, in caso di approvazione dell'iniziativa, sarebbero insorti notevoli conflitti con le garanzie dello Stato di diritto previste dalla Costituzione federale e non avrebbero potuto essere rispettate «importanti disposizioni non cogenti del diritto internazionale pubblico, ad esempio della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone con l'UE (ALC)». Questa posizione è stata motivata dettagliatamente nel messaggio e avvallata con un'analisi sotto il profilo della CEDU, del Patto ONU II, della Convenzione sui diritti del fanciullo e dell'ALC³⁷. Il Consiglio federale parte

³⁷ FF 2009 4427, Messaggio concernente l'Iniziativa espulsione, 4436 segg.

dal presupposto dell'uguaglianza delle disposizioni costituzionali e non dal primato del diritto più recente.

L'avamprogetto di attuazione delle nuove disposizioni costituzionali secondo la variante 1 si basa sulle linee guida riportate di seguito.

Le nuove disposizioni della Costituzione non sono redatte in modo chiaro; di conseguenza non ci si può basare esclusivamente sul tenore dell'articolo 121 capoverso 3 Cost. In effetti la portata delle nuove norme era controversa già prima della votazione popolare. Inoltre le disposizioni risultano relativizzate dal fatto che l'articolo 121 capoverso 4 Cost. (insieme all'art. 197 n. 8 delle disposizioni transitorie) incarica il legislatore di definire in modo più dettagliato le fattispecie citate nell'articolo 121 capoverso 3 Cost.

La variante 1 tiene conto della genesi e dello scopo delle nuove disposizioni, e propone una normativa sull'espulsione degli stranieri che commettono reati decisamente più rigida rispetto all'attuale regime di espulsione e allontanamento. La normativa proposta limita il richiesto «automatismo dell'espulsione», ma in compenso tiene conto, in una certa misura, dei diritti fondamentali previsti nella Costituzione e delle garanzie dei diritti umani contemplate dal diritto internazionale³⁸.

L'articolo 5 capoverso 2 Cost. stabilisce che l'attività dello Stato deve essere proporzionata allo scopo. La variante 1 parte dal presupposto che, nelle nuove disposizioni costituzionali, il principio della proporzionalità sia già in ampia misura concretizzato e ponderato (soprattutto per quanto riguarda l'adeguatezza e la necessità). Ciò che manca è l'aspetto della proporzionalità in senso stretto (rapporto scopo/mezzi), ossia il rapporto tra il fine concreto dell'ingerenza nei diritti del singolo (pubblico beneficio) e il suo effetto concreto (ripercussioni sul singolo)³⁹. L'articolo 121 capoversi 3–6 Cost. non esclude espressamente questo aspetto e l'interpretazione armonizzata impone di tenerne conto nella legislazione e nell'applicazione del diritto.

Laddove il diritto internazionale cogente (divieto di respingimento o principio del «non-refoulement») o la mera impossibilità pratica (p. es. a causa della mancanza di documenti) lo impongono, è in linea con la Costituzione sospendere temporaneamente l'esecuzione dell'allontanamento.

Il conflitto tra le norme del nuovo diritto costituzionale e quelle del diritto internazionale non cogente va risolto mediante l'applicazione per analogia della «giurisprudenza Schubert» ovvero della «giurisprudenza PKK» sviluppata dal Tribunale federale⁴⁰, secondo cui le garanzie internazionali dei diritti umani hanno in ogni caso la precedenza sulla legge federale. Inoltre (per il Tribunale federale) è determinante il fatto che, nell'emanare la legge, l'Assemblea federale abbia preso in consi-

³⁸ Cfr. a tale proposito HANGARTNER 2011, pag. 473 segg., che esige dai promotori una riserva espressa nel testo dell'iniziativa ovvero della Costituzione in caso di deroghe serie a un principio costituzionale e a pertinenti obblighi di diritto internazionale (come p. es. il principio della proporzionalità e l'esame del singolo caso).

³⁹ Una misura non è proporzionale in senso stretto quando l'ingerenza nella posizione giuridica dell'interessato costituisce un onere inammissibile rispetto all'importanza dell'interesse pubblico perseguito. Cfr. TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER 2009, § 21 n. 16.

⁴⁰ Cfr. FF 2011 3299, Rapporto complementare del Consiglio federale al rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale, n. 5.2 e 5.3.

derazione la possibile violazione di altre regole non cogenti del diritto internazionale⁴¹.

Applicato alla presente situazione ciò significa che la legislazione che pone in essere le norme costituzionali deve rispettare le garanzie dei diritti umani previste dal diritto internazionale. Essa deve quindi essere strutturata in modo tale che le autorità competenti esaminino le circostanze del singolo caso, ovvero verifichino la proporzionalità in tutti i casi di espulsione che rientrano nell'ambito tutelato dall'articolo 8 CEDU o dall'articolo 17 Patto ONU II.

Inoltre prevale il diritto costituzionale più recente. Questo primato ha valore soprattutto in relazione all'ALC e alla Convenzione AELS, che impongono essenzialmente una verifica della proporzionalità come quella richiesta per l'articolo 8 CEDU. Tuttavia, in aggiunta, questi trattati internazionali presuppongono che nel singolo caso – sia nel momento della sentenza di condanna sia nel momento dell'esecuzione – sussista un pericolo imminente e sufficientemente grave per l'ordine, la sicurezza e la salute pubblici. Questo requisito non può essere rispettato senza violare le nuove disposizioni costituzionali, che costituiscono un inasprimento delle norme attuali.

1.4.3 Contesto normativo

La Costituzione non dà indicazioni chiare sul contesto normativo, cui sono legate, tra l'altro, questioni di procedura e di tutela giurisdizionale, ad esempio per quanto riguarda la competenza di ordinare ed eseguire l'espulsione o le autorità di ricorso competenti.

L'inserimento delle norme dell'Iniziativa espulsione nell'articolo 123 Cost. dedicato al «Diritto penale» avrebbe rappresentato un importante argomento sistematico a favore dell'inserimento nel CP delle norme attuative dell'iniziativa. Le nuove disposizioni costituzionali figurano però nella Sezione 9 «Dimora e domicilio degli stranieri» e sono state aggiunte nell'articolo 121 Cost. dopo i capoversi 1 e 2 già in vigore. L'articolo 121 capoverso 1 Cost. attribuisce alla Confederazione una competenza generale di legiferare in materia di stranieri e asilo. Questa norma permette, in linea di massima, di disciplinare tutte le questioni che si pongono in relazione all'istituzione degli statuti di soggiorno degli stranieri, di regolare l'insieme dei problemi relativi alla modifica e alla revoca di tali statuti, nonché di regolamentare esaustivamente la posizione degli stranieri. La sua attuazione è oggi garantita in primo luogo dalla LStr. Le prescrizioni riguardanti la decadenza e la revoca dei permessi, nonché le misure di allontanamento e di respingimento sono ancorate nell'articolo 60 e seguenti LStr. Secondo l'articolo 121 capoverso 2 Cost., gli stranieri che compromettono la sicurezza del Paese possono essere espulsi (cosiddetta «espulsione per motivi politici»). In casi molto importanti dal punto di vista politico il Consiglio federale può ordinare direttamente l'espulsione in base all'articolo 121 capoverso 2 Cost. Di norma, però, l'espulsione per motivi politici è di competenza dell'Ufficio federale di polizia (fedpol) (art. 68 cpv. 1 LStr). In entrambi i casi si tratta di una misura di diritto amministrativo, indipendentemente dal fatto che l'autorità competente sia il Consiglio federale o fedpol.

⁴¹ Cfr. a tale proposito il rapporto del gruppo di lavoro, pag. 113.

I capoversi 3–6 introdotti nell’articolo 121 Cost. in seguito all’approvazione dell’Iniziativa espulsione possono essere interpretati in relazione sistematica con i due capoversi che li precedono e, di conseguenza, possono essere attuati nella LStr, dando alla nuova espulsione una veste formale di diritto amministrativo.

A favore di un’attuazione nel diritto degli stranieri vi sono anche motivi pratici, poiché ciò permetterebbe di inserire le nuove disposizioni in un sistema ben articolato e funzionante. Ad esempio, l’articolo 73 e seguenti LStr contiene un elenco di misure coercitive concepite in relazione con le fattispecie dell’allontanamento (di diritto amministrativo). Si tratta in particolare della possibilità di ordinare la carcerazione preliminare, la carcerazione in vista del rinvio coatto e la carcerazione cautelativa. Se fossero attuate nel contesto della LStr, le nuove disposizioni costituzionali potrebbero essere poste direttamente in relazione con questi strumenti esecutivi del diritto vigente. In fin dei conti la LStr conterrà anche in futuro fattispecie di allontanamento, la cui applicazione spetta alle autorità competenti in materia di migrazione, come, ad esempio, l’espulsione per motivi politici, l’allontanamento a causa di dipendenza dall’aiuto sociale o l’espulsione di adolescenti autori di reati.

A favore dell’inserimento nel CP va fatto rilevare che un’espulsione pronunciata dal giudice penale può avere un maggior effetto deterrente su potenziali autori stranieri di reati (prevenzione generale e speciale). Inserendo le norme di attuazione nel CP si sottolinea inoltre che l’espulsione è la conseguenza diretta di una condotta illecita. Per un’attuazione nel CP si possono poi indicare motivi di economia processuale: se la sentenza di condanna per violazione di una norma penale e la decisione di espulsione sono prese nell’ambito dello stesso procedimento (penale), il fascicolo rimane nelle mani di un’unica autorità. Tuttavia, nel contesto di un’interpretazione delle nuove disposizioni della Costituzione conforme al diritto internazionale, il giudice penale non può esimersi dal giudicare la conformità dell’espulsione alla CEDU. A tal fine dovrà eventualmente chiedere un parere alle autorità competenti in materia di stranieri (rapporto dell’ufficio). Inoltre possono esservi dei vantaggi nel fatto che il giudice penale competente per giudicare lo straniero autore del reato tenga presente che la sua decisione può avere per conseguenza l’espulsione del condannato. Se a ordinare l’espulsione – basandosi su una sentenza penale passata in giudicato – è un’autorità competente in materia di stranieri, il collegamento tra la sentenza che pronuncia e l’espulsione può non essere così evidente per il giudice penale. Infine va tenuto conto del messaggio concernente la modifica del diritto sanzionatorio che il Consiglio federale ha adottato il 4 aprile 2012, in cui, tra l’altro, viene proposto di introdurre nel CP una nuova espulsione facoltativa⁴². Anche per motivi di coerenza va quindi preferita la soluzione che prevede l’attuazione nel CP delle nuove disposizioni costituzionali concernenti gli stranieri che commettono reati.

Come la maggioranza del gruppo di lavoro, anche il Consiglio federale preferisce attuare le citate disposizioni costituzionali nel CP e propone di concretizzare la nuova forma di espulsione inserendola tra le misure penali.

⁴² Messaggio del 4 aprile 2012 concernente la modifica del Codice penale svizzero e del Codice penale militare (modifica del diritto sanzionatorio); il documento può essere consultato all’indirizzo:
http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html

1.4.4 Proposte di regolamentazione nel Codice penale

1.4.4.1 Espulsione dal territorio svizzero

Per attuare le nuove disposizioni della Costituzione si propone di introdurre l'espulsione dal territorio svizzero nel CP (e nel CPM⁴³), collocandola tra le cosiddette «altre misure». L'espulsione implica la perdita del diritto di soggiorno e di ogni diritto di rimanere e di rientrare in Svizzera (cfr. art. 121 cpv. 3 frase introduttiva Cost.), l'obbligo di lasciare il Paese (espulsione in senso stretto), nonché un divieto d'entrata di durata compresa tra 5 e 15 anni, che in caso di recidiva raggiunge i 20 anni (art. 121 cpv. 5 Cost.).

1.4.4.2 Catalogo dei reati

Nel catalogo dei reati che comportano l'espulsione (art. 66a cpv. 1 AP-CP) figurano innanzitutto i reati e i gruppi di reati di cui all'articolo 121 capoverso 3 lettera a Cost. Per motivi di coerenza e con molta moderazione sono poi indicati ulteriori reati in base all'articolo 121 capoverso 4 Cost. Oltre ai reati espressamente menzionati nella Costituzione, sono inseriti nel catalogo solamente crimini gravi contro determinati beni giuridici⁴⁴. Come metro della gravità sono state impiegate le fattispecie della violenza carnale e della rapina, espressamente menzionate nelle nuove disposizioni della Costituzione.

- Nel catalogo dei reati sono ripresi come omicidi intenzionali solo le fattispecie di omicidio che costituiscono dei crimini: l'omicidio intenzionale (art. 111 CP), l'assassinio (art. 112 CP) e l'omicidio passionale (art. 113 CP).
- Oltre alla violenza carnale espressamente menzionata nella Costituzione (art. 190 CP), sono previsti i seguenti «altri gravi reati sessuali»: la coazione sessuale (art. 189 CP), gli atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191 CP) e il promovimento della prostituzione (art. 195 CP), per la cui fattispecie di base è comminata una pena detentiva minima di un anno e massima di 10 anni.
- Figurano nel catalogo come reati violenti, oltre alla rapina espressamente citata nella Costituzione (art. 140 CP), i crimini gravi contro la vita e l'integrità della persona, i crimini contro la libertà personale e i crimini di comune pericolo puniti con una pena detentiva minima di un anno e massima di dieci anni o più.
- In base all'articolo 121 capoverso 4 Cost., nel catalogo dei reati sono inseriti i reati gravi contro il patrimonio. Reati come l'appropriazione indebita qualificata (art. 138 n. 2 CP), il furto per mestiere o come associato a una banda (art. 139 n. 2 e 3 CP), le forme qualificate di estorsione (art. 156 n. 2-4 CP) o la ricettazione per mestiere (art. 160 n. 2 CP) sono commessi anche da stranieri e possono giustificare un'espulsione obbligatoria esattamente come la rapina, la violenza carnale o la

⁴³ RS 321.0; cfr. n. 1.4.5.

⁴⁴ In tal modo si tiene conto anche della richiesta del comitato d'iniziativa, che nella documentazione per la votazione del 28 novembre 2010, pag. 13, sottolinea più volte che l'iniziativa ha come scopo l'espulsione sistematica degli stranieri che commettono «gravi reati».

truffa in ambito sociale. I reati patrimoniali gravi possono inoltre costituire anche reati economici gravi.

- La percezione abusiva di prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale secondo l'articolo 121 capoverso 3 lettera b Cost. è coperta dalla truffa secondo l'articolo 146 CP e da una nuova fattispecie penale (cfr. art. 148a AP-CP).
- Il traffico di stupefacenti si concretizza nelle violazioni qualificate della legge sugli stupefacenti (art. 19 cpv. 2 LStup).
- L'effrazione è definita come combinazione della violazione di domicilio (art. 186 CP) e del furto (art. 139 CP).

In linea di massima vengono prese in considerazione tutte le forme di reità e partecipazione al reato (autore principale e correati, nonché istigazione e complicità) e non soltanto i reati compiuti, ma anche i tentativi.

1.4.4.3 Concretizzazione della nozione di «condanna»

L'articolo 121 capoverso 3 lettera a Cost. presuppone che lo straniero autore di un reato sia stato «condannato con sentenza passata in giudicato» per uno dei reati indicati. Il concetto di «condanna» inteso come contrario di «assoluzione» è indipendente dalla pronuncia di una sanzione. Una «condanna» presuppone che una fattispecie sia stata realizzata in modo illecito e colpevole. In questo caso, il diritto penale riconosce l'autore «colpevole» (di aver commesso un determinato reato) e di regola lo «condanna» a una determinata pena o con essa lo «punisce». Anche nel linguaggio comune il concetto di «condanna» è solitamente collegato all'inflizione di una pena.

Se è incapace, l'autore del reato viene assolto (art. 19 cpv. 1 CP), ma può essergli inflitta una misura. Non occorre decidere se un'interpretazione molto ampia del concetto di «condanna» impiegato nella disposizione costituzionale potrebbe permettere di espellere anche autori incapaci (e dunque assolti), a cui è stata inflitta una misura in considerazione del pericolo che rappresentano per la sicurezza pubblica. Non essendo possibile verificarne la necessità e l'adeguatezza, l'espulsione obbligatoria degli autori di reati che non possono essere chiamati a rispondere penalmente delle loro azioni sarebbe una misura eccessiva. Per questi stranieri appaiono più appropriate le misure di respingimento secondo la LStr (p. es. un divieto d'entrata), nel cui contesto ci si può basare sulla pericolosità concreta del soggetto.

Per i motivi summenzionati, un'espulsione obbligatoria può essere irrogata soltanto se l'autore del reato è stato condannato a una pena. Quindi nemmeno per i reati contenuti nel catalogo va obbligatoriamente ordinata l'espulsione se, nonostante la condanna, il giudice rinuncia a infliggere una pena (art. 23, 52–54 CP).

1.4.4.4 Pena minima

Nel diritto penale svizzero i reati sono suddivisi in crimini, delitti e contravvenzioni a seconda della loro gravità. Questa suddivisione è effettuata tenendo conto delle pene comminate in astratto per le singole fattispecie. La comminatoria astratta costituisce l'elemento a disposizione del legislatore per «classificare la gravità» e la

fondamentale illiceità di un atto. Il giudice concretizza poi nel singolo caso questa ponderazione di base. Il diritto penale svizzero è basato sulla colpa. Vale a dire che la pena irrogata nel caso concreto è determinata secondo la gravità della lesione o dell'esposizione a pericolo del bene giuridico offeso, secondo la repressibilità dell'atto, secondo i moventi e gli obiettivi perseguiti dall'autore, nonché, tenuto conto delle circostanze interne ed esterne, secondo le possibilità che l'autore aveva di adottare un comportamento conforme ai dettami del diritto (cfr. art. 47 CP). La gravità di un reato si evince quindi, da un lato, dalla pena comminata⁴⁵ per l'atto in questione e, dall'altro, dalla pena irrogata⁴⁶ nel singolo caso in considerazione della colpa. Pertanto, se le nuove disposizioni della Costituzione mirano all'espulsione degli stranieri che hanno commesso reati gravi⁴⁷, ciò non può avvenire senza tener conto delle pene inflitte nei casi concreti.

L'espulsione obbligatoria rappresenta inoltre una misura incisiva, motivo per cui, nel caso venga ordinata, assumono notevole importanza i principi su cui si fonda l'attività dello Stato, come quello della proporzionalità (art. 5 cpv. 2 Cost.). Nella sistematica del CP l'espulsione è collocata tra le misure e ciò attribuisce particolare rilevanza al principio della proporzionalità: nel diritto in materia di misure penali vige il principio secondo cui l'ingerenza nei diritti della personalità dell'autore non deve essere sproporzionata rispetto alla probabilità e alla gravità di nuovi reati (cfr. art. 56 segg., in particolare art. 56 cpv. 2 CP)⁴⁸. Nella maggior parte dei casi l'espulsione costituirà una misura adeguata per raggiungere lo scopo prefissato, ossia impedire che uno straniero compia ulteriori reati in Svizzera. È invece fonte di qualche problema stabilire se l'espulsione è una misura necessaria: in determinati casi l'interesse pubblico può essere garantito anche da una misura meno incisiva (p. es. un trattamento ambulatoriale o l'interdizione dell'esercizio di una professione). L'espulsione non è in particolare necessaria se le previsioni circa il futuro comportamento dell'autore sono favorevoli. Il giudice può tenere conto di questo aspetto solo fino a un certo punto – nell'ambito della determinazione della durata dell'espulsione – e ciò risulta insufficiente. Infine, nel caso di reati lievi (in base alla comminatoria astratta e/o alla pena pronunciata nel singolo caso), l'espulsione non è una misura proporzionata in senso stretto. Fissare una soglia minima della pena (per una colpa minima) superata la quale va ordinata l'espulsione permette di salvaguardare in una certa misura il principio della proporzionalità in senso stretto.

Interpretando l'articolo 62 lettera b LStr, il Tribunale federale ha stabilito una soglia di un anno, superata la quale una pena detentiva è considerata una «pena detentiva di lunga durata», che può portare alla revoca di un permesso e di altre decisioni⁴⁹.

⁴⁵ Nel catalogo dei reati si tiene conto per quanto possibile di questo presupposto.

⁴⁶ In tal modo p. es. la lesione grave secondo l'art. 122 CP può essere considerata un reato grave tenuto conto della comminatoria di una pena detentiva fino a 10 anni. Nel caso concreto, invece, l'autore di una lesione grave può essere prosciolto, p. es. per incapacità secondo l'art. 19 cpv. 1 CP, e dunque può o rimanere esente da pena o essere oggetto di una misura (p. es. l'internamento). La lesione grave potrebbe anche essere stata arrecata in una situazione di legittima difesa e quindi, in base all'art. 16 cpv. 1 CP, essere punita in modo meno severo – p. es. con una pena detentiva di poche settimane sospesa conditionalmente.

⁴⁷ Cfr. documentazione per la votazione del 28 novembre 2010, pag. 13.

⁴⁸ Vgl. STRATENWERTH 2006, § 8 n. 12 segg. Se, come nel diritto previgente (art. 55a CP), l'espulsione fosse classificata come pena accessoria, si dovrebbe invece tenere conto del principio della colpa.

⁴⁹ Cfr. DTF 135 II 377.

Questa soglia non ha però valenza assoluta, in quanto è rilevante soltanto per la revoca di un permesso a cui non sussiste diritto⁵⁰. Se lo straniero può far valere un diritto al permesso, la soglia è infatti di due anni. Nel messaggio concernente la modifica del diritto sanzionatorio del 4 aprile 2012 questa giurisprudenza del Tribunale federale è stata ripresa nell'articolo 67c capoverso 1 D-CP, secondo cui l'espulsione facoltativa (che può riguardare tutti i crimini e i delitti) può essere irrogata se è stata inflitta una pena minima superiore a un anno⁵¹.

Questo limite viene chiaramente ridotto in considerazione dell'obiettivo dell'iniziativa. In molti casi il diritto vigente si serve della pena di sei mesi come criterio per distinguere tra reati lievi e reati gravi⁵². Questo limite viene ripreso per la pena minima (art. 66a cpv. 2 AP-CP): se il giudice infligge una pena detentiva non superiore ai sei mesi o una pena pecuniaria non superiore a 180 aliquote giornaliere, di regola non viene decretata l'espulsione. Quest'ultima è però possibile anche in questi casi se l'interesse pubblico a un tale provvedimento prevale sull'interesse privato dello straniero a rimanere in Svizzera. Di conseguenza si ha un'espulsione facoltativa nel caso delle pene detentive non superiori a sei mesi, delle pene pecuniarie non superiori a 180 aliquote giornaliere o del lavoro di pubblica utilità (che dovrebbe rimanere l'eccezione nei casi in cui sia ordinata l'espulsione dal territorio svizzero). L'interesse pubblico all'espulsione prevarrà regolarmente nei casi concernenti i cosiddetti «turisti del crimine»⁵³.

Per rispettare il principio della proporzionalità, è stata presa in considerazione la possibilità di fondare l'irrogazione dell'espulsione sulle circostanze attenuanti invece che sulla pena minima⁵⁴. Le circostanze attenuanti possono però influire in modi diversi sulla gravità dell'illecito: ad esempio, all'autore che ha ecceduto i limiti della legittima difesa può essere inflitta una pena grave (cfr. art. 16 cpv. 1 CP). Al contrario, se l'eccesso è molto lieve, il giudice può considerare minima la colpa e pronunciare una pena che si situa nella parte inferiore della cornice edittale o al di sotto (cfr. art. 48a cpv. 1 CP). Pertanto anche in questo contesto si dovrebbe prevedere una pena minima, in modo che una circostanza attenuante obbligatoria o facoltativa porti a un'espulsione facoltativa soltanto se ha per conseguenza una pena che sia, ad esempio, inferiore a sei mesi (o una rinuncia alla pena). In tal modo però risulterebbero svantaggiati gli autori che, a causa della lievità dell'atto commesso e/o della colpa, sono puniti con una pena inferiore a sei mesi. Per tale motivo si è rinunciato a prendere espressamente in considerazione le circostanze attenuanti.

⁵⁰ Se la pena detentiva irrogata è di durata inferiore, la revoca del permesso può avvenire solo per i motivi sussidiari di cui all'articolo 63 cpv. 1 lett. b LStr, rispettivamente all'art. 62 lett. c LStr (violazione rilevante o ripetuta, o esposizione a pericolo dell'ordine e della sicurezza pubblici/ minaccia per la sicurezza interna o esterna).

⁵¹ Questi documenti possono essere consultati all'indirizzo: http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html

⁵² Art. 37 CP (lavoro di pubblica utilità), art. 40 e 41 CP (limitazione della pena detentiva di breve durata), art. 352 CPP (procedura del decreto d'accusa). Secondo il messaggio concernente la modifica del diritto sanzionatorio del 4 aprile 2012, in futuro sarà possibile anche una pena pecuniaria fino a 180 aliquote giornaliere (che secondo i tassi di conversione di cui all'art. 36 CP corrispondono a una pena detentiva di sei mesi).

⁵³ Ai «turisti del crimine» possono essere inflitte misure di diritto degli stranieri secondo la LStr già in considerazione del fatto che sono sprovvisti di un diritto di soggiorno. Tuttavia tali misure hanno di regola una durata inferiore (al massimo cinque anni) rispetto all'espulsione di diritto penale proposta nel presente avamprogetto (almeno cinque anni).

⁵⁴ Cfr. a tale proposito il rapporto del gruppo di lavoro, n. 6.7.2, pag. 69 segg.

La pena minima di sei mesi è però rilevante anche in relazione alle pene severe (art. 66a cpv. 3 AP-CP). Nel caso di pene superiori ai sei mesi l'espulsione è la regola, poiché la si presume proporzionata a tali pene. È possibile fare un'eccezione solo se l'espulsione non è ragionevolmente esigibile, poiché tale provvedimento violerebbe gravemente i diritti personali dell'interessato tutelati dalle garanzie internazionali dei diritti umani.

Secondo la statistica delle sentenze dell'Ufficio federale di statistica (UST), occorre partire dal presupposto che, in particolare per i reati classificati come gravi a causa della pena comminata (come p. es. l'omicidio intenzionale o la violenza carnale), le pene inferiori ai sei mesi sono praticamente escluse⁵⁵.

1.4.4.5 Pronuncia ed esecuzione

La variante 1 parte dal presupposto che, nei casi di espulsione, le autorità competenti rispettino le garanzie dei diritti umani previste dal diritto internazionale (cfr. sopra n. 1.4.2).

Nella normativa sull'espulsione un tempo prevista del CP (previgente art. 55 CP), non erano disciplinati né i motivi che potevano ostare alla decisione o all'esecuzione dell'espulsione, né la competenza di esaminarli. Per salvaguardare la certezza del diritto e l'uguaglianza giuridica, nel CP vanno stabiliti i principi e le competenze fondamentali in relazione alla nuova espulsione obbligatoria.

La ripartizione delle competenze tra giudice e autorità esecutive corrisponde essenzialmente a quella prevista per l'espulsione nel diritto previgente:

- il giudice considera come motivi ostativi all'espulsione le disposizioni della CEDU, del Patto ONU II e della Convenzione sui diritti del fanciullo (art. 66a cpv. 3 AP-CP). In primo piano vi sono il diritto al rispetto della vita privata e familiare secondo l'articolo 8 CEDU e l'articolo 17 Patto ONU II, nonché la considerazione dell'interesse superiore del fanciullo secondo l'articolo 3, il divieto di separazione dai genitori contro la loro volontà secondo l'articolo 9 o il diritto di intrattenere rapporti personali diretti secondo l'articolo 10 capoverso 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo;
- d'ufficio o su richiesta, l'autorità esecutiva considera come impedimento all'esecuzione soltanto il divieto di respingimento. Inoltre, in determinati casi, può essere obbligata a rinunciare all'esecuzione dell'espulsione dal territorio svizzero a causa di impedimenti tecnici (p. es. rifiuto dell'autorità del Paese d'origine di rilasciare i documenti di viaggio).

Questa suddivisione delle competenze costituisce una differenza sostanziale rispetto alle varianti 2 e 3 proposte dal gruppo di lavoro. Esse presupponevano un certo automatismo nell'inflizione dell'espulsione da parte dei giudici, ma rinunciavano a tale automatismo nella sfera applicativa dell'ALC e della Convenzione AELS per evitare di violare tali trattati; prevedevano altresì ampi impedimenti all'esecuzione fondati sul diritto costituzionale e sul diritto internazionale. Una normativa simile avrebbe avuto come conseguenza che numerosi espulsi sarebbero rimasti in Svizzera senza disporre di uno statuto giuridico e si sarebbe dovuto procedere alla loro am-

⁵⁵ Cfr. rapporto del gruppo di lavoro, n. 7.10.5, pag. 107 seg.

missione provvisoria. Con la normativa proposta nella variante 1 si intende evitare, per quanto possibile, che i giudici irroghino espulsioni che poi non possono essere eseguite perché non ragionevolmente esigibili tenuto conto delle garanzie dei diritti umani.

Inoltre la variante 1 contiene, nell'ambito dell'esecuzione, regole sul momento dell'esecuzione e sulla durata dell'espulsione (art. 66c AP-CP)⁵⁶.

1.4.4.6 Procedura del decreto d'accusa

Se si prospetta un'espulsione, il caso deve essere giudicato dal giudice penale secondo la procedura ordinaria; in questi casi la procedura del decreto d'accusa è esclusa (anche nella procedura penale militare⁵⁷).

Il CPP stabilisce la competenza per giudicare i reati in base all'entità della sanzione contemplabile nel caso concreto. Se si reputa sufficiente una pena detentiva fino a sei mesi (o l'equivalente sotto forma di pena pecuniaria o di lavoro di pubblica utilità) e il caso è considerato semplice e chiaro sia dal punto di vista dei fatti sia sotto il profilo giuridico, il pubblico ministero può emettere un decreto d'accusa (art. 352 CPP). Solo a queste condizioni è legittimo che l'imputato possa rinunciare a essere giudicato da un giudice indipendente in un'udienza pubblica, a condizione che accetti il decreto d'accusa senza presentare opposizione.

Un'espulsione dal territorio svizzero di cinque anni o più non è una sanzione lieve. Lo si evince da un confronto con le disposizioni relative alla competenza del giudice unico, che è esclusa se va pronunciata una pena detentiva superiore a due anni e se va concessa l'esecuzione con la condizionale (art. 19 cpv. 2 lett. b CPP). Ciò che vale per il giudice unico deve applicarsi a maggior ragione al pubblico ministero che emana il decreto d'accusa.

Secondo la normativa proposta, inoltre, per pene inferiori a sei mesi va effettuata una ponderazione degli interessi, un compito per cui una procedura rapida e scritta appare poco indicata. Molti di questi casi non sono infatti né semplici né chiari dal punto di vista dei fatti o sotto il profilo giuridico. Possono eventualmente costituire un'eccezione i «turisti del crimine».

Si aggiunga che la procedura del decreto d'accusa presenta determinati punti deboli sotto il profilo dello Stato di diritto: per esempio, il fatto che non vi sia udienza pubblica impedisce il controllo della giurisprudenza da parte del pubblico, a differenza di quanto accade nella procedura ordinaria. Nell'ambito della procedura del decreto d'accusa non sussiste il diritto alla difesa e i decreti d'accusa sono emessi soltanto nella lingua in cui si svolge la procedura, a prescindere dal fatto che l'imputato capisca tale lingua. Infine, i decreti d'accusa non devono contenere una motivazione della sanzione e non è necessario interrogare l'imputato.

In considerazione di tutto ciò, nella procedura del decreto d'accusa devono poter essere pronunciate soltanto sanzioni relativamente lievi, tra le quali non rientra un'espulsione di durata compresa tra 5 e 15 anni o 20 anni.

⁵⁶ Cfr. a tale proposito sotto n. 2.1.3.

⁵⁷ PPM, RS 322.1

Queste considerazioni valgono anche per la procedura del decreto d'accusa secondo l'articolo 119 segg. PPM, che è disciplinata in modo analogo.

1.4.4.7 Garanzie dei rimedi giuridici

La sentenza penale contenente l'ordine di espulsione va impugnata dinanzi alle autorità penali di ricorso competenti secondo la procedura ordinaria. A livello cantonale, il tribunale d'appello si pronuncia sul ricorso contro la sentenza di primo grado (cfr. art. 21 e 398 segg. CPP). La sentenza emessa da tale corte può essere impugnata dinanzi al Tribunale federale con un ricorso in materia penale (art. 78 segg. legge sul Tribunale federale, LTF)

Le vie di ricorso contro le decisioni prese in applicazione dell'articolo 66d AP-CP (sospensione dell'esecuzione) dipendono invece dalle normative cantonali sull'attribuzione delle competenze e sull'organizzazione delle autorità. Nel Cantone di Berna, ad esempio, una decisione del servizio della migrazione (*Amt für Migration und Personenstand* [Ufficio per la migrazione e lo stato delle persone]) potrebbe essere impugnata prima dinanzi alla Direzione cantonale della polizia e degli affari militari e poi dinanzi al tribunale amministrativo cantonale ovvero alla corte d'appello. Infine sarebbe possibile il ricorso al Tribunale federale (con un ricorso unitario di diritto penale o di diritto pubblico).

1.4.4.8 Condizioni di tempo e diritto transitorio

La possibilità di applicare direttamente la norma costituzionale è controversa. Vi fa ostacolo l'articolo 121 capoverso 4 Cost., secondo cui le fattispecie devono essere meglio definite⁵⁸. Tuttavia non si può escludere la possibilità che l'autorità competente in materia di stranieri decida di applicare una politica d'espulsione più restrittiva sulla base delle fattispecie indicate nel testo costituzionale (segnatamente rapina, violenza carnale e tratta di esseri umani) fino all'entrata in vigore delle disposizioni del CP attuative della norma costituzionale.

A causa del divieto di retroattività secondo l'articolo 2 capoverso 1 CP, l'espulsione dal territorio svizzero può essere ordinata dal giudice penale soltanto se il reato che comporta l'espulsione è stato commesso dopo l'entrata in vigore della modifica di legge. Il divieto di retroattività vale in linea di massima anche per le misure. Nel caso di specie a maggior ragione, poiché l'espulsione ha anche carattere di pena. Va fatta un'eccezione quando la legge cambia tra il momento in cui viene commesso il reato e la sentenza. Secondo l'articolo 2 capoverso 2 CP in questo caso si adotta il principio dell'applicazione della legge più favorevole (*lex mitior*): il nuovo diritto è applicabile a reati commessi prima della sua entrata in vigore se è più favorevole all'autore rispetto al diritto che vigeva al momento del fatto. Nella dottrina è controverso in che misura il principio dell'applicazione della legge più favorevole valga anche per le misure. Tuttavia questo aspetto risulta irrilevante nel presente contesto, poiché la nuova espulsione obbligatoria inasprisce il diritto previgente. Il divieto di retroattività vale in linea di massima anche per le revisioni parziali della legge, come ad esempio l'introduzione di una nuova espulsione nel CP, ma non per le disposi-

⁵⁸ HANGARTNER 2011, pagg. 474 e 476.

zioni riguardanti la competenza e la procedura. Il legislatore potrebbe certamente prevedere regole particolari sulla retroattività delle nuove disposizioni in materia di espulsione in deroga ai principi summenzionati⁵⁹. Tuttavia si propone di seguire i principi sanciti nell'articolo 2 CP e di rinunciare a disposizioni transitorie particolari.

1.4.4.9 Condizioni di luogo

La nuova disposizione costituzionale non chiarisce se la sentenza passata in giudicato debba essere pronunciata da un giudice svizzero o se debbano essere prese in considerazione anche le sentenze straniere. Verificare quali stranieri sono stati condannati all'estero per un reato rilevante ai fini dell'espulsione sarebbe dispendioso e difficile e avrebbe un risultato arbitrario, poiché non sarebbe mai possibile registrare tutti i casi.

Pertanto si propone che l'espulsione sia inflitta soltanto dal giudice penale nell'ambito di una condanna pronunciata in Svizzera. Il CP si applica in virtù degli articoli 3–8 CP, a prescindere dal fatto che l'autore abbia commesso il reato in Svizzera o all'estero.

Se uno straniero è stato condannato all'estero per un reato che secondo il diritto svizzero avrebbe comportato l'espulsione, è comunque possibile pronunciare contro di lui una misura di respingimento secondo il diritto degli stranieri, come per esempio un divieto d'entrata (art. 67 cpv. 2 lett. a LStr).

1.4.4.10 Punibilità in caso di violazione del divieto d'entrata e entrata illegale in Svizzera (art. 121 cpv. 6 Cost.)

Secondo l'articolo 291 CP la violazione di un decreto d'espulsione dal territorio della Confederazione o di un Cantone è punita con una pena detentiva sino a tre anni. Da quando è stata abrogata l'espulsione penale dal territorio svizzero o di un Cantone questa disposizione ha un'importanza molto limitata. Con l'introduzione dell'espulsione dal territorio svizzero nel CP, la regola potrebbe ritrovare la propria funzione originaria. Anche l'entrata in Svizzera nonostante un divieto d'entrata di diritto degli stranieri è illegale e punita secondo l'articolo 115 capoverso 1 lettera a LStr in combinato disposto con l'articolo 5 capoverso 1 lettera d LStr. Pertanto non sono necessarie nuove disposizioni penali.

⁵⁹ Nell'ambito della revisione della Parte generale del CP, entrata in vigore il 1° gennaio 2007, il legislatore ha previsto l'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni concernenti le misure (art. 59–65 CP). Per le altre misure (art. 66 segg. CP) valeva invece il divieto di retroattività secondo l'articolo 2 CP. Cfr. n. 2 delle disposizioni finali delle modifiche del 13.12.2002.

1.4.4.11 Espulsione facoltativa

L'espulsione facoltativa, proposta nell'ambito del messaggio concernente la modifica del diritto sanzionatorio del 4 aprile 2012⁶⁰, non rientra nell'ambito del presente progetto. Tuttavia la normativa relativa all'espulsione obbligatoria dovrà, al momento opportuno, essere armonizzata con un'eventuale espulsione facoltativa introdotta nel CP.

1.4.5 Normativa parallela nel Codice penale militare

In base all'articolo 3 capoverso 1 numeri 7–9 CPM, i civili che commettono determinati reati sono assoggettati al CPM. Anche i civili stranieri possono quindi compiere reati secondo il CPM, che in base alle nuove disposizioni della Costituzione comportano obbligatoriamente l'espulsione (p. es. omicidio intenzionale, effrazione, rapina, coazione sessuale, violenza carnale ecc.).

Pertanto nel CPM va inserita una normativa sull'espulsione corrispondente a quella del CP, limitando il catalogo dei reati ai reati soggetti al CPM. Per l'esecuzione si può rimandare alle disposizioni del CP.

1.4.6 Rinuncia all'espulsione nel diritto penale minorile

Per quanto concerne la cerchia degli autori, occorre chiedersi se anche i minori siano soggetti all'espulsione obbligatoria. Il tenore dell'articolo 121 capoverso 3 Cost. non distingue esplicitamente tra autori minorenni e maggiorenni. Tuttavia è possibile una soluzione differenziata come, ad esempio, nel caso dell'attuazione dell'iniziativa sull'imprescrittibilità⁶¹, nel cui ambito non è prevista una normativa di diritto penale minorile (DPMin).

Nel diritto penale svizzero gli autori minorenni sono trattati diversamente da quelli maggiorenni. Con l'entrata in vigore della revisione, il 1° gennaio 2007, il DPMin è stato scorporato dal CP. Nel DPMin, all'articolo 2, sono sanciti come principi programmatici la protezione e l'educazione dei minori. In primo piano non vi è l'«espiazione», ma una sanzione tesa al reinserimento nella società e incentrata sull'autore (diritto penale dell'autore). Pertanto nel diritto penale minorile le sanzioni non sono determinate in primo luogo in base alla gravità del reato e alla colpa commessa, bensì in base alle esigenze personali del bambino o del giovane. In questo contesto il legislatore si è lasciato guidare dalla constatazione che la criminalità minorile si riduce per lo più a una manifestazione collaterale del normale sviluppo dei giovani e, considerata la sua natura transitoria, non richiede alcuna reazione drastica⁶².

⁶⁰ I documenti possono essere consultati all'indirizzo:
http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html

⁶¹ FF 2011 5393, Iniziativa sull'imprescrittibilità, 5417 segg.

⁶² FF 1999 1669, Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile del 21 settembre 1998, 1891 segg.

Come menzionato in precedenza, contrariamente al diritto penale degli adulti il diritto penale dei minori non è un diritto penale del fatto⁶³, bensì un diritto penale dell'autore. Di conseguenza anche le disposizioni che devono essere riprese dal CP per integrare il DPMIn vanno applicate soltanto per analogia, ossia in linea con il significato e lo scopo particolari del DPMIn che è strutturato come diritto penale dell'autore⁶⁴. L'espulsione obbligatoria, che si orienta esclusivamente al reato, non è quindi compatibile con il principio alla base del DPMIn.

Le esistenti misure di respingimento secondo la LStr (p. es. il divieto d'entrata) meglio si attagliano ai minori, poiché consentono di prendere in considerazione in modo esaustivo la situazione personale del giovane e la sua effettiva pericolosità. Va inoltre considerato che per un minore le conseguenze dell'espulsione possono avere portata maggiore che per un adulto. Ad esempio, molti giovani autori di reati stanno ancora seguendo un corso di formazione o sono cresciuti in Svizzera, non parlano quasi la lingua del loro Paese d'origine e spesso hanno scarsi contatti con i loro connazionali⁶⁵.

La variante 1 rinuncia pertanto all'introduzione dell'espulsione nel DPMIn. L'eventuale divieto d'entrata o l'allontanamento pronunciato nei confronti di un minore continuerà a essere di esclusiva spettanza delle autorità competenti in materia di stranieri.

1.4.7 Modifica della LStr e della LAsi

L'espulsione secondo il CP e il CPM può sovrapporsi alle misure di allontanamento e respingimento secondo la LStr, nonché alle garanzie dei diritti umani disciplinate nella LAsi. Le norme proposte hanno lo scopo di evitare doppiopuni. Se il giudice penale rinuncia all'espulsione per un reato contenuto nel catalogo dei reati, l'autorità competente in materia di stranieri non deve per questo pronunciare una misura di diritto degli stranieri per lo stesso reato. Le misure di diritto degli stranieri sono fatte salve, a condizione che siano adempiuti ulteriori requisiti secondo la LStr. Sono esclusi inoltre i reati del catalogo giudicati da un giudice straniero (cfr. sopra n. 1.4.4.9).

Sono poi disciplinate le ripercussioni dell'espulsione sui diritti dell'interessato disciplinati dalla LStr e dalla LAsi.

Secondo l'articolo 83 LStr, le persone interessate da una misura di allontanamento o di espulsione devono essere ammesse in via provvisoria nel caso in cui l'esecuzione non sia possibile, ammissibile o ragionevolmente esigibile. Gli stranieri ammessi provvisoriamente dispongono di uno statuto di soggiorno che attribuisce loro deter-

⁶³ Nel diritto penale del fatto il reato e la compensazione dell'illecito commesso sono in primo piano.

⁶⁴ FF 1999 1669, Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile del 21 settembre 1998, 1894.

⁶⁵ Dalla giurisprudenza della Corte EDU relativa all'articolo 8 CEDU; cfr. *a fortiori* le sentenze della Corte EDU *Emre contro Svizzera* del 22 maggio 2008 e *Emre contro Svizzera* (n. 2) dell'11 ottobre 2011, che riguardano l'espulsione di un giovane adulto cresciuto in Svizzera.

minati diritti (cfr. art. 85 seg. LStr)⁶⁶. La normativa proposta per l'espulsione dal territorio svizzero non prevede invece alcun tipo di ammissione provvisoria, anche se motivi tecnici o il divieto di respingimento fanno ostacolo all'esecuzione. Il testo della Costituzione stabilisce che le persone espulse perdono qualsiasi diritto di soggiornare in Svizzera. In effetti l'ammissione provvisoria non attribuisce all'interessato alcun diritto di soggiorno, ma rappresenta semplicemente una misura sostitutiva per il periodo in cui non è possibile eseguire l'allontanamento o l'espulsione. Tuttavia, essa conferisce allo straniero diritti (come p. es. il diritto al ricongiungimento familiare secondo l'articolo 85 cpv. 7 LStr), che non sono compatibili con gli scopi delle nuove disposizioni costituzionali. Di conseguenza le persone la cui espulsione non può essere eseguita rimangono temporaneamente in Svizzera senza uno statuto giuridico. Questa situazione potrebbe provocare costi supplementari per i Cantoni qualora, ad esempio, fossero costretti a erogare prestazioni del soccorso d'emergenza o dell'aiuto sociale. Inoltre queste persone non possono dimostrare la loro identità, il che comporta numerosi problemi nella vita quotidiana. Si dovrebbe pertanto verificare se occorre dotare tali soggetti di uno statuto particolare.

1.5 Variante 2

1.5.1 Introduzione

I rappresentanti del comitato d'iniziativa in seno al gruppo di lavoro istituito dal DFGP hanno presentato una propria proposta di attuazione delle regole costituzionali in oggetto⁶⁷. Essi ritengono che la loro proposta attui nel migliore dei modi la volontà popolare espressa con l'approvazione delle nuove disposizioni costituzionali. Il Consiglio federale ha deciso di porre in consultazione questa proposta come variante 2⁶⁸.

1.5.2 Rapporto con il diritto costituzionale e il diritto internazionale

Di seguito sono riportate le posizioni dei rappresentanti del comitato d'iniziativa⁶⁹:

- le nuove disposizioni costituzionali prevedono l'espulsione per reati di particolare gravità ovvero per reati che compromettono in particolar misura l'ordine e la sicurezza pubblici. La verifica della proporzionalità è già compiuta nel testo costitu-

⁶⁶ Le autorità cantonali possono rilasciare agli stranieri ammessi provvisoriamente un'autorizzazione a esercitare un'attività lucrativa (art. 85 cpv. 6 LStr); i coniugi e i figli possono raggiungere gli stranieri ammessi provvisoriamente al più presto dopo tre anni (art. 85 cpv. 7 LStr); gli stranieri ammessi provvisoriamente hanno diritto alle prestazioni dell'aiuto sociale e all'assicurazione malattie (art. 86 LStr).

⁶⁷ Cfr. avamprogetto variante 2.

⁶⁸ La variante 2 riprende il contenuto della proposta dei rappresentanti del comitato d'iniziativa. Alle singole disposizioni sono state apportate soltanto le correzioni indispensabili dal punto di vista della tecnica legislativa, che riguardano in primo luogo la modalità di citazione degli articoli di legge.

⁶⁹ Cfr. rapporto del gruppo di lavoro, n. 4, pag. 42 segg.

zionale di modo che non rimane spazio per il principio della proporzionalità né nella legge attuativa né nell'esame del caso concreto;

- non vi è alcun diritto costituzionale che possa fare ostacolo a un'iniziativa costituzionale valida che sia stata trasformata in diritto costituzionale dall'approvazione del Popolo e dei Cantoni. In base ai principi secondo cui il diritto più recente prevale su quello precedente e la norma speciale prevale su quella generale, le nuove disposizioni costituzionali non possono essere relativizzate né da norme costituzionali generali né da quelle precedentemente adottate;
- proprio perché già considerano il principio della proporzionalità, le nuove disposizioni costituzionali non ledono né il diritto costituzionale alla vita privata e familiare secondo l'articolo 13 capoverso 1 Cost. né il diritto al rispetto della vita privata e familiare secondo l'articolo 8 CEDU;
- se, al contrario, si dovessero ritenere le nuove disposizioni della Costituzione non compatibili con determinate regole non cogenti del diritto internazionale, i rappresentanti del comitato d'iniziativa sono del parere che debba prevalere il diritto costituzionale (in particolare sull'art. 8 CEDU, sull'art. 17 Patto ONU II, sulla Convenzione sui diritti del fanciullo e sull'ALC). Le nuove disposizioni costituzionali vanno pertanto attuate senza riserve a favore del diritto internazionale non cogente. Il Consiglio federale ha il compito di negoziare una modifica dei trattati internazionali in questione oppure – in caso di fallimento delle trattative – di denunciare tali trattati.

1.5.3 Normativa proposta

Per attuare le nuove disposizioni costituzionali, oltre alle pene e alle misure, nel CP va introdotta come nuova sanzione l'espulsione obbligatoria⁷⁰.

Catalogo dei reati:

Il catalogo dei reati che comportano l'espulsione obbligatoria è basato sulle prescrizioni dell'articolo 121 capoverso 3 Cost.⁷¹. Oltre ai reati espressamente menzionati in questa disposizione, il catalogo prevede anche i reati violenti e altri reati contro l'integrità sessuale. L'ampliamento del catalogo è operato da un lato servendosi della possibilità di aggiungere altre fattispecie (art. 121 cpv. 4 Cost.) e dall'altro traendo le conseguenze del fatto che, per quanto possibile, occorre indicare espressamente i reati violenti menzionati nella Costituzione come motivi di espulsione, anche se non presentano la gravità della rapina.

In questo catalogo la gravità astratta dei singoli reati non è di primaria importanza. Soprattutto per quanto riguarda i reati sessuali e violenti è più rilevante il genere di violazione del bene giuridico. Fondamentale è inoltre il fatto che la commissione di questi reati da parte di stranieri in Svizzera è considerata intollerabile. Il catalogo comprende pertanto, oltre ai crimini più gravi (come l'omicidio intenzionale, l'assassinio, la rapina, l'incendio intenzionale e la violenza carnale), anche crimini più lievi (p. es. l'abbandono e l'esposizione a pericolo della vita altrui) e delitti (p. es. la lesione semplice perseguibile solo a querela di parte) che, secondo la com-

⁷⁰ Cfr. avamprogetto variante 2.

⁷¹ Art. 73a AP-CP variante 2.

minatoria del CP, nei casi di minima gravità possono essere puniti con una pena pecuniaria di una sola aliquota giornaliera.

Il traffico di stupefacenti che comporta l'espulsione secondo l'articolo 121 capoverso 1 lettera a Cost. è inteso in modo molto ampio e integrato con altre fattispecie: nel catalogo sono riprese tutte le violazioni dell'articolo 19 LStup. Poiché l'articolo 19 capoverso 1 LStup commina una pena detentiva fino a tre anni o una pena pecuniaria, anche in questo ambito reati di poco conto possono essere sanzionati con l'espulsione obbligatoria.

La percezione abusiva di prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale ai sensi dell'articolo 121 capoverso 3 lettera b Cost. deve dare luogo all'espulsione obbligatoria se è stato commesso un reato come la truffa secondo l'articolo 146 CP o l'abuso di prestazioni sociali, una nuova fattispecie penale proposta nel presente contesto⁷².

Nessuna pena minima:

La variante 2 rinuncia a prendere in considerazione la gravità concreta del reato. È sufficiente che l'autore sia condannato per un atto riportato nel catalogo dei reati. Ciò significa che l'espulsione deve essere irrogata indipendentemente dalla pena inflitta nel singolo caso. Di conseguenza va ordinata obbligatoriamente anche nei casi in cui, pur essendo realizzata una fattispecie del catalogo dei reati, il giudice rinuncia a infliggere una punizione che sarebbe priva di senso (art. 52 CP), oppure decide di infliggere una pena molto mite considerata la lievità della colpa o di attenuare la pena in caso di legittima difesa (art. 16 CP). La formulazione scelta per le disposizioni attuative non permette invece di espellere dal Paese l'autore che viene assolto per incapacità ma viene internato a causa della sua pericolosità.

Autorità competente:

Competente per ordinare l'espulsione e fissare la durata concreta del divieto d'entrata è il giudice penale, o il pubblico ministero nella procedura del decreto d'accusa (art. 73a cpv. 1 AP-CP). Essi non verificano se sussistono eventuali impedimenti all'espulsione: se è stata realizzata una determinata fattispecie penale, l'espulsione è ordinata automaticamente.

Il fatto che l'ordine di espulsione possa essere emesso senza verificare le garanzie internazionali dei diritti umani, e quindi senza compiere una ponderazione degli interessi, permette di ordinare un'espulsione di 5–15 anni (20 anni in caso di recidiva) nell'ambito della procedura del decreto d'accusa.

Disposizioni esecutive:

L'«autorità cantonale competente» esegue l'espulsione senza indugio (art. 73c cpv. 1 AP-CP).

Se l'interessato fa valere il fatto che l'espulsione viola il divieto di respingimento (art. 25 cpv. 2 e 3 Cost.), l'autorità esecutiva cantonale decide entro trenta giorni (art. 73c cpv. 4 AP-CP) se sospendere temporaneamente l'espulsione dal territorio svizzero (art. 73c cpv. 2 AP-CP). La sussistenza di ulteriori motivi di impedimento

⁷² Art. 73a cpv. 1 lett. k e art. 151a AP-CP variante 2.

non può essere verificata⁷³. Un'interruzione o una successiva revoca dell'espulsione dal territorio svizzero non sono previste.

I rimedi giuridici contro la decisione di esecuzione dell'espulsione sono limitati e la procedura è accelerata. L'articolo 73c capoverso 4 AP-CP prevede che la decisione dell'autorità esecutiva sui motivi di cui all'articolo 25 capoversi 2 e 3 della Costituzione federale possa essere impugnata dinanzi al tribunale cantonale competente. Anche il potere d'esame si limita al divieto di respingimento. La decisione del tribunale cantonale, che è definitiva, va presa entro 30 giorni dal deposito del ricorso.

Disposizione sul diritto determinante:

Infine la variante 2 dichiara espressamente che i nuovi articoli del CP in materia di espulsione prevalgono sul diritto internazionale non cogente. Secondo l'articolo 73d AP-CP, sono considerate regole cogenti del diritto internazionale esclusivamente i divieti della tortura, del genocidio, della guerra di aggressione, della schiavitù e del respingimento in uno Stato in cui l'interessato è minacciato di morte o tortura.

1.6 Valutazione delle varianti proposte

1.6.1 Variante 1

La variante 1 rappresenta una soluzione di compromesso tra l'automatismo dell'espulsione previsto nelle nuove disposizioni costituzionali e i principi dello Stato di diritto. La realizzazione del compromesso esige però delle rinunce su entrambi i fronti.

- Da un lato l'automatismo dell'espulsione è limitato dal principio della proporzionalità (in senso stretto) e dalle garanzie dei diritti umani tutelate dal diritto internazionale. Oltre al divieto di respingimento, vanno segnatamente rispettati anche il diritto alla vita privata e familiare secondo l'articolo 8 CEDU e l'articolo 17 Patto ONU II, nonché le garanzie previste dalla Convenzione sui diritti del fanciullo.
- Dall'altro lato, per realizzare l'automatismo dell'espulsione a cui mirano le nuove regole costituzionali, la variante 1 accetta di non rispettare appieno né il principio della proporzionalità né il diritto internazionale. Ad esempio, per quanto riguarda il principio della proporzionalità, si presume in generale che l'espulsione sia necessaria, adeguata e nell'interesse pubblico, prescindendo dall'esame dei singoli casi. Le nuove norme sull'espulsione tengono conto, per quanto possibile, dell'ALC e della Convenzione AELS. In molti casi l'espulsione potrà tenere conto delle garanzie materiali previste da questi due trattati.

In considerazione delle problematiche sopra esposte, il catalogo dei reati è stato strutturato in modo quanto più possibile restrittivo. Inoltre, per quanto possibile, devono portare all'espulsione soltanto crimini gravi come la rapina o la violenza carnale, reati citati nella Costituzione⁷⁴. In tal modo si tiene conto anche

⁷³ Il caso in cui, per mancanza di documenti d'identità o di cooperazione delle autorità nello Stato di destinazione, l'espulsione risulti di fatto (temporaneamente) impossibile non è disciplinato espressamente. Tuttavia si parte dal presupposto che, in caso di impossibilità concreta dell'esecuzione, l'espulsione venga sospesa.

⁷⁴ Cfr. documentazione per la votazione del 28 novembre 2010, pag. 13.

dell'intenzione dei promotori dell'iniziativa, secondo cui l'espulsione obbligatoria è prevista soltanto per i crimini più gravi.

Al contempo la variante 1 cerca di mantenere una certa coerenza, introducendo nel catalogo dei reati, oltre ai reati gravi a sfondo violento o sessuale, anche i reati patrimoniali gravi (che in determinati casi possono costituire anche reati economici gravi).

Tenendo conto della gravità astratta dei reati del catalogo e della pena minima di sei mesi, questa variante intende evitare che reati di poco conto provochino un'espulsione obbligatoria. Contemporaneamente una disposizione eccezionale consente di espellere dal Paese in particolare i «turisti del crimine», indipendentemente dall'entità della pena irrogata nel singolo caso. In tal modo, adottando una normativa flessibile, si rispetta il principio della proporzionalità (in senso stretto).

Infine, la variante 1 è coerente nell'ambito dell'esecuzione, poiché coloro che non possono essere espulsi dal territorio svizzero non possono essere ammessi provvisoriamente in base all'articolo 83 LStr. In tal modo si impedisce che ottengano un nuovo statuto giuridico, la qual cosa violerebbe le nuove disposizioni della Costituzione.

1.6.2 Variante 2

La variante 2 vuole creare, per quanto possibile, un automatismo dell'espulsione anche a scapito dei principi fondamentali dello Stato di diritto e del diritto internazionale. In particolare, questa variante non lascia spazio a un esame del caso concreto che rispetti il principio della proporzionalità e il diritto internazionale non cogente.

Il catalogo dei reati è molto esteso e comprende anche delitti lievi; non è inoltre fissata una pena minima. Di conseguenza, l'espulsione obbligatoria può essere inflitta anche per reati di scarsa gravità. In tal modo, però, la variante 2 contraddice le indicazioni fornite dal comitato d'iniziativa prima della votazione, in base alle quali soltanto i reati gravi avrebbero comportato l'espulsione obbligatoria⁷⁵.

I problemi derivanti dall'ampiezza del catalogo dei reati e dalla mancata fissazione di una pena minima sono aggravati dal fatto che non sono prese in considerazione le garanzie internazionali dei diritti umani (diritto alla vita privata e familiare secondo l'articolo 8 CEDU e secondo l'articolo 17 Patto ONU II, nonché i diritti riconosciuti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo).

Si pensi in particolare alla legittima difesa e allo stato di necessità, situazioni in cui il giudice non rinuncia a infliggere una pena, ma la attenua pronunciandone una lieve. Difficilmente si può sostenere che tali risultati siano necessariamente conformi al volere del Popolo.

L'elenco dei reati della variante 2 comprende, oltre ai reati menzionati nella Costituzione, reati violenti e sessuali. Altri reati, come ad esempio i reati patrimoniali gravi ovvero i reati economici, che vengono commessi altrettanto di frequente dagli stranieri e potrebbero giustificare l'espulsione, non sono presi in considerazione.

⁷⁵ Cfr. documentazione per la votazione del 28 novembre 2010, pag. 13.

La variante 2 è incompleta in alcuni punti essenziali, per cui non è possibile effettuare una valutazione definitiva. In particolare essa non stabilisce se l'espulsione debba essere prevista anche nel CPM e nel DPMIn. Inoltre non disciplina i punti di contatto con il diritto degli stranieri. Ad esempio non stabilisce, tra le altre cose, se può essere ammesso provvisoriamente in base all'articolo 83 LStr lo straniero la cui espulsione non può essere eseguita a causa del divieto di respingimento. Non è peraltro stabilito in quale misura si possa fare ricorso a misure coercitive di diritto degli stranieri per eseguire l'espulsione dal territorio svizzero⁷⁶. Precisazioni corrispondenti mancano anche nel CPP⁷⁷, per cui non si può ricorrere alla carcerazione di sicurezza (art. 220 seg. CPP) per garantire l'esecuzione dell'espulsione. I punti sollevati potrebbero essere completati in un momento successivo e quindi non devono influire negativamente sulla valutazione della variante 2.

1.6.3 Conclusioni

In base alle spiegazioni precedenti il Consiglio federale si esprime a favore della variante 1. Tuttavia è del parere che anche la variante 2, che rispecchia l'opinione dei rappresentanti del comitato d'iniziativa, debba essere inviata in consultazione.

1.7 Diritto comparato

Anche gli ordinamenti giuridici dei nostri Paesi vicini (Germania, Austria, Francia e Italia) prevedono l'espulsione degli stranieri che hanno commesso reati. In seguito sono illustrati i principi e le normative principali che vigono in questi Paesi in materia d'espulsione. Gli ordinamenti giuridici descritti appartengono tutti a Paesi membri dell'UE. Giova quindi rilevare che in questi ordinamenti giuridici il diritto dell'UE – che comprende anche l'accordo SEE e l'accordo sulla libera circolazione con la Svizzera – è prioritario e direttamente applicabile. Questo principio del diritto dell'UE corrisponde alla prassi costante e generalmente accettata della Corte di giustizia dell'Unione europea.

1.7.1 Germania

Le prescrizioni in materia di espulsione sono contenute nella legge sul soggiorno, l'attività lucrativa e l'integrazione degli stranieri nel territorio federale (*AufenthG*⁷⁸; *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet*⁷⁹). I reati che hanno o possono avere per conseguenza un'espulsione non vi sono singolarmente enumerati. A seconda della gravità del reato o dell'entità della pena, la legge prevede l'espulsione obbligatoria, l'espulsione in casi normali o l'espulsione discrezionale (§ 53–55 *AufenthG*). In ogni caso, le

⁷⁶ Carcerazione preliminare (art. 75 LStr), carcerazione in vista di rinvio coatto (art. 76 LStr) e carcerazione cautelativa (art. 78 LStr).

⁷⁷ Codice di procedura penale del 5 ottobre 2007 (RS 312.0).

⁷⁸ Il documento può essere consultato all'indirizzo: <http://dejure.org/gesetze/AufenthG>.

⁷⁹ Secondo il suo §1 cpv. 2 n. 1, nella misura in cui non dispone altrimenti, la *AufenthG* non si applica agli stranieri il cui statuto giuridico è disciplinato dalla legge sulla libera circolazione dei cittadini dell'UE.

autorità che prendono una decisione di espulsione devono rispettare il principio della proporzionalità, il diritto europeo e il diritto internazionale⁸⁰. Determinati stranieri beneficiano di una particolare protezione dall'espulsione e le prescrizioni in materia d'espulsione sono loro applicate soltanto in misura ristretta (§ 56 AufenthG). Si tratta per esempio degli stranieri che possiedono un permesso di soggiorno permanente-UE, degli stranieri con un permesso di domicilio residenti in Germania da più di 5 anni e dei minorenni che vivono in Germania da più di 5 anni e hanno un permesso di soggiorno.

Il § 53 AufenthG prevede l'espulsione obbligatoria (*zwingende Ausweisung*) se l'autore è stato definitivamente condannato per uno o più reati intenzionali a una pena detentiva di almeno 3 anni (o a una pena per minorenni), oppure se nel corso di 5 anni è stato condannato a più pene detentive (pene per minorenni) di durata complessiva di almeno tre anni (n. 1). L'espulsione obbligatoria è prevista anche nei casi di condanna per le violazioni intenzionali della legge sugli stupefacenti o nei casi particolarmente gravi di sommossa, se l'autore è stato condannato a una pena detentiva (pena per minorenni di almeno due anni) senza condizionale (n. 2). Anche per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di stranieri è prevista l'espulsione obbligatoria (n. 3).

Nemmeno l'espulsione obbligatoria prevista per legge viene eseguita automaticamente, poiché va tenuto conto delle circostanze del singolo caso (principio della proporzionalità, art. 8 CEDU)⁸¹.

Per i reati di poca gravità⁸², il § 54 AufenthG prevede l'espulsione in casi normali (*Ausweisung im Regelfall*). Questa disposizione si applica se l'autore è stato definitivamente condannato per uno o più reati intenzionali a una pena per minorenni di almeno due anni o a una pena detentiva e se l'esecuzione della pena non è stata sospesa condizionalmente (cfr. n. 1), oppure se è stato condannato per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di stranieri o per determinate violazioni della legge sugli stupefacenti (n. 2-3). Le autorità possono rinunciare all'espulsione soltanto se gli interessi coinvolti sono atipici. I precedenti sono considerati ai fini della decisione sull'espulsione soltanto se ne deriva ancora un pericolo attuale⁸³.

Il § 55 AufenthG prevede l'espulsione discrezionale (*Ermessensausweisung*) nei casi in cui il soggiorno di uno straniero pregiudica la sicurezza e l'ordine pubblici o altri interessi importanti della Repubblica federale di Germania⁸⁴. Tale è tra l'altro il caso allorquando lo straniero rende dichiarazioni false o incomplete per ottenere un titolo di soggiorno (§ 55 cpv. 2 n. 1 AufenthG), o fa uso di stupefacenti e non è disposto a seguire un trattamento necessario alla sua riabilitazione, o vi si sottrae (n. 4). Ai fini della decisione va tenuto conto delle circostanze del singolo caso (p. es. la durata del soggiorno, le conseguenze dell'espulsione sulla vita di famiglia ecc.; vgl. § 55 n. 3 AufenthG).

⁸⁰ Cfr. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 72.

⁸¹ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 75.

⁸² O nei casi in cui il reato adempie le condizioni dell'espulsione obbligatoria ma lo straniero gode di una particolare protezione nei confronti dell'espulsione (cfr. § 56 n. 1 AufenthG).

⁸³ Altri casi di applicazione cfr. § 54 n. 4-7 AufenthG; FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 77 seg.

⁸⁴ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 78 seg.

1.7.2 Austria

In Austria l'espulsione di cittadini di Stati terzi è disciplinata nella legge federale sulla polizia degli stranieri, il rilascio dei documenti per stranieri e la concessione di permessi di entrata (*Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreiseteiln, Fremdenpolizeigesetz, FPG*⁸⁵). Come nel diritto tedesco, i reati che hanno o possono avere per conseguenza l'espulsione non sono menzionati uno per uno. La possibilità di espellere un criminale straniero dipende dal permesso di soggiorno di cui dispone e dalla durata del suo soggiorno. Prima di poter pronunciare l'espulsione (una decisione amministrativa), le autorità devono tenere conto delle circostanze del singolo caso e rispettare il principio della proporzionalità⁸⁶.

Uno straniero che soggiorna illegalmente in Austria può essere espulso per esempio se, nei tre mesi che seguono la sua entrata sul territorio austriaco, è definitivamente condannato per un reato intenzionale (§ 53 cpv. 3 n. 2 FPG)⁸⁷.

Invece, lo straniero che dispone di un permesso di domicilio (titolo stabile di soggiorno) e vive già da otto anni in Austria può essere espulso soltanto se un giudice lo ha condannato per un reato e se la sua permanenza nel Paese pregiudicherebbe la sicurezza o l'ordine pubblici (§ 64 cpv. 3 FPG). Uno straniero che dispone di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato, o uno straniero di seconda generazione può essere espulso soltanto se la sua permanenza nel Paese esporrebbe a un pericolo attuale e sufficientemente grave la sicurezza o l'ordine pubblici (§ 64 cpv. 4 FPG). Tale è il caso per esempio se è stato definitivamente condannato per un crimine o per traffico di migranti (§ 64 cpv. 5 n. 1 FPG)⁸⁸. Affinché uno straniero possa essere espulso, il reato da lui commesso deve essere tanto più grave quanto più a lungo è stato titolare di un titolo di soggiorno che gli permetteva di vivere in Austria⁸⁹. I bambini della seconda o della terza generazione nati e cresciuti in Austria non possono essere espulsi. Altrettanto vale per i bambini immigrati prima di compiere i tre anni⁹⁰.

1.7.3 Francia

Dal 1° marzo 2005, le disposizioni in materia di espulsione sono contenute nel libro quinto del Codice sull'entrata e sul soggiorno degli stranieri e sul diritto d'asilo (*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile; CESEDA*⁹¹). Per poter espellere un criminale straniero, le autorità dispongono di diversi strumenti giuridici: il riaccompagnamento alla frontiera (*reconduite à la frontière*), la misura d'espulsione (*mesure d'expulsion*) e la pena d'interdizione dal territorio (*peine d'interdiction du territoire*)⁹².

⁸⁵ Il documento può essere consultato all'indirizzo: <http://www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/>.

⁸⁶ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 80 seg.

⁸⁷ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 81.

⁸⁸ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 82 seg.

⁸⁹ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 83.

⁹⁰ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 83.

⁹¹ Il documento può essere consultato all'indirizzo: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do> (18.01.12).

⁹² FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 85.

Il riaccompagnamento alla frontiera può essere pronunciato dal prefetto di un dipartimento contro uno straniero che ha soggiornato meno di 3 mesi sul territorio dello Stato e rappresenta una minaccia per l'ordine pubblico o, più frequentemente contro uno straniero condannato per un reato⁹³. Per alcune categorie di stranieri questo genere di espulsione è in linea di massima escluso, a dipendenza dell'età, dei rapporti familiari, della durata del soggiorno o dello stato di salute (cfr. art. L. 511-4-7° CESEDA⁹⁴). Ciò vale anche per i cittadini degli Stati membri dell'UE e per i cittadini svizzeri. Nemmeno i minorenni stranieri possono essere espulsi (art. L. 511-4-1° CESEDA).

La misura d'espulsione è uno strumento di polizia per tutelare la sicurezza e l'ordine pubblici. Questo genere di espulsione non costituisce una sanzione ed è in linea di massima pronunciata dal prefetto di un dipartimento, nella misura in cui la presenza dello straniero rappresenta una grave minaccia per l'ordine pubblico (indipendentemente da un'eventuale condanna). Va comunque tenuto conto delle circostanze del singolo caso. Come il riaccompagnamento alla frontiera, la misura d'espulsione non può in linea di massima essere applicata a determinate categorie di stranieri⁹⁵. I minorenni stranieri non possono essere espulsi (art. L. 521-4 CESEDA).

La pena d'interdizione dal territorio rappresenta invece una sanzione penale (principale o accessoria). Nei casi in cui è esplicitamente prevista nella legge, essa permette al giudice penale di espellere, per un periodo di 10 anni al massimo o definitivamente, uno straniero che ha commesso un reato⁹⁶. Occorre però esaminare le circostanze del singolo caso. Alcune categorie di stranieri non possono essere espulsi o possono esserlo soltanto a determinate condizioni. Un minorenne o un adulto che ha commesso un reato quando ancora era minorenne non può essere espulso. Se uno straniero vive in Francia da più di 20 anni o ha preso residenza in Francia prima del suo tredicesimo compleanno, la sua espulsione è in linea di massima esclusa⁹⁷. Per espellere altre categorie di stranieri (per esempio le persone sposate con una persona di cittadinanza francese) occorre tenere conto della gravità del reato commesso e della situazione personale e familiare⁹⁸.

1.7.4 Italia

Le disposizioni di legge sull'espulsione degli stranieri sono in particolare contenute nel decreto n. 286 del 25 luglio 1998 «Testo unico delle disposizioni concernenti la

⁹³ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 86.

⁹⁴ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 89. Cfr. anche <http://vosdroits.service-public.fr/F11954.xhtml> (19.01.12).

⁹⁵ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 90; cfr. anche art. L. 521-2 e L. 521-3 CESEDA.

⁹⁶ Si tratta di circa 200 reati del codice penale (p. es. i reati contro l'integrità personale e la vita, contro il patrimonio e contro lo Stato), del codice del lavoro (p. es. lavoro clandestino), del codice dello sport e del codice della giustizia militare; cfr. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 92.

⁹⁷ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 93; cfr. art. 131-30-2 del codice penale. In alcuni casi uno straniero non può però invocare questa protezione; per esempio nei casi di violenza domestica o di reati gravi come il terrorismo, lo spionaggio o reati analoghi.

⁹⁸ FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, pag. 94; cfr. art. 131-30-1 del codice penale e anche: <http://vosdroits.service-public.fr/F2784.xhtml> (19.01.12).

La frase introduttiva indica che un'espulsione può in linea di massima essere pronunciata soltanto se l'autore era imputabile nel momento in cui ha commesso il reato. Anche in tal caso se il giudice ha rinunciato a infliggere una pena occorre rinunciare dall'espulsione (cfr. sopra, n. 1.4.4.3).

Il giudice¹⁰⁶ fissa la durata dell'espulsione (da 5 a 15 anni) facendo uso del suo apprezzamento e ispirandosi in particolare al principio della proporzionalità.

b. Lettera a

Nel catalogo dei reati della lettera a sono repertoriati gravi crimini che ledono alcuni beni giuridici. Sono esplicitamente menzionati l'omicidio intenzionale (art. 111 CP), l'assassinio (art. 112 CP) l'omicidio passionale (art. 113 CP), la rapina (art. 140 CP), la tratta di esseri umani (art. 182 CP) e la violenza carnale (art. 190 CP). I rimanenti reati sono riassunti da una clausola residuale basata sulla comminatoria penale (cfr. sopra n. 1.4.4.2) e sono elencati in appresso:

- crimini gravi contro la vita e l'integrità della persona: interruzione punibile della gravidanza senza il consenso della gestante (art. 118 cpv. 2 CP), lesioni gravi (art. 122 CP);
- crimini gravi contro il patrimonio: appropriazione indebita qualificata (art. 138 n. 2 CP), furto per mestiere (art. 139 n. 2 CP) e furto come associato a una banda (art. 139 n. 3 CP), danneggiamento considerevole (art. 144 cpv. 3 CP), danneggiamento considerevole di dati e atti preparatori per mestiere (art. 144^{bis} n. 1 cpv. 2 e n. 2 cpv. 2 CP), truffa per mestiere (art. 146 cpv. 2 CP), abuso per mestiere di un impianto per l'elaborazione di dati (art. 147 cpv. 2 CP), abuso per mestiere di carte chèques o di credito (art. 148 cpv. 2 CP), estorsione per mestiere, estorsione con violenza ed estorsione con esposizione a pericolo di molte persone (art. 156 n. 2-4 CP), usura per mestiere (art. 157 n. 2 CP), amministrazione infedele con l'intento di procacciare un indebito profitto (art. 158 n. 1 cpv. 3 CP) e ricettazione per mestiere (art. 160 n. 2 CP);
- crimini gravi contro la libertà personale: sequestro di persona e rapimento con circostanze aggravanti (art. 184 CP) e presa d'ostaggio (art. 185 CP);
- crimini gravi contro l'integrità sessuale: coazione sessuale (art. 189 CP), atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191 CP) e promovimento della prostituzione (art. 195 CP);
- crimini gravi di comune pericolo: incendio intenzionale (art. 221 cpv. 1 e 2 CP), esplosione (art. 223 n. 1 cpv. 1 CP), uso delittuoso di materie esplosive o gas velenosi (art. 224 cpv. 1 CP), fabbricazione, occultamento e trasporto di materie esplosive o gas velenosi (art. 226 cpv. 1 CP), pericolo dovuto all'energia nucleare, alla radioattività e a raggi ionizzanti (art. 226^{bis} cpv. 1 CP), produzione, ottenimento ecc. di sostanze, impianti, dispositivi o oggetti radioattivi destinati a un uso penalmente perseguibile (art. 226^{ter} cpv. 2 CP) e danneggiamento d'impianti elettrici, di opere idrauliche e di opere di premunizione (art. 228 n. 1 cpv. 1 CP).

È stata esaminata l'opportunità di completare il catalogo inserendovi anche i «reati economici» gravi. Questi reati sono infatti commessi anche da stranieri e, come il

¹⁰⁶ È escluso che il pubblico ministero possa ordinare l'espulsione dal territorio svizzero nella procedura del decreto d'accusa (cfr. sopra, n. 1.4.4.6).

furto, la violenza carnale o la truffa nell'ambito delle istituzioni sociali, potrebbero giustificare un'espulsione obbligatoria dal territorio nazionale. Tuttavia, in Svizzera non vi è ancora una definizione precisa dei reati economici. Secondo la dottrina, la criminalità economica comprende l'insieme dei reati commessi nell'ambito dell'attività economica abusando della fiducia che costituisce una delle basi necessarie per la vita economica; questi reati, oltre a cagionare un danno individuale, ledono interessi della collettività. La criminalità economica causa spesso elevati danni potenziali in un gran numero di casi e fa molte vittime; essa è pure caratterizzata da situazioni di fatto complesse. Alcuni autori citano tra le caratteristiche della criminalità economica anche la mancanza di violenza fisica. Per gran parte dei reati della criminalità economica sono comminate pene relativamente miti. Per gravità astratta, i seguenti reati sono comparabili alla rapina e alla violenza carnale: l'appropriazione indebita qualificata (art. 138 n. 2 CP), la truffa per mestiere (art. 146 cpv. 2 CP), l'abuso per mestiere di carte chèques o di credito (art. 148 cpv. 2 CP), l'usura per mestiere (art. 157 n. 2 CP), l'amministrazione infedele con l'intento di procacciare un indebito profitto (art. 158 n. 1 cpv. 3 CP) e la ricettazione per mestiere (art. 160 n. 2 CP), nonché nel diritto penale accessorio alcune violazioni della legge sul materiale bellico (art. 33 cpv. 2, 34 cpv. 1 e 35 cpv. 1 LMB). I gravi reati economici sono per la maggior parte anche gravi reati contro il patrimonio. Questi ultimi comprendono però anche fattispecie come il furto per mestiere o il furto come associato a una banda (art. 139 n. 2 e 3 CP) o l'estorsione per mestiere, l'estorsione con violenza e l'estorsione con esposizione a pericolo di molte persone (art. 156 n. 2-4 CP) che possono, almeno in parte, essere considerati reati violenti. Per questi motivi, fondandosi sull'articolo 121 capoverso 4 secondo periodo Cost., si è proposto di aggiungere i gravi reati contro il patrimonio al catalogo dei reati.

c. Lettera b

Per effrazione l'articolo 121 capoverso 3 lettera a Cost. intende la combinazione del furto (art. 139 CP) con la violazione di domicilio (art. 186 CP). Non va invece inserito nel catalogo dei reati la combinazione del danneggiamento (art. 144 CP) con la violazione di domicilio, due delitti perseguiti su querela. Questa forma di «effrazione» (nulla viene rubato ma vengono arrecati danneggiamenti) può avere ripercussioni altrettanto gravi di quelle di un furto con effrazione. Nella maggior parte dei casi si tratta di un furto con effrazione fallito (gli autori non trovano ciò che cercano e distruggono quello che trovano) che può essere considerato un tentativo di furto. Di conseguenza, in questi casi il danneggiamento commesso nell'ambito della violazione di domicilio può essere sussunto nel reato di effrazione (violazione di domicilio in combinazione con furto).

d. Lettera c

Secondo l'articolo 121 capoverso 3 lettera b Cost., va espulso dal territorio svizzero lo straniero che ha percepito abusivamente prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale. Non occorre che sia stata pronunciata una condanna, ragion per cui il legislatore può prevedere una sanzione penale amministrativa o una sanzione penale per l'«abuso di prestazioni sociali». Sotto il profilo del principio della legalità (art. 1 CP) appare però preferibile creare una fattispecie penale.

Se commesso con astuzia, l'«abuso di prestazioni sociali» è già punito dal vigente articolo 146 CP concernente la truffa. La truffa viene pertanto inserita nel catalogo dei reati, nella misura in cui riguarda prestazioni sociali. Va pure istituita una fatti-

specie (residuale) per reprimere l'abuso di prestazioni sociali commesso senza astuzia. Dal profilo oggettivo, l'elemento principale è l'ottenimento di prestazioni fornendo indicazioni non veritiere o incomplete sulla propria situazione personale ed economica (cfr. sotto, n. 2.1.5).

e. Lettera d

La nozione di traffico di stupefacenti impiegata nella Costituzione non corrisponde ad alcuna fattispecie penale e deve di conseguenza essere concretizzata. Poiché la norma costituzionale fa riferimento a fattispecie penali, va considerato soltanto il traffico illecito di stupefacenti. «Illecito» significa privo di motivi giustificativi; ciò significa che né Swissmedic né l'Ufficio federale della sanità pubblica (UFSP) né i Cantoni né il Dipartimento federale dell'Interno (DFI) hanno concesso un'autorizzazione per il traffico di uno stupefacente, oppure che il traffico dello stupefacente è vietato conformemente all'articolo 8 capoverso 1 LStup. In linea di massima, rientrano nel traffico illecito di stupefacenti tutti gli atti (passibili di pena) intrapresi per propria convenienza per rendere possibile o promuovere tale traffico¹⁰⁷. Il traffico illecito di stupefacenti non concerne quindi soltanto il fatto di vendere, offrire a titolo oneroso, procacciare o mettere in commercio stupefacenti, ma va esteso a ciascuna maglia della catena di atti che porta alla finale esposizione a pericolo della salute pubblica. Vi rientrano pertanto anche gli atti che servono all'ottenimento, al deposito e alla consegna di stupefacenti e le relative operazioni di finanziamento.

In generale, le regole sulla repressione della criminalità legata al traffico illecito di stupefacenti sono contenute nella legge sugli stupefacenti (LStup). Questo atto normativo vuole impedire che la salute sia messa in pericolo da sostanze e preparati che generano dipendenza o hanno effetti analoghi (art. 1 LStup). Il capitolo 4 della LStup reprime penalmente determinate violazioni della legge che costituiscono reati di diritto penale accessorio.

Sono considerati stupefacenti secondo l'articolo 2 lettera a LStup le sostanze e i preparati che generano dipendenza e producono effetti del tipo della morfina, della cocaina o della canapa, nonché quelli fabbricati a partire da tali sostanze e preparati o aventi un effetto simile a essi; agli stupefacenti sono equiparate le sostanze psicotrope (cfr. art. 2b LStup), vale a dire le sostanze e i preparati che generano dipendenza contenenti anfetamine, barbiturici, benzodiazepine o allucinogeni quali il lisergide o la mescalina o aventi un effetto simile a tali sostanze e preparati (art. 2 lett. b LStup).

Il gruppo di lavoro aveva proposto di concretizzare la nozione di traffico di stupefacenti facendo riferimento all'articolo 19 LStup. Il capoverso 1 di questa disposizione

¹⁰⁷ cfr. FINGERHUTH/TSCHURR 2007, art. 19 n. 191, che rinvia ad ALBRECHT 2007, art. 19 n. 190; anche secondo la costante giurisprudenza tedesca «per traffico si intende ogni atto intrapreso per propria convenienza al fine di rendere possibile o promuovere lo smercio di stupefacenti» in WEBER 2007, pag. 43 seg.

Per ora è preferibile rinunciare a una definizione esaustiva del traffico illecito di stupefacenti. Una tale definizione non è ragionevole tenuto conto del gran numero delle innumerevoli fattispecie penali riguardanti il fatto di rendere possibile, promuovere, agevolare ecc. questo traffico; finora nemmeno sul piano internazionale si è imposta una definizione esaustiva. Nel 2001, il tentativo della Commissione UE di stabilire una definizione comune del traffico illegale di droga è fallito a causa della resistenza di alcuni Stati membri (WEBER 2007, pag. 178 seg.).

descrive gli elementi della fattispecie penale relativi alle operazioni con stupefacenti in senso esteso; si tratta della coltivazione, della fabbricazione e della produzione non autorizzate, del deposito, della spedizione, dell'importazione, dell'alienazione, della messa in commercio, del possesso, della detenzione non autorizzati, o del finanziamento del traffico illecito di stupefacenti, come pure dei relativi atti preparatori. La fattispecie di base dell'articolo 19 capoverso 1 LStup contiene fattispecie di esposizione a pericolo astratta. La norma irroga una pena per i comportamenti che di regola aumentano la probabilità che sia lesa un determinato bene giuridico, indipendentemente dal fatto che nel singolo caso sussista una messa in pericolo concreta¹⁰⁸. In linea di massima, le fattispecie penali dell'articolo 19 capoverso 1 LStup sono realizzate anche qualora si tratti di quantità minime di stupefacenti o di un piccolo numero di persone. Una misura drastica come l'espulsione obbligatoria dal territorio svizzero non si giustifica in casi come questi, in cui l'esposizione a pericolo della salute della popolazione è minima¹⁰⁹.

La struttura dell'articolo 19 capoverso 2 LStup dà maggiore importanza alla tutela del bene giuridico della salute. La disposizione riguarda le violazioni qualificate della legge commesse quando la salute pubblica viene esposta a un pericolo concreto dalla quantità o dalla composizione dello stupefacente, o dal numero degli interessati. In questi casi il pubblico interesse diviene prioritario e giustifica sanzioni più severe.

L'articolo 19 capoverso 2 LStup menziona diverse fattispecie qualificate.

Esso considera grave la violazione della legge suscettibile di mettere direttamente o indirettamente in pericolo la salute di molte persone. La quantità non è comunque l'unico criterio per valutare l'esposizione a pericolo della salute dovuta alle caratteristiche intrinseche della sostanza. Altri fattori di rischio possono essere legati tra l'altro al pericolo di assunzione di dosi eccessive, ai problemi derivanti da determinate forme di somministrazione e al consumo combinato di diversi stupefacenti¹¹⁰. Il Tribunale federale dà un'interpretazione estesa della nozione di pericolo. Così, per «molte persone» intende almeno 20 persone (DTF 108 IV 65 seg.; 120 IV 337 seg.; 121 IV 334). La violazione della legge è di conseguenza considerata grave se lo stupefacente è consegnato a una cerchia che comprende almeno 20 persone.

Il Tribunale federale ha fissato a livelli bassi, per i diversi stupefacenti, i limiti di peso superati i quali il reato è considerato grave, ragion per cui l'articolo 19 capoverso 2 lettera a si applica frequentemente e non soltanto in casi eccezionali¹¹¹.

¹⁰⁸ FINGERHUTH / TSCHURR 2007, art. 19 n. 2; nello stesso senso ALBRECHT 2009, pag. 3.

¹⁰⁹ Nelle discussioni precedenti alla votazione (per esempio nella documentazione presentata dagli autori dell'iniziativa) veniva fatta menzione soltanto di crimini gravi.

¹¹⁰ Iniziativa parlamentare. Revisione parziale della legge sugli stupefacenti. Rapporto del 4 maggio 2006 della Commissione della sicurezza sociale e della sanità del Consiglio nazionale, 8612.

¹¹¹ ALBRECHT 2007, pag. 104; una decisione di principio del Tribunale federale ha stabilito che 12 g di eroina pura, 18 g di cocaina pura o 200 trip di LSD possono esporre a pericolo la salute di molte persone e che si tratta pertanto di casi gravi (DTF 109 IV 144 seg. confermata dalla DTF 121 IV 332). Per l'anfetamina la soglia è fissata a 36 g (DTF 113 IV 34 segg.). Invece, l'ecstasy (cfr. DTF 125 IV 90 segg.) e la canapa (vedi DTF 117 IV 314 che modifica la giurisprudenza della DTF 109 IV 145) non possono dare luogo a violazioni gravi della legislazione sugli stupefacenti. Infatti, queste droghe non suscitano meccanismi che portano all'impoverimento dei loro consumatori e, a quanto noto, non generano fenomeni di criminalità, né tantomeno generano la necessità di acquistarle.

Sono poi menzionati come circostanze aggravanti la commissione del reato come associato a una banda, o per mestiere (art. 19 cpv. 2 lett. b e c LStup). Secondo la giurisprudenza il reato è stato commesso in banda se due o più suoi autori hanno manifestato espressamente o per atti concludenti la loro volontà di associarsi al fine di commettere numerosi reati indipendenti, seppur ancora indeterminati¹¹². Per l'aggravante della commissione per mestiere, la giurisprudenza ritiene grossa una cifra d'affari di 100 000.– franchi¹¹³ e considerevole un guadagno di 10 000.– franchi¹¹⁴. Dopo l'entrata in vigore, il 1° luglio 2011, della revisione parziale del 4 maggio 2006 della legge sugli stupefacenti (revisione parziale), è considerato grave anche il caso in cui l'autore per mestiere, offre, fornisce o rende accessibili in altro modo stupefacenti in centri di formazione destinati principalmente ai minori o nelle immediate vicinanze (art. 19 cpv. 2 lett. d LStup). Contrariamente alla lettera c, per realizzare la fattispecie qualificata non occorre una grossa cifra d'affari o un guadagno considerevole.

Prima della revisione parziale, la nozione «segnatamente»¹¹⁵ stava a indicare che l'enumerazione dei motivi non era esaustiva (DTF 120 IV 332 seg.). Il Tribunale federale¹¹⁶ ha deciso che, in caso di ripetuta commissione, l'aggravante non può in linea di massima essere esclusa nemmeno se, preso singolarmente, ciascuno dei reati commessi riguarda una quantità di stupefacente troppo esigua per mettere in pericolo la salute di molte persone. Il fatto che l'autore metta in circolazione un solo grande quantitativo di stupefacente o parecchi, piccoli quantitativi non è rilevante. Chi traffica ripetutamente piccoli quantitativi di droga può e, da un certo momento in poi, deve sapere che i suoi reati riguardano complessivamente una quantità di stupefacente suscettibile di esporre a pericolo la salute di molte persone¹¹⁷. Nel nuovo testo della disposizione non figura la nozione «segnatamente», ragione per cui non è dato sapere se l'enumerazione delle aggravanti vada tuttora considerata come non esaustiva. Occorre rilevare che, rinunciando a menzionare il quantitativo, la modifica del testo della lettera a¹¹⁸ permette ora di applicare tale aggravante ai ripetuti reati concernenti piccole quantità di stupefacente. Non sono tanto le piccole quantità a essere decisive quanto il fatto che i ripetuti reati commessi dall'autore sono complessivamente suscettibili di mettere in pericolo la salute di molte persone. Tale può essere il caso degli spacciatori di bolas in determinate situazioni.

Per questi motivi appare giustificato ritenere che il traffico di droga menzionato nella disposizione costituzionale si riferisca ai reati di cui all'articolo 19 capoverso 2 LStup.

2.1.1.2 Capoverso 2

Di regola, se la pena inflitta non supera una pena detentiva di 6 mesi, una pena pecuniaria di 180 aliquote giornaliere o 720 ore di lavoro di pubblica utilità, il prin-

¹¹² DTF 122 IV 265 consid. 2b e relativi riferimenti; DTF 124 IV 86 segg.

¹¹³ DTF 129 IV 188.

¹¹⁴ DTF 129 IV 253.

¹¹⁵ Art. 19 n. 2 LStup previgente: vi è caso grave *segnatamente* se l'autore (...).

¹¹⁶ DTF 114 IV 164; sentenza 6S.190/2000 dell'11 luglio 2001.

¹¹⁷ DTF 114 IV 164 consid. 2b.

¹¹⁸ Art. 19 cpv. 2 lett. a: (...) sa o deve presumere che l'infrazione può mettere direttamente o indirettamente in pericolo la salute di molte persone; (...).

cipio della proporzionalità (in senso stretto) non dovrebbe permettere l'irrogazione dell'espulsione dal territorio svizzero.

Questa soglia minima non dovrebbe comunque valere in assoluto. È prevista un'eccezione che permette al giudice di pronunciare l'espulsione dello straniero malgrado una pena inferiore a 6 mesi, se l'interesse pubblico all'espulsione dal territorio svizzero prevale sull'interesse privato del condannato a rimanere in Svizzera. Di conseguenza, saranno probabilmente espulsi anche molti stranieri privi del diritto di soggiorno in Svizzera che potrebbero fin d'ora essere espulsi sulla sola base della LStr. La normativa proposta permette comunque al giudice di pronunciarsi sull'espulsione dal territorio svizzero anche in questi casi, cosicché tutte le espulsioni per reati contenuti nel catalogo di cui all'articolo 66a AP-CP sono in linea di massima di competenza del giudice penale. Inoltre, l'espulsione proposta nel presente avamprogetto è più severa delle misure attualmente previste nella LStr poiché prevede un divieto d'entrata di una durata minima di cinque anni.

Non appare necessario adottare una normativa secondo cui l'autore del reato va espulso dal territorio svizzero anche nel caso in cui sia stato ripetutamente condannato a brevi pene per reati compresi nel relativo catalogo, totalizzando sull'arco di 10 anni una pena complessiva superiore a 6 mesi di pena detentiva, 180 aliquote giornaliere o 720 ore di lavoro di pubblica utilità¹¹⁹. Infatti, in caso di recidiva, il capoverso 2 consente al giudice di pronunciare l'espulsione dal territorio svizzero anche nei casi in cui ha pronunciato pene lievi, complessivamente inferiori a 6 mesi, a condizione che l'interesse pubblico prevalga. Proprio nei casi di recidiva, l'irrogazione di pene complessivamente inferiori a 6 mesi può far prevalere l'interesse pubblico all'espulsione.

2.1.1.3 Capoverso 3

Se infligge una pena superiore a 6 mesi per un reato contemplato nel citato catalogo, il giudice deve di regola ordinare l'espulsione.

Occorre fare eccezione a questa regola se l'espulsione dal territorio svizzero è inammissibile perché ne conseguirebbe una grave lesione dei diritti personali dell'interessato tutelati dalle garanzie dei diritti umani statuite dal diritto internazionale. Sotto questo profilo occorre innanzitutto tenere conto del diritto al rispetto della vita privata e familiare secondo l'articolo 8 CEDU e l'articolo 17 del Patto ONU II. Vanno rispettate anche le garanzie previste nella Convenzione sui diritti del fanciullo, come la considerazione dell'interesse del fanciullo secondo l'articolo 3 della convenzione, il divieto di separare il fanciullo dai genitori contro la loro volontà previsto nell'articolo 9 e il diritto a contatti personali regolari con i genitori conformemente all'articolo 10 paragrafo 2.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) la CEDU non conferisce alcun diritto di entrare o soggiornare in uno Stato membro. Tuttavia, se uno straniero risiede legalmente in uno Stato membro, la sua espulsione costituisce una lesione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

¹¹⁹ Cfr. rapporto del gruppo di lavoro, varianti 2-4, pag. 123 segg.

Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la valutazione dell'ammissibilità della lesione di un diritto protetto dalla CEDU tiene conto di numerosi criteri¹²⁰. I medesimi criteri vanno considerati anche per valutare l'eventuale lesione dell'articolo 17 del Patto ONU II.

La normativa prevista nel capoverso 3 pone alcuni limiti ai criteri da prendere in considerazione. Occorre così partire dal presupposto che una pena superiore ai 6 mesi irrogata per un reato contemplato nel catalogo di cui all'articolo 66a capoverso 1 AP-CP giustifica di regola una misura di espulsione. Inoltre, l'inammissibilità dell'espulsione dal territorio svizzero deve risultare da una grave lesione dei diritti personali. Si intende in tal modo sottolineare che non basta far valere, sotto diversi profili, lievi restrizioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare. Così, se il capoverso 2 prevede che, in casi eccezionali, l'espulsione può essere ordinata soltanto a condizione che l'interesse pubblico prevalga nettamente sull'interesse privato, il capoverso 3 prescrive che l'interesse privato deve nettamente prevalere affinché sia possibile rinunciare, in casi eccezionali, all'espulsione. Inoltre, in ossequio all'articolo 121 capoverso 3 Cost., non va più tenuto conto dello statuto di soggiorno del condannato, statuto attualmente rilevante per la pronuncia di misure del diritto degli stranieri.

Nell'ambito del capoverso 3, il giudice esamina soprattutto motivi connessi con la vita privata e familiare del condannato. A tal fine non può però fare completamente astrazione dalla situazione che regna nel Paese in cui il condannato sarà in futuro chiamato a vivere. Gli impedimenti prevalentemente connessi con la situazione che regna nello Stato di destinazione vanno esaminati nell'ottica del principio del non respingimento in occasione dell'esecuzione dell'espulsione dal territorio svizzero (art. 66d cpv. 1 AP-CP).

2.1.1.4 Capoverso 4

Nelle varianti 2–4¹²¹ proposte dal gruppo di lavoro per pronunciare l'espulsione è sufficiente l'irrogazione di una pena superiore a 6 mesi per punire (tra altri reati) un reato previsto nel catalogo. Tali normative relativizzano fortemente l'importanza della soglia minima di 6 mesi, nella misura in cui in determinate circostanze la pronuncia di una pena superiore a 6 mesi non è dovuta tanto al reato contemplato nel

¹²⁰ Natura e gravità del(i) reato(i); durata del soggiorno, periodo trascorso dalla commissione del(i) reato(i) e comportamento dell'interessato durante tale periodo; durata di un eventuale divieto di entrata; situazione familiare dell'interessato (durata del matrimonio, vita familiare effettiva, grado di conoscenza del partner nel momento del matrimonio, figli ed età dei figli); gravità dei problemi che il partner potrebbe dover affrontare nello Stato di destinazione, interesse e benessere di eventuali figli, occorre in particolare tenere conto di eventuali difficoltà nello Stato di destinazione; confronto tra lo Stato ospite e lo Stato di destinazione per quanto concerne i legami sociali, culturali e familiari. Per quanto concerne gli autori immigrati in giovane età o addirittura nati nel Paese dove hanno seguito l'intera formazione scolastica, la Corte EDU tiene conto anche dei seguenti criteri: conoscenze linguistiche, età nel momento dell'espulsione, parenti nello Stato di destinazione, confronto tra le possibilità di integrazione nello Stato ospite e nello Stato di destinazione.

¹²¹ Cfr. art. 73a cpv. 2 e 3 della variante 2, rapporto del gruppo di lavoro, pag. 123.

succitato catalogo quanto piuttosto agli altri reati per i quali la sentenza è stata pronunciata. La regola del capoverso 4 vuole tenere conto di questa problematica.

2.1.2 Articolo 66b (recidiva)

Questa disposizione concretizza l'articolo 121 capoverso 5 secondo periodo Cost. La recidiva ai sensi della presente disposizione è possibile fintanto che una persona è sottoposta a una misura di espulsione. Una persona è sottoposta all'espulsione dal territorio svizzero dal passaggio in giudicato della sentenza fino al termine o alla revoca dell'espulsione dal territorio svizzero.

Se l'espulso rientra in Svizzera prima del termine dell'espulsione e vi commette nuovi reati che implicano a loro volta l'espulsione dal territorio svizzero, le espulsioni non sono cumulate ma l'una viene assorbita nell'altra¹²². Ciò significa che, con la nuova sentenza, l'espulsione di durata inferiore è sostituita dall'espulsione di più lunga durata. Di conseguenza, in caso di recidiva l'espulsione dal territorio svizzero dura sempre 20 anni.

2.1.3 Articolo 66c (momento dell'esecuzione)

2.1.3.1 Introduzione

La disciplina prevista nell'articolo 66c AP-CP corrisponde alle varianti 2 e 3 proposte dal gruppo di lavoro. Pertanto i seguenti commenti si basano sostanzialmente sul rapporto di tale gruppo¹²³.

Ogni espulsione dal territorio svizzero è in linea di massima esecutiva dal passaggio in giudicato della sentenza, indipendentemente dal genere delle sanzioni pronunciate oltre all'espulsione. Conformemente all'articolo 437 capoverso 2 CPP, il giudicato retroagisce al giorno in cui la decisione è stata emanata.

Teoricamente l'espulsione dal territorio svizzero potrebbe in ogni caso essere eseguita dopo l'accertamento del giudicato. Tuttavia non appare opportuno espellere l'autore prima che abbia eseguito la pena senza condizionale o la misura irrogata in concomitanza con l'espulsione. Ciò non sarebbe segnatamente compatibile né con il principio della parità di trattamento né con il principio secondo cui lo Stato è tenuto a punire i reati. Siffatta soluzione sarebbe inoltre controproducente nell'ottica della prevenzione, generale e speciale. L'espulsione dal territorio svizzero va pertanto eseguita soltanto dopo che il condannato ha scontato la sanzione principale infittagli. Anche l'espulsione dal territorio svizzero un tempo prevista nel Codice penale (previgente art. 55 CP) partiva dal presupposto che la pena detentiva o la misura dovevano essere scontate in tutto o in parte prima che potesse essere eseguita

¹²² Cfr. giurisprudenza del Tribunale federale ad art. 55 CP previgente, in KELLER 2003, art. 55 CP n. 56 segg.

¹²³ Rapporto del gruppo di lavoro, n. 73, pag. 84 segg.

l'espulsione¹²⁴. La stessa soluzione vale anche per l'espulsione facoltativa dal territorio svizzero recentemente proposta dal Consiglio federale¹²⁵.

2.1.3.2 Capoverso 1

L'espulsione dal territorio svizzero deve essere irrogata in concomitanza con determinati crimini e delitti. Tra le pene previste per i crimini e i delitti vi sono la pena detentiva, la pena pecuniaria e il lavoro di pubblica utilità. Queste pene possono essere pronunciate senza la condizionale, con la condizionale o con la condizionale parziale. Oltre all'espulsione dal territorio svizzero possono peraltro essere pronunciate anche misure privative della libertà, vale a dire una misura terapeutica stazionaria secondo gli articoli 59–61 CP o l'internamento secondo l'articolo 64 CP:

- se va eseguita una pena detentiva senza la condizionale o una misura privativa della libertà, l'espulsione dal territorio svizzero interviene nel momento della liberazione dall'esecuzione. Il periodo di prova connesso con la liberazione condizionale non dovrebbe ostacolare l'espulsione;
- anche una pena pecuniaria senza la condizionale va eseguita prima dell'espulsione dal territorio svizzero. L'esaurimento di tutte le possibilità di esecuzione previsto dal Codice penale (art. 35 seg. CP) non è sempre compatibile con il senso e lo scopo dell'espulsione dal territorio svizzero. Tuttavia, se sussiste un fondato sospetto che il condannato si sottrarrà all'esecuzione, l'autorità d'esecuzione di cui all'articolo 35 capoverso 2 può chiedere il pagamento immediato o la prestazione di garanzie;
- la pena del lavoro di pubblica utilità si prefigge di reinserire il condannato nella comunità locale e di mantenere la sua rete sociale. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, una pena di questo genere può essere ordinata soltanto se è probabile che il condannato rimanga in Svizzera dopo averla eseguita¹²⁶. Sarebbe pertanto inopportuno infliggere una pena principale di lavoro di pubblica utilità in concomitanza con l'espulsione dal territorio svizzero;
- se è stata pronunciata una pena con la condizionale, appare ragionevole eseguire l'espulsione dal territorio svizzero non appena accertato il giudicato della sentenza. Il fatto che ciò privi le autorità svizzere della possibilità di controllare il rispetto del periodo di prova non costituisce un problema¹²⁷;
- l'esecuzione di una pena pecuniaria, di un lavoro di pubblica utilità o di una pena detentiva da uno e 3 anni può anche essere parzialmente sospesa conformemente all'articolo 43 CP. Per quanto concerne la parte della pena che va eseguita senza poter essere condizionalmente sospesa, si pongono le medesime questioni evocate sopra. Per quanto invece riguarda la parte della pena che può essere sospesa, occorre accettare che in questo caso le autorità svizzere non avranno la possibilità di controllare se il periodo di prova è rispettato.

¹²⁴ KELLER 2003, art. 55 StGB n. 57.

¹²⁵ Cfr. art. 67c cpv. 2 D-CP nel messaggio del 4 aprile 2010 concernente la modifica del diritto sanzionatorio.

¹²⁶ DTF 134 IV 97 consid. 6.3.3.4.

¹²⁷ Anche secondo il diritto previgente l'espulsione dal territorio svizzero doveva essere eseguita immediatamente: KELLER 2003, art. 55 CP n. 57.

2.1.3.3 Capoverso 2

La normativa del capoverso 2 quanto all'inizio della decorrenza dell'espulsione è stata ripresa dal diritto previgente¹²⁸.

Teoricamente, la durata dell'espulsione potrebbe in ogni caso iniziare a decorrere subito dopo l'accertamento del giudicato. Questa soluzione non sarebbe però ragionevole per quanto concerne le sanzioni privative di libertà, che vanno espiate prima che il condannato sia espulso. Inoltre, prima di dover lasciar la Svizzera, l'espulso può rimanere qualche tempo nel Paese, per esempio per motivi familiari o di salute. In altri casi determinate persone non potranno essere espulse perché non sarà possibile accertarne l'identità o perché sono prive di documenti di legittimazione. Infine, occorre rilevare che le generalità di altre persone, come per esempio i turisti del crimine, sono note ed esse dispongono di documenti validi, ragion per cui possono essere espulse in tempi brevissimi¹²⁹. La durata dell'espulsione dal territorio svizzero dovrebbe pertanto iniziare a decorrere dal giorno in cui il condannato lascia la Svizzera.

In linea di massima il provvedimento di espulsione resta poi valido per tutto il periodo stabilito nella sentenza.

2.1.4 Articolo 66d (sospensione dell'esecuzione)

Eventuali impedimenti all'esecuzione, siano essi constatati d'ufficio o indicati dall'interessato, non tangono l'obbligo materiale di partire dalla Svizzera e la conseguente revoca del diritto di soggiorno connessi con l'espulsione; in questi casi ci si limita a rinunciare temporaneamente al rinvio coatto. Senza questa «apertura» nell'ambito dell'esecuzione, l'iniziativa sull'espulsione non avrebbe potuto essere validata perché lesiva delle disposizioni cogenti del diritto internazionale.

I motivi di sospensione previsti nell'articolo 66d AP-CP sono gli aspetti relativo e assoluto del principio del non respingimento.

Lettera a: il principio del non respingimento relativo concerne i rifugiati riconosciuti che lo statuto di rifugiato fa beneficiare di un'accresciuta protezione (cfr. art. 25 cpv. 2 Cost.). L'articolo 33 numero 1 della Convenzione¹³⁰ sullo statuto dei rifugiati e l'articolo 5 capoverso 1 LAsi precisano che un rifugiato riconosciuto non può essere espulso in un Paese dove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della razza, della religione, della cittadinanza, dell'appartenenza a un gruppo sociale o delle opinioni politiche. Questa protezione non è tuttavia assoluta (art. 33 n. 2 della Convenzione / art. 5 cpv. 2 LAsi) e non può essere invocata da un rifugiato che per seri motivi debba essere considerato un pericolo per la sicurezza della Sviz-

¹²⁸ Cfr. art. 55 capoverso 3 secondo periodo CP previgente.

¹²⁹ Cfr. in proposito il termine di partenza e l'esecuzione immediata secondo l'articolo 64d LStr.

¹³⁰ Convenzione del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati, RS **0.142.30**

2.1.5.1 Collocazione e titolo marginale

La nuova fattispecie è inserita nel titolo relativo ai reati contro il patrimonio (art. 137 segg. CP) dopo le fattispecie della truffa e dell'abuso previste negli articoli 146–148 CP. Il titolo marginale proposto per l'articolo 148a AP–CP è «ottenimento abusivo di prestazioni di un'assicurazione sociale o dell'aiuto sociale».

2.1.5.2 Rapporto con la truffa

Nella truffa (art. 146 CP) l'autore deve indurre in errore la vittima o confortarne l'errore con astuzia, tale non è il caso dell'articolo 148a AP–CP. Se la fattispecie della truffa è realizzata, va applicata la relativa disposizione poiché si tratta di un reato più grave; quella dell'articolo 148a AP–CP è una fattispecie residuale che si limita a formulare il comportamento passibile di pena non coperto dalla fattispecie della truffa. Questa variante si inserisce nell'alveo della tradizione del CP e ne rispetta la sistematica interna e la logica.

2.1.5.3 Fattispecie oggettiva

La fattispecie dell'articolo 148a capoverso 1 AP–CP prevede che l'autore induca in errore la vittima o ne conforti l'errore fornendo indicazioni non veritiere o incomplete, tacendo mutate circostanze o in altro modo. Nel principale caso d'applicazione della disposizione l'autore fornisce indicazioni non veritiere o incomplete sulla propria situazione finanziaria o personale, per esempio sulla sua situazione medica. La fattispecie menziona però anche il comportamento puramente passivo di chi sottace dei fatti, per esempio omettendo di comunicare un cambiamento di circostanze. Secondo le leggi cantonali sull'aiuto sociale, i richiedenti devono fornire informazioni complete e veritiere sulla loro situazione personale ed economica. Devono presentare i documenti necessari per l'accertamento della situazione e comunicare immediatamente i cambiamenti delle circostanze. Un classico caso di abuso è quello in cui il richiedente simula una situazione di bisogno fornendo informazioni non veritiere o incomplete, oppure sottacendo o celando una situazione di bisogno¹³⁵.

L'espressione «o in altro modo» mira agli altri casi in cui vi è dissimulazione di una situazione di bisogno. La punibilità presuppone sempre l'indebito ottenimento di una prestazione (in proposito cfr. sotto). Il semplice fatto di lasciar sussistere una situazione di bisogno, o la semplice violazione dell'obbligo di migliorare la propria situazione personale o di porre rimedio al bisogno non ha per conseguenza l'indebito ottenimento di una prestazione e non realizza la fattispecie. Nemmeno è menzionata l'illecita utilizzazione di prestazioni ottenute in modo legittimo, poiché sarebbe complesso delimitare tale normativa dalle altre fattispecie penali.

¹³⁵ SKOS, Kontrollen und Sanktionen in der Sozialhilfe, Massnahmen zur Qualitätssicherung und zur Verhinderung von Sozialhilfemissbrauch, Berna 2010, pag. 3; il documento può essere consultato in lingua tedesca all'indirizzo: http://www.skos.ch/store/pdf_d/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente.pdf.

Questi atti possono essere commessi contro chiunque: oltre all'amministrazione, a un'altra autorità o istituzione (federale, cantonale o comunale), possono essere ingannati anche dei terzi. Si tratta da una parte di soggetti di diritto privato che adempiono direttamente compiti amministrativi (p. es. le casse malati organizzate secondo il diritto privato nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie). Dall'altro, l'inganno può pure essere compiuto nei confronti del medico inducendolo a stabilire una diagnosi errata o un referto inesatto che permette all'autore del reato di ottenere indebitamente una prestazione.

Fornendo indicazioni non veritiere o incomplete o sottacendo dei fatti, l'esecutore del reato deve suscitare un errore (indurre in errore). È pure punibile il fatto di confortare l'errore di colui che già vi si trova. Diversamente dalla fattispecie della truffa, la presente disposizione non richiede che l'autore susciti l'errore o lo conforti agendo in modo astuto.

Il risultato necessario per realizzare la fattispecie è l'indebito ottenimento delle prestazioni di un'assicurazione sociale o dell'aiuto sociale. L'ottenimento della prestazione (l'art. 121 cpv. 3 lett. b Cost. usa nel medesimo senso la nozione di percezione della prestazione) significa che l'esecutore del reato si è effettivamente procurato la prestazione o ne ha conseguito il pagamento. Il momento non è quello dell'assegnazione della prestazione, poiché ne deriverebbero diversi problemi pratici. Infatti, è frequente che tale momento non possa essere stabilito, giacché l'assegnazione non sempre avviene mediante decisione o garanzia formale di assunzione dei costi. Ne deriverebbero incertezze e imprecisioni. Se la prestazione è stata assegnata ma non ancora pagata, l'autore può essere punito per aver tentato di ottenere abusivamente prestazioni delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale, posto che abbia avuto intenzione di ottenere la prestazione. Il beneficiario del pagamento può essere la persona che ha suscitato l'errore o un terzo.

2.1.5.4 Fattispecie soggettiva

La fattispecie presuppone l'intenzione. L'autore deve fornire scientemente e intenzionalmente le indicazioni non veritiere o incomplete suscitando un errore e ottenendo così una prestazione indebita.

Contrariamente alla fattispecie della truffa, la presente fattispecie non richiede che l'autore agisca allo scopo di ottenere un lucro indebito (nel medesimo senso art. 14 DPA¹³⁶ e art. 87 LAVS¹³⁷): tale finalità è infatti insita nell'intenzione di ottenere un'indebita prestazione.

2.1.5.5 Comminatoria penale

Secondo la letteratura è proprio l'astuzia a rendere penalmente punibile l'inganno nell'ambito del diritto penale patrimoniale. Attualmente, la semplice menzogna non è punibile come truffa. A tale riguardo vi è una differenza qualitativa con la fattispecie dell'abuso di prestazioni sociali che va rispecchiata anche nelle pene previste. Le

¹³⁶ RS 313.0

¹³⁷ RS 831.10

pene comminate nelle disposizioni comparabili concernenti i diversi rami delle assicurazioni sociali federali e nelle disposizioni cantonali che reprimono l'abuso di prestazioni sociali sono meno severe¹³⁸. Quindi, l'articolo 121 capoverso 3 Cost. considera manifestamente più grave l'illecito commesso da chi abusa di prestazioni sociali.

L'articolo 148a capoverso 2 AP-CP prevede che nei casi poco gravi può essere pronunciata la multa. Potrebbe trattarsi del caso di una persona che scientemente non adempie il proprio obbligo di comunicare immediatamente un aumento del suo grado di occupazione a un'assicurazione sociale da cui percepisce delle prestazioni, preferendo attendere qualche tempo per avere modo di decidere se la sua salute gli permette di far fronte al maggior impegno lavorativo. Tenuto conto della pena comminata nei casi poco gravi, l'espulsione dal territorio svizzero è esclusa.

2.1.5.6 Rapporto con il diritto vigente

Gli atti normativi del diritto federale delle assicurazioni sociali contengono disposizioni penali che puniscono chiunque, mediante indicazioni inesatte o incomplete, ottiene per sé o per altri prestazioni che non gli spettano da parte di una determinata assicurazione sociale¹³⁹. Occorre interrogarsi sul rapporto tra queste disposizioni e il nuovo articolo 148a AP-CP. Il confronto degli elementi dell'enunciato legale rivela che, sebbene le formulazioni siano simili, a differenza dell'articolo 148a AP-CP le fattispecie del diritto delle assicurazioni sociali non contengono l'elemento dell'errore. Queste fattispecie possono pertanto essere realizzate nel caso in cui l'autore fornisce indicazioni non veritiere all'istituzione (p. es. la cassa di compensazione) e quest'ultima ne riconosce la falsità concedendo poi comunque la prestazione senza però commettere errore sul diritto del richiedente di ottenerla¹⁴⁰. Le corrispondenti fattispecie penali delle assicurazioni sociali sono di conseguenza formulate in modo più aperto della fattispecie dell'abuso di prestazioni sociali del CP, ragione per cui non occorre modificare queste norme. Un concorso reale tra queste regole e l'articolo 148a AP-CP è inoltre escluso perché i diversi atti normativi fanno salvi crimini e i delitti del CP sanzionati da pene più gravi¹⁴¹. Se un comportamento realizza sia la fattispecie dell'abuso conformemente al diritto delle assicurazioni sociali sia la fattispecie prevista nell'articolo 148a AP-CP, quest'ultima disposizione si applica perché commina la pena più severa¹⁴².

¹³⁸ Articolo 87 cpv. 1 LAVS: pena pecuniaria fino a 180 aliquote giornaliere; articolo 85 della legge sull'aiuto sociale del Cantone di Berna: multa; § 48a della legge sull'aiuto sociale del Cantone di Zurigo: multa.

¹³⁹ Cfr. art. 87 cpv. 1 LAVS (RS **831.10**), art. 76 cpv. 1 LPP (RS **831.40**), art. 92 lett. b LAMal (RS **832.10**), art. 31 cpv. 1 lett. a LPC (RS **831.30**), art. 105 cpv. 1 LADI (RS **837.0**); correlato disposto degli art. 23 LAFam (RS **836.2**) e 87 cpv. 1 LAVS, correlato disposto degli art. 25 LIPG (RS **834.1**) e 87 cpv. 1 LAVS, correlato disposto degli art. 70 LAI (RS **831.20**) e 87 cpv. 1 LAVS.

¹⁴⁰ HOMBERGER 1993, pag. 59.

¹⁴¹ Cfr. art. 87 cpv. 8 LAVS, art. 76 cpv. 8 LPP, art. 31 cpv. 1 LPC, art. 92 LAMal, art. 105 cpv. 5 LADI; correlato disposto degli art. 23 LAFam e 87 cpv. 8 LAVS, correlato disposto degli art. 25 LIPG e 87 cpv. 8 LAVS, correlato disposto degli art. 70 LAI e 87 cpv. 8 LAVS.

¹⁴² La pena comminata per i reati in materia di assicurazioni sociali è la «pena pecuniaria fino a 180 aliquote giornaliere», quella comminata nell'articolo 148a AP-CP è la «pena detentiva fino a un anno o la pena pecuniaria».

Il perseguimento penale in materia di assicurazioni sociali federali è stato delegato ai Cantoni, ragion per cui l'applicazione della regola concernente la truffa in materia di prestazioni e di tasse secondo l'articolo 14 capoverso 1 DPA è esclusa. Questa norma potrebbe essere applicata, sempre che ne siano riunite le condizioni, nei casi in cui il perseguimento e il giudizio di una determinata infrazione sono demandati a un'autorità amministrativa federale (cfr. art. 1 DPA).

2.1.6 Diritto del casellario giudiziale

2.1.6.1 Introduzione

L'espulsione dal territorio svizzero è iscritta nel casellario giudiziale nell'ambito della sentenza che la pronuncia.

Se è commessa una recidiva mentre l'espulsione dal territorio svizzero è in corso, la durata dell'espulsione è portata a 20 anni. La durata dell'espulsione è pertanto comparabile a un periodo di prova, pure iscritto nel casellario giudiziale. Per l'autorità di perseguimento penale che si serve delle informazioni del casellario giudiziale per commisurare la pena è utile sapere se un nuovo reato è stato commesso durante il periodo di espulsione dal territorio svizzero. È pertanto ragionevole che l'autorità di esecuzione iscriva nel casellario giudiziale la data da cui decorre il periodo di espulsione¹⁴³. Una decisione formale sulla fine dell'espulsione dal territorio svizzero non è di regola necessaria; infatti l'espulsione prende fine alla scadenza del periodo previsto.

In seguito sono presentate le modifiche di legge necessarie.

2.1.6.2 Articolo 369 (eliminazione dell'iscrizione)

L'articolo 369 CP prevede che le sentenze sono eliminate da VOSTRA, sono cioè fisicamente distrutte, alla scadenza di un determinato termine, in linea di massima dipendente dal genere della sanzione (cfr. cpv. 1-5 e 6).

Per quanto concerne le sentenze che irrogano l'espulsione dal territorio svizzero, il *capoverso 5^{bis}* prevede invece che siano eliminate soltanto alla morte dello straniero interessato. I termini di eliminazione che figurano nei capoversi 1-5 e 6 non valgono pertanto per siffatte sentenze.

I dati dell'interessato vanno conservati fino alla sua morte perché l'articolo 66b AP-CP prevede che all'espulso recidivo sia inflitta una forma qualificata d'espulsione dal territorio svizzero della durata di 20 anni. A tal fine, l'espulsione deve essere nota alle autorità di perseguimento penale e alle autorità della giustizia penale anche dopo che ha preso fine. È infatti possibile che una recidiva avvenuta mentre era in corso una misura di espulsione sia scoperta soltanto dopo che quest'ultima è giunta al termine. Teoricamente, l'espulsione dal territorio svizzero dovrebbe figurare in VOSTRA almeno fino alla prescrizione del perseguimento della recidiva (art. 97 segg. CP). La conservazione in VOSTRA fino alla morte dell'interessato è indispen-

¹⁴³ L'art. 6 dell'ordinanza del 29.9.2006 sul casellario giudiziale (Ordinanza VOSTRA; RS 331) dovrà essere completato di conseguenza.

sabile poiché nel momento in cui l'espulsione giunge a scadenza non sono noti né la recidiva potenziale né il suo termine di prescrizione e anche perché alcuni reati per cui è prevista l'espulsione sono imprescrittibili (art. 66a AP-CP, art. 101 CP).

Per motivi di proporzionalità è invece previsto che dopo la scadenza dell'espulsione dal territorio svizzero l'accesso a tali dati sia riservato a determinate autorità.

2.1.6.3 **Articolo 371 (estratti del casellario rilasciati a privati)**

L'articolo 371 stabilisce il momento in cui una sentenza, pur rimanendo in VOSTRA, cessa di figurare sull'estratto per privati del casellario giudiziale per motivi inerenti al reinserimento¹⁴⁴ sociale del condannato. Questi termini si fondano su quelli di cui all'articolo 369 ma sono abbreviati.

Il fatto che una sentenza non figuri sull'estratto per privati è indipendente dal fatto che viene conservata in VOSTRA fino al decesso dell'interessato (art. 369 cpv. 5^{bis} AP-CP). Infatti, ora i capoversi 3 e 4 rinviano all'articolo 369 menzionando esplicitamente i capoversi determinanti per il calcolo dei termini. Sotto il profilo materiale non vi sono modifiche.

Il nuovo *capoverso* 4^{bis} contiene una normativa speciale per le sentenze che prevedono l'espulsione dal territorio svizzero. La disposizione prevede che una sentenza figura sull'estratto del casellario giudiziale almeno fintanto che lo straniero soggiace¹⁴⁵ a una misura di espulsione. Di conseguenza, la sentenza cessa in linea di massima di figurarvi dal momento in cui l'espulsione dal territorio svizzero è giunta al termine¹⁴⁶. Se l'espulsione cessa prima della scadenza dei termini normali di cui all'articolo 371 capoversi 3 o 4 CP¹⁴⁷, la speciale normativa del capoverso 4^{bis} non trova applicazione.

Se uno straniero ha commesso un reato per il quale è per esempio condannato a una pena pecuniaria con la condizionale per un periodo di prova di due anni e a un'espulsione dal territorio svizzero di 5 anni, la sentenza non cessa di figurare sull'estratto del casellario giudiziale al termine del periodo di prova (cfr. art. 371 cpv. 3^{bis}) ma al termine dell'espulsione.

Per tenere conto della durata delle espulsioni, la speciale normativa prevista nel *capoverso* 6 estende il periodo durante il quale le sentenze che contengono pene con la condizionale o brevi pene detentive senza condizionale e una lunga espulsione dal territorio svizzero figurano sull'estratto del casellario giudiziale.

Tuttavia nel caso di un'espulsione dal territorio svizzero, non appare giustificato permettere a colui che tuttora soggiace alla misura di espulsione e sottostà al divieto

¹⁴⁴ Una volta scaduti questi termini, il condannato può presentarsi ai privati (p. es. al locatore di un appartamento) come persona incensurata.

¹⁴⁵ Sulla nozione di «soggiacere all'espulsione» cfr. commenti all'art. 66c AP-CP (n. 2.1.2).

¹⁴⁶ La durata dell'espulsione dal territorio svizzero è calcolata a partire dal momento in cui l'interessato ha lasciato la Svizzera (art. 66 cpv. 2 AP-CP).

¹⁴⁷ In questo caso l'articolo 371 capoverso 3^{bis} CP non è rilevante perché l'espulsione dal territorio svizzero dura da 5 a 15 anni, vale a dire almeno quanto il periodo di prova più lungo (5 anni) applicabile in caso di sospensione condizionale o condizionale parziale di una pena.

di soggiornare in Svizzera di ottenere un estratto del casellario «pulito» già alla scadenza dei termini normali di cui all'articolo 371 capoversi 3–5. In questi casi anche i terzi (p. es. locatore, datore di lavoro) che si fondano sulle informazioni contenute nell'estratto per privati dovrebbero poter sapere se una persona soggiace (tuttora) a un'espulsione. Altrettanto vale nel caso in cui il condannato soggiorna ancora in Svizzera perché l'espulsione non può essere eseguita (per motivi tecnici o in virtù del principio del non respingimento). In questo caso gli interessi della sicurezza prevalgono sull'interesse dell'interessato al reinserimento sociale.

Infine l'avamprogetto propone che anche le sentenze contenenti una misura di espulsione (cpv. 4^{bis}) soggiacciano alla regola del capoverso 5.

2.1.6.4 Codice penale nella versione del 19 marzo 2010 Articolo 367 (trattamento dei dati e accesso)

Le modifiche dell'articolo 367 CP proposte dall'avamprogetto si basano sulla versione di questa disposizione adeguata nell'ambito della modifica della legge militare (LM) la cui entrata in vigore è prevista per il 1° gennaio 2013 (cfr. RU 2011 487).

Secondo l'articolo 369 capoverso 5^{bis} AP-CP, le sentenze che infliggono un'espulsione dal territorio svizzero devono essere conservate in VOSTRA fino alla morte dell'interessato (cfr. sopra n. 2.1.6.2). Al termine della misura, questi dati rimangono rilevanti soltanto per le autorità che eseguono procedimenti penali e a cui deve pertanto essere nota una precedente espulsione (per esempio nell'ottica di un'espulsione dal territorio svizzero qualificata). In definitiva devono continuare ad avere accesso a questi dati anche l'Ufficio federale di giustizia che tiene il registro e i servizi cantonali di coordinamento che partecipano alla tenuta. Per questi motivi, il capoverso 2^{ter} prevede che, una volta terminato il periodo di espulsione dal territorio svizzero, soltanto le rimanenti autorità (vale a dire le autorità di cui al capoverso 2 lettere c–k) non abbiano più accesso alla sentenza dopo che l'espulsione è giunta al termine. In alcuni casi è però possibile che un'espulsione termini prima che giungano a scadenza i termini normalmente previsti nell'articolo 369 capoversi 1–4 CP per l'eliminazione delle sentenze che non irrogano espulsione. Il secondo periodo del capoverso 2^{ter} garantisce che questi dati possano essere consultati almeno per il periodo normalmente previsto per le altre sentenze.

Rimane immutato il contenuto dei capoversi 2^{quater} – 2^{sexies} CP. È semplicemente adeguata la loro numerazione per tenere conto dell'inserimento del nuovo capoverso 2^{ter}148.

148 Per la numerazione originaria e il testo dei capoversi 2^{quater} – 2^{sexies} cfr. RU 2010 6015, 6027 seg. Allegato cifra II.

2.2 Codice penale militare¹⁴⁹

2.2.1 Articolo 49a (espulsione dal territorio svizzero)

La disposizione parte dal presupposto che soltanto i civili o i militari stranieri di cui all'articolo 3 numeri 2 e 7-9 CPM possono commettere reati da cui può risultare un'espulsione ai sensi dell'articolo 121 capoversi 3-6 Cost.

I principi per irrogare un'espulsione dal territorio svizzero corrispondono a quelli dell'articolo 66a AP-CP. Il catalogo dei reati contenuto nel capoverso 1 è tuttavia meno esteso perché si basa soltanto su reati perseguiti dal CPM.

Il catalogo dei reati di cui al capoverso 1 lettere a e b menziona reati di diritto penale militare che corrispondono a quelli dell'articolo 66a AP-CP.

La truffa nell'ambito delle assicurazioni sociali o dell'aiuto sociale ai sensi dell'articolo 66a capoverso 1 lettera c AP-CP non figura nel catalogo dei reati. È difficile immaginare che un civile o un militare straniero commetta un tale reato in qualità di impiegato o incaricato dell'esercito o dell'amministrazione militare congiuntamente con la truppa (art. 3 n. 8 CPM). Per questo motivo l'avamprogetto rinuncia a proporre l'adozione nel CPM di una disposizione analoga all'articolo 148a AP-CP.

Le violazioni della legge sugli stupefacenti sono giudicate dai giudici comuni, ragione per cui il catalogo dei reati del CPM, diversamente da quello del CP (art. 66a cpv. 1 lett. d AP-CP) non comprende i reati ai sensi dell'articolo 19 capoverso 2 LStup.

I reati elencati nell'articolo 3 numero 7 CPM non fanno parte del catalogo dei reati perché non corrispondono a quelli menzionati nell'articolo 66a AP-CP né rientrano tra i reati della criminalità straniera cui è dedicata la nuova disposizione costituzionale.

Occorre rilevare che gli stranieri condannati in applicazione del CPM possono essere espulsi conformemente all'articolo 68 LStr per tutelare la sicurezza interna ed esterna della Svizzera (cfr. sopra n. 1.3.2).

2.2.2 Articolo 49b (recidiva)

La presente disposizione corrisponde all'articolo 66b AP-CP.

2.2.3 Articolo 49c (esecuzione)

Come per l'esecuzione delle pene (art. 34b cpv. 1 CPM) e delle misure (art. 47 cpv. 3 CPM) anche per l'esecuzione dell'espulsione dal territorio svizzero è fatto rinvio alle disposizioni del CP.

¹⁴⁹ RS 321.0

2.3 Modifica di altre leggi federali

2.3.1 Legge sugli stranieri¹⁵⁰

2.3.1.1 Articolo 61

Se un'espulsione dal territorio svizzero diviene definitiva, il permesso di soggiorno dello straniero decade automaticamente, senza che sia necessaria una decisione. Quanto precede vale per qualsivoglia permesso di diritto degli stranieri (permesso di soggiorno di breve durata, permesso di dimora, permesso di domicilio, permesso per frontalieri).

2.3.1.2 Articoli 62 e 63

Per evitare il dualismo¹⁵¹ criticato nella previgente normativa sull'espulsione dal territorio svizzero (art. 55 CP previgente), nell'avamprogetto sono introdotti l'articolo 62 capoverso 2 LStr e l'articolo 63 capoverso 3 LStr. Queste regole vietano all'autorità competente in materia di stranieri di sopprimere o revocare un permesso soltanto per tenere conto di un reato già giudicato definitivamente da un giudice penale che non ha pronunciato l'espulsione dal territorio svizzero. Tuttavia, se nell'ambito dell'esame compiuto dall'autorità competente in materia di stranieri emergono fatti ignoti nel momento in cui la sentenza penale è stata pronunciata, o fatti verificatisi successivamente non connessi con il reato, o fatti rilevanti soltanto nel diritto degli stranieri, è evidente che la citata autorità deve revocare il permesso dello straniero per motivi fondati sul diritto degli stranieri.

2.3.1.3 Articoli 75, 76 e 78

L'avamprogetto crea nella legge sugli stranieri una base legale a complemento delle misure di respingimento che possono adottare i Cantoni. Nella DTF 128 II 103, il Tribunale federale, pronunciandosi sull'espulsione dal territorio svizzero del diritto previgente (previgente art. 55 CP) si era espresso sulla detenzione amministrativa sostenendo che la legge non menziona espressamente l'espulsione dal territorio svizzero come misura di respingimento per cui era ammissibile una carcerazione in vista di rinvio coatto. Già qualche tempo prima, i giudici di Mon Repos avevano deciso, d'accordo con la dottrina, che in linea di massima l'espulsione dal territorio svizzero pronunciata dal giudice penale può giustificare una carcerazione in vista di rinvio coatto¹⁵².

La decisione di ordinare le misure di respingimento secondo il CPP o secondo la LStr è lasciata ai Cantoni.

Una possibile soluzione potrebbe consistere nel sancire nella legge soltanto un genere di misura di respingimento valido per tutti i Cantoni: l'esecuzione della carcerazione di sicurezza secondo il CPP o le misure previste nella LStr.

¹⁵⁰ RS 142.20

¹⁵¹ Cfr. KELLER 2003, art. 55 n. 62.

¹⁵² Sentenza 2A.405/1996 del 29 agosto 1996, confermata dalle sentenze 2A.1/1998 del 23 gennaio 1998 e 2A.13/1999 del 28 gennaio 1999.

2.3.2 Legge sull'asilo¹⁵³

2.3.2.1 Articolo 37 e articolo 109

Il principio di non respingimento pone i rifugiati riconosciuti al beneficio di una protezione più ampia di quella di cui godono le persone che non sono considerate rifugiati ai sensi dell'articolo 3 LAsi (cfr. n. 2.1.4). Per tenere conto di questo principio e rispettare il diritto internazionale cogente, l'autorità di esecuzione deve attendere la decisione dell'UFM o del Tribunale amministrativo federale sulla qualità di rifugiato di un espulso che ha presentato domanda d'asilo. L'UFM e il Tribunale amministrativo federale sono pertanto tenuti a trattare con celerità le decisioni sulla qualità di rifugiato dei richiedenti d'asilo espulsi con decisione definitiva.

2.3.2.2 Articolo 53 e articolo 64

A prescindere dalla sua qualità di rifugiato, uno straniero che viene espulso non ha diritto o perde il diritto all'asilo.

2.3.3 Codice svizzero di procedura penale¹⁵⁴

2.3.3.1 Articolo 220 capoverso 2

Le attuali disposizioni per garantire l'esecuzione dell'espulsione dal territorio svizzero sono in linea di massima sufficienti, si fa ricorso alle misure previste dal diritto degli stranieri anche per l'esecuzione dell'espulsione giudiziaria dal territorio svizzero. Non occorre pertanto precisare ulteriormente la LStr (cfr. sopra n. 2.3.1.3).

È invece possibile precisare le disposizioni del CPP affinché sia espressamente previsto che la carcerazione di sicurezza può servire anche per garantire l'espulsione dal territorio svizzero.

La decisione di garantire l'esecuzione dell'espulsione dal territorio svizzero sulla base formale della carcerazione di sicurezza secondo il CPP o della carcerazione in vista di rinvio coatto secondo la LStr è lasciata ai Cantoni.

2.3.3.2 Articolo 352 capoverso 2

Se è possibile che sia irrogata un'espulsione dal territorio svizzero, il giudice penale deve pronunciare secondo la procedura ordinaria; in questi casi la procedura del decreto d'accusa è esclusa (cfr. sopra n. 1.4.4.6). Precisando l'articolo 352 capoverso 2 si vuole tenere conto di questo principio.

¹⁵³ RS 142.31

¹⁵⁴ RS 312.0

2.3.4 Procedura penale militare¹⁵⁵

2.3.4.1 Articolo 56 lettera a

Per analogia con la modifica dell'articolo 220 capoverso 2 CPP, completando l'articolo 56 lettera a si vuol far sì che la carcerazione di sicurezza possa essere ordinata nella prospettiva di eseguire un'espulsione dal territorio svizzero.

La modifica è formulata in termini generali e, per analogia con l'articolo 221 capoverso 1 lettera a CPP, comprende tutte le sanzioni.

2.3.4.2 Articolo 119 capoverso 2 lettera e

Se è possibile che sia irrogata un'espulsione dal territorio svizzero, il giudice penale deve pronunciare secondo la procedura ordinaria; in questi casi la procedura del decreto d'accusa è esclusa (cfr. sopra n. 1.4.4.6). Precisando l'articolo 119 capoverso 2 lettera e si vuole tenere conto di questo principio.

2.3.5 Legge federale del 22 marzo 1974¹⁵⁶ sul diritto penale amministrativo (DPA)

L'articolo 21 capoverso 1 DPA è completato nel senso che il giudizio spetta al tribunale non soltanto se il Dipartimento preposto reputa che ricorrono gli estremi per infliggere una pena detentiva o una misura privativa della libertà, ma anche se ritiene che ricorrono gli estremi per pronunciare un'espulsione dal territorio svizzero.

Il motivo per il quale l'espulsione dal territorio svizzero esula dalla competenza materiale dell'autorità amministrativa interessata è connesso con la gravità della misura che, al pari della pena detentiva e della misura privativa della libertà, deve poter essere pronunciata soltanto da un giudice penale indipendente. Inoltre, occorre anche mantenere un certo parallelismo con la procedura prevista nel diritto processuale penale. Infatti un'espulsione dal territorio svizzero può essere ordinata soltanto dal giudice penale¹⁵⁷ e non dal ministero pubblico nell'ambito della procedura del decreto d'accusa¹⁵⁸.

L'articolo 73 capoverso 1 (primo periodo) prevede quindi d'ora innanzi che l'amministrazione in causa trasmette gli atti al ministero pubblico cantonale all'attenzione del giudice penale competente.

¹⁵⁵ RS 322.1

¹⁵⁶ RS 313.0

¹⁵⁷ Cfr. in proposito n. 1.4.4.6.

¹⁵⁸ Questa procedura si applica in casi semplici e chiari quanto ai fatti e sotto il profilo del diritto in cui sono pronunciate soltanto sanzioni relativamente lievi.

2.3.6 Legge federale del 13 giugno 2008¹⁵⁹ sui sistemi d'informazione di polizia della Confederazione (LSIP)

Il capoverso 1 lettera d dell'articolo 15 LSIP è completato dalla menzione dell'espulsione dal territorio svizzero secondo l'articolo 66a AP-CP e 49a AP-CPM. Ciò permette alle competenti autorità federali e cantonali di utilizzare il sistema di ricerca informatizzato di persone anche per eseguire misure di allontanamento e misure coercitive nei confronti di stranieri finalizzate all'espulsione dal territorio svizzero.

3 Ripercussioni

3.1 Previsioni

3.1.1 Situazione attuale

Nel 2010 il Forum svizzero per lo studio delle migrazioni e della popolazione (SFM) e il Centro dei diritti delle migrazioni (ZFM) dell'università di Neuchâtel hanno effettuato un sondaggio per valutare la prassi cantonale in materia di allontanamento di stranieri che hanno commesso un reato. Venti Cantoni si erano detti disposti a collaborare. Nel 2008 i rispettivi Cantoni arrivavano a un sottotale di 480, nel 2009 a 615 autori stranieri di reati espulsi dalla Svizzera in seguito a una condanna penale. Secondo il rapporto del SFM e ZFM, le stime effettuate per i 26 Cantoni lasciano presumere che nel 2008 erano almeno 615 e nel 2009 almeno 750 gli stranieri con un permesso di dimora condannati all'espulsione¹⁶⁰.

3.1.2 Previsioni per la variante 1

La variante 2, contenuta nel rapporto del gruppo di lavoro¹⁶¹, fornisce un valore indicativo per stimare il numero degli stranieri che, in seguito alle normative previste nella variante 1, andrebbero espulsi dalla Svizzera. Il catalogo dei reati di tale variante corrisponde circa a quello dell'avamprogetto¹⁶².

¹⁵⁹ RS 361

¹⁶⁰ Cfr. Aktuelle Praxis der Wegweisungen, Kurzbericht, Commissione federale della migrazione CFM, Berna, 19.11.2010, pag. 1, 2, 3, 7.

¹⁶¹ Rapporto del gruppo di lavoro; il rapporto si riferisce a sua volta alle ricerche svolte dall'Ufficio federale della statistica (UST) in vista della votazione sull'Iniziativa espulsione. Cfr. rapporto del gruppo di lavoro pag. 103 segg.

¹⁶² Oltre ai reati esplicitamente menzionati nella Costituzione sono contenuti gravi crimini quali i reati contro la vita e l'integrità della persona, contro la libertà e il patrimonio passibili di una pena detentiva minima di un anno oppure massima di dieci anni, nonché reati sessuali e crimini di comune pericolo per cui vale la stessa comminatoria penale. Questo catalogo corrisponde circa a quello proposto dalla maggioranza del gruppo di lavoro, contenuto nella variante 2, che comprende non solo i reati previsti dall'articolo costituzionale ma tutti i crimini passibili di una pena detentiva minima di un anno o più o di una pena detentiva massima di dieci anni o più.

Sulla base delle cifre fornite dall'Ufficio federale di statistica (UST), nel 2009 sarebbero stati 3400 gli stranieri interessati dalle nuove disposizioni:

- nel 23% dei casi si trattava di cittadini UE a cui è di norma applicato l'ALC;
- circa 1300 degli stranieri interessati disponevano di un permesso di dimora o di domicilio e quindi di un diritto al soggiorno durevole;
- circa 1680 erano richiedenti l'asilo, persone prive di permessi oppure persone ammesse in qualità di dimoranti temporanei o di frontalieri;
- in circa 400 casi lo statuto di soggiorno non è stato rilevato;
- nell'ambito di questa variante, l'espulsione obbligatoria sarebbe stata irrogata a circa 1300 persone all'anno con diritto al soggiorno durevole;
- in circa 330 casi la domanda d'asilo o la sospensione dell'ammissione provvisoria andava esaminata come questione pregiudiziale¹⁶³;
- negli altri circa 1770 casi si poteva presumere che le persone in questione avrebbero dovuto lasciare la Svizzera in seguito alla mancanza di un diritto di soggiorno e indipendentemente dalla commissione di un reato¹⁶⁴. Tuttavia, queste persone sarebbero state interessate dalle nuove disposizioni costituzionali, in quanto, in caso di una condanna penale, sarebbero state sanzionate con un'espulsione di almeno cinque anni, mentre il diritto vigente di norma stabilisce un divieto d'entrata di massimo cinque anni.

Va inoltre osservato che il numero degli stranieri interessati dall'avamprogetto sarà probabilmente inferiore alle 3400 persone menzionate, perché il giudice è tenuto a ordinare l'espulsione in rispetto della CEDU, del Patto ONU II e della Convenzione sui diritti del fanciullo.

3.1.3 Previsioni per la variante 2¹⁶⁵

Nel 2009 circa 16 400 stranieri sarebbero stati interessati dalla variante 1.

- 3183 erano cittadini UE (circa il 20 %) che potevano appellarsi all'ALC.
- Circa 4450 degli interessati disponevano di un permesso di dimora o di domicilio e quindi di un diritto al soggiorno durevole.
- Circa 10 780 erano richiedenti l'asilo, persone prive di permessi oppure persone ammesse in qualità di frontalieri o dimoranti temporanei.
- In circa 1180 casi lo statuto di soggiorno non è stato rilevato.
- Nell'ambito della variante 2 una revoca o una decisione di non prorogare un permesso previsto dalla legislazione sugli stranieri sarebbe stata ordinata a circa 4500 persone all'anno.

¹⁶³ Rapporto del gruppo di lavoro, pag. 105 seg., la variante 2 dell'AP corrisponde alla variante 1 del gruppo di lavoro.

¹⁶⁴ Rapporto del gruppo di lavoro, pag. 106.

¹⁶⁵ Rapporto del gruppo di lavoro, pag. 105.

- In 2500 casi la domanda d'asilo o la sospensione dell'ammissione provvisoria andava esaminata come questione pregiudiziale (a meno che non sia già stato fatto prima della condanna).
- Nei restanti circa 9500 casi si poteva presumere che di norma le persone in questione non avevano diritto di permanenza e che avrebbero dovuto quindi già lasciare la Svizzera, indipendentemente dalla commissione di un reato.

Rispetto alla variante 1, il numero degli stranieri contemplati dalla variante 2 è nettamente superiore. Questa differenza è in prima linea riconducibile al fatto che la variante 2 si basa soltanto sul reato commesso, mentre la variante 1, oltre al tipo considera anche la gravità del reato (pena detentiva minima superiore ai sei mesi). Tuttavia non è chiaro quante delle persone condannate a una pena detentiva non superiore ai sei mesi secondo la variante 1, potrebbero essere espulse dalla Svizzera in virtù della clausola d'eccezione prevista dall'articolo 66a capoverso 2 AP-CP.

3.2 Possibili ripercussioni su Confederazione e Cantoni

3.2.1 In generale

L'aumento delle espulsioni come conseguenza delle due varianti, potrebbe ripercuotersi su Confederazione e Cantoni nell'ambito dell'amministrazione, della carcerazione in vista di un rinvio coatto¹⁶⁶ e del soccorso d'emergenza o dell'aiuto sociale.

3.2.2 Per la Confederazione

3.2.2.1 Variante 1

Nell'ambito dell'assistenza amministrativa viene talvolta chiesto all'Ufficio federale della migrazione (UFM) se l'allontanamento (previsto dalla legislazione sugli stranieri) violerebbe l'obbligo del non respingimento. Questa domanda continuerà a essere attuale anche con l'introduzione della nuova espulsione. Il conseguente onere di lavoro da quattro a sei ore (per i casi non complicati) non va trascurato.

La variante 1 invece non crea alle autorità federali un onere amministrativo supplementare legato all'ammissione provvisoria, poiché quest'ultima non può essere ordinata per le persone a cui è stata irrogata l'espulsione.

3.2.2.2 Variante 2

Il numero maggiore delle persone contemplate dalla variante 2, rispetto alla variante 1, aumenterebbe nettamente l'onere supplementare dell'UFM creato dagli accertamenti concernenti l'obbligo di non respingimento. In seguito all'assenza di un disciplinamento non è chiaro se la variante 2 implicherà un onere supplementare per le autorità federali dovuto alle ammissioni provvisorie.

¹⁶⁶ Detta anche «detenzione amministrativa».

3.2.3 Per i Cantoni e i Comuni

3.2.3.1 Variante 1

I Cantoni saranno tenuti a eseguire la nuova espulsione. Con la variante 1 possono scegliere se conferire tale competenza alle autorità preposte all'esecuzione delle pene, alle autorità in materia di diritto sugli stranieri o ad ambedue le autorità.

Alla luce di quanto esposto, è lecito chiedersi se le conseguenze dell'Iniziativa espulsione implicheranno un onere di lavoro superiore o inferiore per le autorità cantonali. È possibile che l'onere amministrativo diminuisca, poiché le autorità in materia di migrazione non sono più tenute ad accertare le prove nell'ambito di una procedura di allontanamento (concerne i casi in cui sarà il giudice a irrogare un'espulsione in seguito a un reato). Ma è anche ipotizzabile un aumento dell'onere, perché il maggior numero di espulsioni potrebbe accrescere le controversie giuridiche causate dalle impugnazioni contro le decisioni di esecuzione¹⁶⁷.

Inoltre, è probabile che per i Cantoni s'inasprisca il problema dei costi correlati alla carcerazione amministrativa. Già oggi la Svizzera non dispone di sufficienti posti per la carcerazione. L'istituzione di nuovi penitenziari comporterebbe quindi un aumento importante dei costi.

Infine è possibile che il sistema relativo al soccorso d'emergenza nonché all'aiuto sociale implichi per i Cantoni oneri finanziari supplementari. Con il passaggio in giudicato di un'espulsione si estinguono tutti i diritti al soggiorno della persona straniera; tuttavia è possibile che il soggiorno in Svizzera si protragga per il periodo in cui vanno effettuati accertamenti riguardo all'eseguibilità dell'espulsione oppure in casi in cui l'espulsione non è eseguibile (p. es. a causa dell'obbligo del non respingimento). Le persone che non hanno diritto al soggiorno, non ottengono permessi di lavoro e quindi di norma non possono più provvedere al proprio sostentamento. Per questo motivo è possibile che i Cantoni dovranno assumere costi supplementari per lo meno nell'ambito delle situazioni di bisogno ai sensi dell'articolo 12 della Costituzione.

3.2.3.2 Variante 2

La variante 2 non prevede regolamentazioni esecutive che permettono di trarre conclusioni in merito alle summenzionate ripercussioni. È tuttavia possibile presumere che la variante 2 sollevierà le stesse domande della variante 1. In seguito al maggior numero di persone contemplate dalla variante 2, rispetto alla variante 1, si prevede anche un considerevole aumento dell'onere per le autorità esecutive, dei costi relativi alla carcerazione amministrativa e del soccorso d'emergenza.

¹⁶⁷ Cfr. «Migrationsämter sind uneins», Südostschweiz.ch del 14.10.2010, consultabile all'indirizzo <http://www.suedostschweiz.ch/zeitung/migrations%C3%A4mter-sind-uneins>, l'indirizzo è stato consultato per l'ultima volta il 16.01.2012.

3.3 Rapporto con gli accordi con l'UE

È prioritario valutare quali possono essere le ripercussioni degli avamprogetti sull'Accordo sulla libera circolazione delle persone (ALC) e sugli altri sei accordi bilaterali tra la Svizzera e l'Unione europea.

3.3.1 Rispetto delle prescrizioni dell'ALC

L'attuazione dell'iniziativa conformemente all'ALC presuppone che in assenza di una minaccia attuale, effettiva e sufficientemente grave dell'ordine pubblico non sia possibile infliggere l'espulsione o pronunciare il divieto d'entrata. Un disciplinamento conforme all'ALC obbliga inoltre tutte le autorità autorizzate a pronunciare misure che potrebbero limitare la libera circolazione, a esaminare i criteri in ogni singolo caso. Questo vale già per le autorità giudicanti, sia per il giudice penale, sia per le autorità competenti in materia di stranieri, in occasione della procedura di decisione.

3.3.1.1 Variante 1

La variante 1 riduce considerevolmente il rischio che siano effettivamente prese misure di respingimento contrarie all'accordo, e ciò per i seguenti motivi. Limitare il catalogo dei reati ai crimini gravi permette di garantire che l'espulsione intervenga soltanto se l'esposizione a pericolo dell'ordine pubblico è sufficientemente grave. Inoltre, nei casi di poco conto in cui un'esposizione a pericolo sufficientemente grave non dovrebbe sussistere, l'espulsione dal territorio svizzero non può in linea di massima essere pronunciata perché a tal fine deve essere stata irrogata una pena superiore alla soglia minima di 6 mesi. Sancire questa pena minima e considerare le garanzie internazionali dei diritti umani nei casi in cui la pena irrogata supera tale soglia, permette finalmente di tenere conto del principio della proporzionalità in senso stretto.

Per motivi di coerenza il Consiglio federale ha pure valutato l'opportunità di inserire nel catalogo dei reati anche i reati in materia di tributi dovuti allo Stato. Se i reati in materia di ottenimento di prestazioni dello Stato devono portare all'espulsione obbligatoria dal territorio svizzero, sarebbe coerente prevedere la medesima conseguenza giuridica anche per i reati in materia di tributi. In considerazione delle pene comminate si tratta di reati di gravità minima, ragion per cui l'irrogazione di misure di respingimento sarebbe difficilmente compatibile con le prescrizioni dell'ALC (cfr. sopra, n. 3.3.1). Per ridurre al minimo i contrasti tra la presente normativa e le prescrizioni dell'ALC, il Consiglio federale ha finalmente deciso di non integrare i reati in materia di tributi nel catalogo dei reati.

La variante 1, proposta dal Consiglio federale, garantisce che l'espulsione intervenga soltanto nei casi in cui di regola vi è una violazione sufficientemente grave dell'ordine pubblico. Ciò permette di limitare al minimo i conflitti con l'ALC, rispettando nel contempo la volontà del Popolo.

3.3.1.2 Variante 2

Diversamente da quanto succederebbe con la variante 1, in caso di attuazione della variante 2, molte espulsioni sarebbero irrogate in violazione dell'ALC. Infatti, in molti casi non si potrebbe dare il necessario rilievo alla sufficiente gravità dell'esposizione a pericolo dell'ordine pubblico. Da una parte perché il catalogo dei reati non contiene soltanto crimini gravi, ma anche numerosi crimini meno gravi e delitti di scarsa gravità (p. es. le lesioni semplici, art. 123). E dall'altra perché la variante 2 non prevede l'espulsione soltanto per le pene che superano una soglia minima e non permette di considerare alcuna garanzia internazionale dei diritti umani eccetto il divieto di respingimento. In virtù di questo automatismo dell'espulsione il giudice è imperativamente tenuto a pronunciare l'espulsione dal territorio svizzero anche nei casi di poco conto.¹⁶⁸

Peraltro, nel momento della sentenza non viene effettuato l'esame delle circostanze del singolo caso, mentre nel momento dell'esecuzione queste sono tutt'al più considerate in relazione con il divieto di respingimento. Ciò non soddisfa le esigenze dell'ALC.

Le conseguenze descritte qui di seguito saranno più nette per la variante 2 che per la variante 1.

3.3.1.3 Ripercussioni per l'ALC

Non è possibile escludere che l'applicazione delle nuove disposizioni sull'espulsione dal territorio svizzero (CP) porterà la Svizzera a violare l'accordo. L'Unione europea si troverà a dover constatare e biasimare queste violazioni. Occorre tuttavia che l'Unione europea ha un forte interesse al mantenimento dell'ALC. Va inoltre tenuto presente che, diversamente dalla variante 2, la variante 1 riduce fortemente i casi in cui le espulsioni irrogate potrebbero effettivamente violare l'ALC. Non è pertanto possibile prevedere quali saranno le conseguenze politiche concrete di questa situazione¹⁶⁹.

Una possibile soluzione del conflitto potrebbe consistere nel rinegoziare il punto di disaccordo tra la Svizzera e l'UE (automatismo dell'espulsione) e nella formulazione di una riserva all'ALC per quanto concerne l'articolo 121 capoversi 3-6 della Costituzione. La prassi della CGCE riguardo ad alcuni Stati membri dell'UE dimostra che l'UE non sarebbe disposta ad applicare una soluzione speciale per la Svizzera. La Germania, la Spagna e l'Olanda sono state condannate dalla CGCE per disciplinamenti nazionali¹⁷⁰ che violavano il pertinente diritto europeo¹⁷¹. Nel caso dell'Olanda, ad esempio, si trattava di una normativa in materia di diritto sugli

¹⁶⁸ Cfr. la tavola che illustra le singole varianti proposte dal gruppo di lavoro può essere consultata all'indirizzo:

http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_tab_delikte-d.pdf

¹⁶⁹ JAAG / PRIULI 2010, pag. 7.

¹⁷⁰ Disciplinamenti concernenti l'espulsione in seguito a «Minaccia dell'ordine pubblico e degli interessi fondamentali della società».

¹⁷¹ L'Olanda aveva ad esempio introdotto una disposizione di diritto in materia di stranieri che permetteva di stabilire un nesso sistematico e automatico tra una condanna penale e un'espulsione e non teneva conto delle circostanze familiari, del comportamento personale e dell'esistenza di una minaccia effettiva e sufficientemente grave dell'ordine pubblico. Cfr. JAAG / PRIULI 2010, pag. 5.

stranieri che stabiliva un nesso automatico tra la condanna penale e l'espulsione senza prevedere l'obbligo di tenere conto delle circostanze personali e familiari¹⁷².

4 Rapporto con il programma di legislatura

Nel messaggio sul programma di legislatura 2011–2015 del 25 gennaio 2012 il messaggio relativo all'attuazione dell'iniziativa popolare «Per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)» è indicato come «altro oggetto» che permette di adempiere l'obiettivo 16 «Le opportunità offerte dalla migrazione sono colte e i rischi combattuti»¹⁷³.

5 Aspetti giuridici

5.1 Costituzionalità

5.1.1 Competenza legislativa

In virtù dell'articolo 121 capoverso 1 Cost., la legislazione sull'entrata, l'uscita, la dimora e il domicilio degli stranieri nonché sulla concessione dell'asilo compete alla Confederazione. Conformemente all'articolo 123 Cost. anche la legislazione nel campo del diritto penale e della procedura penale spetta alla Confederazione.

Secondo la disposizione transitoria dell'articolo 121 della Costituzione federale (art. 197 n. 8 Cost.), entro cinque anni dall'accettazione dell'articolo 121 capoversi 3–6 da parte del Popolo e dei Cantoni, il legislatore definisce e completa la fattispecie di cui all'articolo 121 capoverso 3 ed emana le disposizioni penali relative all'entrata illegale di cui all'articolo 121 capoverso 6. La competenza legislativa per le misure qui proposte risulta direttamente dall'articolo 121 capoverso 3–6 Cost.

5.1.2 Conformità ai diritti fondamentali

5.1.2.1 Variante 1

La variante 1 si basa sull'equivalenza delle disposizioni costituzionali e rispetta l'interpretazione armonizzata. Tuttavia attribuisce una grande importanza alle nuove disposizioni costituzionali secondo l'articolo 121 capoverso 3–6 Cost. (cfr. sopra n. 1.4.2), tenendo conto solo fino a un certo punto dei principi dello Stato di diritto ai sensi dell'articolo 5 capoversi 2 e 4 Cost. Dall'applicazione delle disposizioni legali possono conseguire ingerenze nel diritto al rispetto della vita privata e familiare secondo l'articolo 13 capoverso 1 Cost.

Il principio della proporzionalità (in senso stretto) trova espressione nella pena minima (cfr. sopra n. 1.4.4.4) e nel rispetto delle garanzie dei diritti umani statuite dal diritto internazionale (cfr. sopra n. 1.4.2).

¹⁷² JAAG / PRIULI 2010, pag. 5.

¹⁷³ FF 2012 435.

5.1.2.2

Variante 2

La variante 2 si basa sul punto di vista dei rappresentanti del comitato d'iniziativa, secondo il quale le nuove disposizioni costituzionali sono proporzionate e compatibili con il diritto internazionale; nel caso in cui le nuove disposizioni costituzionali non dovessero essere compatibili con il diritto internazionale non cogente, vale il primato del diritto costituzionale sul diritto internazionale non cogente (cfr. sopra n. 1.5.2). La variante 2 non prevede quindi disposizioni che tutelano in modo particolare il principio della proporzionalità o garantiscono il rispetto del diritto internazionale non cogente ai sensi dell'articolo 5 capoversi 2 e 4 Cost. Anche la variante 2 potrebbe condurre a ingerenze nel diritto al rispetto della vita privata e familiare previsto dall'articolo 13 capoverso 1 Cost. Contrariamente alla variante 1, questa variante ritiene adempiuto il principio della proporzionalità (in senso stretto) anche se non prevede una pena minima né tiene conto delle garanzie dei diritti umani statuite dal diritto internazionale.

5.2

Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera

5.2.1

CEDU, Patto UNO II e Convenzione sui diritti del fanciullo

5.2.1.1

Variante 1

L'articolo 1 del Protocollo numero 7 alla CEDU¹⁷⁴ e l'articolo 13 Patto UNO II prevedono varie garanzie processuali per l'espulsione di stranieri. Lo straniero deve in particolare avere la possibilità, a condizione che non vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, di far valere le proprie ragioni contro la sua espulsione e di sottoporre il proprio caso all'esame. Le garanzie sono applicate unicamente alle persone che si trovano legalmente nel territorio di uno Stato e riguardano soltanto le questioni processuali non i motivi di merito dell'espulsione; lo scopo delle garanzie è tuttavia quello di evitare espulsioni arbitrarie. La variante 1 rispetta le menzionate garanzie processuali, poiché non vi pone dei limiti in relazione con l'espulsione.

La variante 1 tiene inoltre conto del diritto internazionale cogente prevedendo esplicitamente di sospendere l'esecuzione dell'espulsione dal territorio svizzero fintanto che sussistono motivi di vietare il respingimento (art. 66d cpv. 1 lett. a e b AP-CP).

In occasione della decisione di espulsione, per quanto riguarda il diritto internazionale non cogente, sono rispettate le garanzie internazionali dei diritti dell'uomo (art. 66a cpv. 3 AP-CP e 49a cpv. 3 AP-CPM). Sono prioritari il diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU e dell'articolo 17 Patto

¹⁷⁴ Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrato in vigore per la Svizzera il 1° novembre 1988 (RS **0.101.07**).

UNO II. Va inoltre tenuto conto delle garanzie previste dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, quali il benessere del fanciullo (art. 3), il divieto di separare il fanciullo dai suoi genitori contro la loro volontà (art. 9) oppure il diritto a intrattenere rapporti personali regolari (art. 10 cpv. 2).

I criteri rilevanti possono essere soppesati tenendo ampiamente conto delle condizioni nel singolo caso. Vi sono eccezioni dovute alla gravità del reato e allo statuto di soggiorno dell'interessato. Inoltre, i motivi personali devono raggiungere una certa gravità (cfr. sopra n. 2.1.1.3). Va anche rilevato che la variante 1 non si fonda su un unico criterio fisso (come ad esempio la fattispecie realizzata). Con le restrizioni summenzionate, l'avamprogetto permette di esaminare il singolo caso eseguendo una ponderazione degli interessi senza pregiudizio del risultato.

5.2.1.2 Variante 2

La variante 2 limita il ricorso alle vie legali e prevede maggiore celerità processuale (art. 73c cpv. 4 AP-CP). Sia l'articolo 1 del Protocollo numero 7, sia l'articolo 13 del Patto ONU II stabiliscono che l'interessato possa chiedere il controllo amministrativo o giudiziario della decisione di espulsione, tuttavia non richiedono un particolare diritto di accesso a un tribunale. Le summenzionate garanzie processuali di diritto internazionale sono rispettate, poiché l'articolo 73c capoverso 4 AP-CP prevede l'autorità cantonale preposta all'esecuzione come autorità di decisione e dà la possibilità di impugnarne la decisione dinanzi al tribunale cantonale competente.

Con la possibilità esplicita di sospendere temporaneamente l'esecuzione di un'espulsione, se motivi imperativi conformemente all'articolo 25 capoversi 2 e 3 Cost. (art. 73c cpv. 2 AP-CP) lo giustificano, la variante 2 rispetta il diritto internazionale cogente.

Nell'ambito del diritto internazionale non cogente, le garanzie dei diritti dell'uomo protetti in virtù del diritto internazionale non sono esplicitamente prese in considerazione quando viene ordinata l'espulsione. È prevedibile che in molti casi non verrà tenuto conto né del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'articolo 8 CEDU e dell'articolo 17 Patto ONU II, né delle garanzie della Convenzione sui diritti del fanciullo. Non è infatti possibile valutare i criteri determinanti a tal fine, tenendo conto delle circostanze del singolo caso.

La variante 2 non permette di esaminare il singolo caso e di ponderare gli interessi senza pregiudizio del risultato, perché si fonda su un unico criterio fisso (la fattispecie realizzata).

5.2.2 ALC e accordo AELS

5.2.2.1 Variante 1

Poiché il catalogo dei reati si concentra sui crimini gravi, la variante 1 tiene conto, per quanto possibile, dell'ALC e della Convenzione AELS. In molti casi permetterà inoltre di rispettare le garanzie materiali (cfr. sopra n. 1.4.2 e n. 3.3.1)¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Cfr. anche il rapporto del gruppo di lavoro, n.3.4.4.

5.2.2.2 Variante 2

Nemmeno la variante 2 potrà rispettare le disposizioni degli accordi relative all'esigenza di un esame del singolo caso ed è inoltre prevedibile, che in molti casi non ne saranno soddisfatte neanche le garanzie materiali (cfr. sopra n. 3.3.1).

Bibliografia

- ALBRECHT PETER, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG), 2^a edizione, Berna 2007
- ALBRECHT PETER, Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, in: Jusletter 2 marzo 2009
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF (ed.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zurigo 2007
- FORNALE ELISA / KURT STEFANIE TAMARA / SOW DIEYLA / STÜNZI ROBIN, Les spécificités du renvoi des délinquants étrangers, in: Les renvois et leur exécution, Cesla Amarelle / Minh Son Nguyen (ed.), Berna 2011
- HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^a, Zurigo 2008
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, pag. 471 segg.
- HOMBERGER THOMAS, Die Strafbestimmungen im Sozialversicherungsrecht, Berna 1993
- ILLES RUEDI, Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Ausländer- und Asylrecht, Jahrbuch für Migrationsrecht, 2006/2007
- JAAG TOBIAS / PRIULI VALERIO, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in Jusletter 8 novembre 2010
- KELLER BEATRICE, in Basler Kommentar, Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (ed.), Strafgesetzbuch, 1^a, Basilea 2003
- MÜLLER JÖRG PAUL, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in Jusletter 1^o marzo 2010
- REICH JOHANNES, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts? Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, ZSR 127 (2008) I pag. 499 segg.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^a edizione, Basilea 2009
- SPESCHA MARC / KERLAND ANTONIA / BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zurigo 2010
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2^a edizione, Berna 2006
- TSCHANNEN PIERRE, in Verfassungsrecht der Schweiz, Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (ed.), Zurigo 2001

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^a edizione, Berna 2011

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3^a edizione, Berna 2009

ÜBERSAX PETER, Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis, 4/11, pag. 9 segg.

WEBER KLAUS, Der Begriff des Handeltreibens, tesi, Monaco 2007

Documentazione

Bericht der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer zuhanden des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 21. Juni 2011; il rapporto in tedesco e francese è consultabile all'indirizzo:

www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_ber_ausschaffungsinitiative-f.pdf.

(cit. Rapporto del gruppo di lavoro)

Messaggio del 20 novembre 1996 concernente la riforma della Costituzione federale (cit. FF **1997 I** 131, nuova Costituzione)

Messaggio del 21 settembre 1998 concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile (cit. FF **1999** 1669, modifiche del CP, CPM e DPMin)

Esame preliminare del 26 giugno 2007 dell'iniziativa popolare federale «per l'espulsione di stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)» (cit. FF **2007** 4569, esame preliminare)

Pubblicazioni dei dipartimenti e degli uffici della Confederazione del 7 marzo 2008 sulla riuscita formale dell'Iniziativa popolare «per l'espulsione di stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)» (cit. FF **2008** 1649, riuscita formale)

Messaggio del 24 giugno 2009 concernente l'iniziativa popolare «per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)» e la modifica della legge federale sugli stranieri (cit. FF **2009** 4427, messaggio sull'Iniziativa espulsione)

La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale. Rapporto del Consiglio federale del 5 marzo 2010 in adempimento dei postulati 07.3764 della Commissione

degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 16 ottobre 2007 e 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 20 novembre 2008

(cit. FF **2010** 2015, relazione tra diritto internazionale e il diritto nazionale)

Decreto federale concernente l'iniziativa popolare «Per l'espulsione degli stranieri che commettono reati (Iniziativa espulsione)»

(cit. FF **2010** 3717, Decreto federale concernente l'Iniziativa espulsione)

Decreto federale concernente l'espulsione e l'allontanamento, nel rispetto della Costituzione federale, degli stranieri che commettono reati (controprogetto all'iniziativa popolare «per l'espulsione degli stranieri che commettono reati [Iniziativa espulsione]»)

(cit. FF **2010** 4243, Decreto federale concernente l'Iniziativa espulsione)

Decreto del Consiglio federale del 17 marzo 2011 che accerta l'esito della votazione popolare del 28 novembre 2010 («Iniziativa espulsione» e controprogetto dell'Assemblea federale; «Iniziativa per imposte eque»)

(cit. FF **2011** 2529, Decreto del Consiglio federale sull'esito della votazione popolare)

Rapporto complementare del Consiglio federale del 30 marzo 2011 al rapporto del 5 marzo 2010 sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale

(cit. FF **2011** 3299, Rapporto complementare sulla relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale)

Messaggio del 22 giugno 2011 concernente la legge federale che attua l'articolo 123b della Costituzione federale sull'imprescrittibilità di reati sessuali o di pornografia commessi su fanciulli imuberi (modifica del Codice penale, del Codice penale militare e del diritto penale minorile)

(cit. FF **2011** 5393, imprescrittibilità)