

FEDERICA RESTA

IL NEMICO DENTRO DI SÉ

IDEOLOGIA E POLITICA DELL'IMMIGRAZIONE

SOMMARIO: 1. Cittadini e non - 2. Dalla Napolitano-Turco ad oggi - 3. L'immigrazione nei recenti provvedimenti sulla sicurezza – 4. Osservazioni conclusive

1. Cittadini e non

“Il nemico politico è semplicemente l'altro, lo straniero”. Le parole pronunciate da Carl Schmitt, nel 1932, già coglievano uno dei tratti essenziali del rapporto tra la politica e la paura. Paura dell'altro, del diverso, di chi, per il fatto di venire da una terra straniera, come un “*regard permanent de l'autre sur soi*” (Freud), spaventa perché ci costringe a interrogarci sulla nostra identità, sempre più fragile. Non a caso oggi, e non solo in Italia, la fonte principale dell'insicurezza (percepita, nonostante il netto calo dei reati) è identificata nell'immigrazione. Considerata sempre dal punto di vista interno, come questione di ordine pubblico del Paese di destinazione, e mai dall'ottica di chi, invece, è costretto (dalla guerra, dalle persecuzioni, dalla ferrea necessità) a lasciare la propria terra in cerca di un'esistenza migliore. La considerazione del migrante come nemico permea la stessa semantica normativa, che evoca concetti come militarizzazione delle frontiere, lotta alla clandestinità, o, per citare leggi americane, cittadini ‘abusivi per diritto di nascita’ o ‘bambini-àncora’, mentre si discute l'opportunità di negare il diritto di cittadinanza ai figli di immigrati clandestini, nati negli USA. Dove, proprio nella patria delle libertà e dell'indipendenza, il giudice Antonin Scalia ha addirittura definito ‘*twice losers*’, doppiamente perdenti, gli immigrati clandestini inottemperanti al divieto di reingresso. Le norme sulla sicurezza approvate sinora nella presente legislatura – incentrate prevalentemente sulle politiche migratorie- si conformano in pieno a quest'impostazione, in nome di una sicurezza concepita in chiave meramente difensiva rispetto a chi, come lo straniero, viene percepito come irriducibilmente altro-da-sé e come tale nemico pubblico.

Si è osservato invero a ragione come le epoche di veloce e profonda trasformazione inducano a proiettare l'angoscia per la perdita di controllo sul proprio destino sul piano del timore per la propria sicurezza. Questo accade sia al singolo che alle collettività, che finiscono così per difendersi dall'altro, percepito come diverso, erigendo barriere e trincerandosi dietro un guscio, anche simbolico, di discriminazione, intolleranza, controllo sociale selettivo. E' quella che Aldo Schiavone ha ben definito come l'ideologia del guscio, i cui riflessi sul piano normativo sono ben espressi dalla tendenza alla

criminalizzazione di coloro che vengono percepiti come indesiderabili, *outsiders* sociali, destinatari di misure straordinarie riconducibili al c.d. ‘diritto penale del nemico’¹. Tra queste figure dell’insicurezza, al centro di politiche di insolito rigore, vi è in particolare quella del migrante, percepito come irriducibilmente diverso, in una logica di contrapposizione polemica funzionale in primo luogo al rafforzamento dell’identità – sempre più fragile- dei “cittadini “. Le ragioni di questo progressivo irrigidimento delle politiche migratorie – in Europa come negli USA – sono ovviamente molteplici e risentono delle peculiarità dei sistemi sociali, giuridici e istituzionali di riferimento. In linea generale, le cause principali di questa tendenza possono rinvenirsi in una congiuntura economico-politica globale, che, dalla fine della guerra fredda e dalla correlativa caduta della divisione del mondo in due blocchi contrapposti, ha visto la graduale precarizzazione dei diritti sociali e delle condizioni di impiego; il lento ma inesorabile indebolimento delle strutture assistenziali del *Welfare State*; l’estensione della marginalità sociale e quindi dei flussi migratori, da ciò derivanti². Al progressivo irrigidimento delle politiche migratorie negli ordinamenti occidentali hanno poi contribuito in misura significativa la reazione agli eventi di *Ground Zero* e la progressiva diffidenza nei confronti del migrante, rappresentato come di per sé temibile e pericoloso.

Questa componente ha avuto un’incidenza notevole in particolare negli USA, ove i Patriot Acts hanno introdotto significative limitazioni delle garanzie e dei diritti fondamentali degli stranieri, non solo imputati ma anche solo sospettati di appartenere ad organizzazioni terroristiche.

La legislazione antiterrorismo statunitense è stata quindi segnata da un ‘*double standard*’; da un regime differenziale a seconda dello *status* di cittadinanza del destinatario, distinguendosi addirittura tra *enemy aliens* e *enemy combatants*. Nei *Guantanamo-cases* in particolare la contrapposizione tra *citizenship* e *personhood* e quindi tra diritti di cittadinanza e diritti della persona è stata spesso determinante, nel valutare se il diritto all’*habeas writ* spetti alla persona per il solo fatto di essere tale e dunque si estenda anche agli stranieri, ovvero sia subordinata allo *status* di cittadinanza del singolo. La tesi infine prevalsa – almeno nella sentenza della Corte Suprema Boumediene, del 12 giugno 2008- ha ribadito come *l’habeas writ*, non riducibile a mero diritto di cittadinanza, costituisca al contrario un diritto umano fondamentale, volto a tutelare la persona da forme di privazione della libertà illegittime o arbitrarie. Benché tale conclusione possa apparire scontata – e neanche troppo, visto l’indirizzo contrario sostenuto in *Hamdi v. Rumsfeld*, del giugno 2004- essa sottende in realtà alcune questioni di assoluto rilievo, inerenti alla contrapposizione –sempre più marcata soprattutto in contesti caratterizzati dalla perdita dei confini tra esterno e interno – tra cittadinanza e personalità e alla correlativa tendenziale restrizione della sfera di libertà, diritti e garanzie riconosciuti alla

¹ A. Schiavone, *Così la destra crea l’ideologia del guscio*, in “La Repubblica”, 9.5.2008, 1.

² J.P. Allinne, *Gouverner le crime. Les politiques criminelles françaises de la révolution au XXIe Siècle*, Tome II, Paris, Berlioz, 2004, 170 ss ; J. Angrand, *Enfermement identitaire et conflit intrasociétal: conséquences sur le plan de la sécurité internationale*, *ivi*, 240 ss.

persona in quanto tale, non in quanto cittadina. Come ha ben rilevato George Fletcher³, tale profilo appare ancor più significativo ove si consideri come, nei sessant'anni successivi al processo di Norimberga, il diritto internazionale abbia promosso una progressiva valorizzazione dei diritti della persona rispetto a quelli di cittadinanza, parallelamente all'evoluzione che ha caratterizzato il pensiero giuridico americano in seguito alla guerra civile, negli anni seguenti al 1860. Rappresenta dunque un significativo regresso – appunto avversato dalla Corte Suprema – la tendenza del legislatore federale statunitense a disciplinare diversamente l'esercizio di garanzie libertà e diritti in ragione della nazionalità della persona, soprattutto se congiunta a metodi investigativi o di applicazione della legge quali il *racial profiling*. Questo metodo d'indagine, in violazione del principio della 'cecità al colore' (*color-blindness*) della legge e della sua applicazione, assume la razza a indicatore di pericolosità, criterio identificativo di possibili autori di delitti, o comunque fondativo di misure 'preventive' o del fermo e della perquisizione di persone, in base ad un profilo che comprende, quale parametro primario, il dato etnico-razziale. La proiezione sull'altro delle ragioni di una paura avvertita, sia pur indistintamente, dai cittadini dei Paesi occidentali, è quindi ad un tempo causa ed effetto della percezione del progressivo sgretolamento dei presupposti su cui si era costruita l'identità pluralista delle democrazie costituzionali dalla seconda metà del secolo scorso. Muta profondamente la stessa natura dell'identità collettiva, che da volontarista, elettivista, universalista, assimilazionista, diviene sempre di più naturalista, nativista, particolarista e differenzialista⁴. Il localismo diviene quindi funzionale alla rivendicazione polemica di differenze in chiave identitaria, nonchè di potestà punitive autonome e sganciate dall'istanza statale (si pensi al ricorso, da parte degli enti locali, alle ronde e alla videosorveglianza, oppure alle ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana). Il rilievo assunto dalla nazionalità e dall'appartenenza identitaria delle persone nell'ambito delle politiche penali (e non) non è del resto limitata all'ordinamento statunitense, ma caratterizza anche, sia pur in misura minore, le legislazioni dei principali Paesi europei, che pur si differenziano notevolmente tra loro, salvo per gli aspetti.

Anche dopo Schengen infatti, nonostante la UE abbia sancito il dovere degli Stati di proteggere le proprie frontiere e quindi controllare i flussi migratori, ha incentrato la sua politica sull'esigenza di cooperazione con gli Stati di emigrazione (per prevenire flussi migratori incontrollabili, ma anche per favorire gli accordi di riammissione, rendendo così effettive le espulsioni), sul diritto di asilo, sul ricongiungimento familiare, sulla gestione integrata delle frontiere esterne della UE e sul contrasto allo sfruttamento dell'immigrazione illegale e alla tratta di persone. Diversamente, la UE non ha imposto agli Stati una disciplina uniforme dell'immigrazione illegale, neppure nella recente direttiva sui rimpatri 2008/115/CE. E ciò perché evidentemente si è ritenuto che non fosse questo l'aspetto essenziale da disciplinare per garantire un'efficace politica migratoria comune, quanto invece quello dell'integrazione,

³ G. P. Fletcher, *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War*, in "Journal of International Criminal Justice", 2004, n. 2, 953-966.

⁴ E. W. Böckenförde, *La nazione. Identità nella differenza*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, 137 ss..

della tutela dei diritti dei migranti e in particolare dei rifugiati e quello della cooperazione internazionale nella gestione dei flussi migratori. Tali obiettivi sono stati perseguiti efficacemente da Paesi ad immigrazione meno recente del nostro (ad es., Francia, Germania, Spagna), ove la clandestinità è stata contrastata più con l'espulsione o il rimpatrio assistito che con il carcere; più con gli incentivi alla regolarizzazione e all'integrazione che con la criminalizzazione. La peculiarità della politica italiana sull'immigrazione, rispetto agli altri Paesi europei, risiede quindi nella tendenziale sovraesposizione delle norme sanzionatorie (penali o amministrative) rispetto alle misure volte a favorire l'integrazione sociale o la stessa tutela dei migranti rispetto ad atti sempre più frequenti di discriminazione (si pensi che nel codice penale spagnolo è stata introdotta una sezione appositamente dedicata ai delitti contro i "diritti dei cittadini stranieri"). Del resto, le politiche di rigore – introdotte da noi non tanto dal d.lgs. 286/1998 quanto piuttosto dalla l. 189/2002 e dal d.l. 144/2005, convertito in l. 155/2005 - non solo non hanno manifestato l'efficacia deterrente invocata dai loro sostenitori, ma hanno addirittura incrementato il tasso di clandestinità, che rappresenta a sua volta un fattore criminogeno, come dimostra il dato secondo cui, a fronte di un notevole incremento del tasso di clandestinità degli immigrati, il tasso di delittuosità degli stranieri regolari è inferiore a quello dei cittadini italiani. Nonostante il loro carattere inefficace – se non addirittura controproducente – tali politiche hanno caratterizzato, dal 2002 ad oggi, la legislazione italiana sull'immigrazione, che ha progressivamente delineato un sotto-sistema giuridico speciale destinato ai migranti, caratterizzato da deroghe alle garanzie e ai diritti riconosciuti ai 'cittadini', che hanno indotto tra l'altro la Consulta a censurare le norme che non prevedevano che il giudizio di convalida dovesse volgersi in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, in ragione del suo carattere limitativo della libertà personale (sentt. 105/2001 e 222/2004). E nonostante tale intervento della Corte costituzionale, l'art. 3 del d.l. 144/2005 ha previsto, sia pur in via temporanea, la possibilità di eseguire l'espulsione immediata dello straniero sospettato di terrorismo, in assenza della previa convalida giurisdizionale.

2. Dalla Napolitano-Turco ad oggi

Le recenti modifiche legislative in materia di politica dell'immigrazione sembrano sottendere dunque una concezione del migrante come nemico da cui difendere la società, destinatario di misure derogatorie dei principi generali e spesso anche di diritti e garanzie fondamentali.

Se questo dato caratterizza in misura significativa le novelle legislative emanate in questo primo scorcio di legislatura, va rilevato come esse si inseriscano all'interno di una normativa già di per sé particolarmente

restrittiva, che ha sensibilmente modificato, a partire dalla l. 189/2002 (c.d. Fini-Bossi), l'impianto complessivo su cui si fondava il d.lgs. 286/1998 (emanato in attuazione della l. 40/1998, c.d. Napolitano-Turco). Nella sua formulazione originaria, il testo unico, cui era sottesa una concezione dell'immigrazione quale fenomeno strutturale e non emergenziale – da regolare dunque in una prospettiva di lungo periodo – mirava alla realizzazione di flussi di ingresso regolare che, assolvendo tra l'altro alle esigenze del tessuto socio-produttivo italiano, deprimessero la pressione migratoria irregolare, gestita sempre più spesso dalla criminalità organizzata; al contrasto del favoreggiamento e dello sfruttamento dell'immigrazione clandestina, nel rigoroso rispetto dei diritti della persona e delle garanzie fondamentali, nonché dei principi del diritto internazionale; alla promozione di politiche di integrazione dei migranti (cfr., in particolare, Titoli IV e V del Testo Unico); al contrasto ad ogni forma di discriminazione nei confronti degli stranieri.

A tali fini, il d.lgs. 286 innanzitutto introduceva il sistema delle quote privilegiate, ovvero una riserva di quote di ingresso destinate ai cittadini dei Paesi a maggiore pressione migratoria irregolare, parallelamente a una serie di accordi di collaborazione con tali Stati per la cooperazione e lo sviluppo, al fine di eliminare le cause, prima ancora degli effetti, di flussi migratori altrimenti difficili da gestire perché troppo imponenti. Con sent. 62/1994, la Consulta aveva del resto già riconosciuto la legittimità del sistema della programmazione dei flussi, asserendo che la concertazione tra Governo, Parlamento, regioni ed enti locali ben può compiere scelte discrezionali in ordine alla gestione dei flussi migratori, ponderando interessi politico-economici legati alla contingenza delle relazioni internazionali e accordi con singoli Stati. A fronte di tali esigenze e dell'importanza che la programmazione dei flussi regolari di ingresso assume ai fini del contrasto dell'immigrazione irregolare, appare allora tanto più incoerente la modificazione, da parte della l. 189/2002, della norma che garantiva, in caso di inerzia, da parte del Governo, nell'adozione dei decreti che fissano le quote annuali di ingresso, l'ultrattività delle quote stabilite per gli anni precedenti. Tale previsione consentiva di assicurare, anche in caso di inerzia, l'ingresso in condizioni regolari dei migranti, pur conservando in capo al Governo, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, il potere di programmare annualmente le politiche migratorie, contrastando l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato. Si consideri che in seguito all'abrogazione di tale norma, con una circolare del 2002, il Ministero del welfare, in seguito all'inerzia da parte del Governo nell'adozione dei decreti relativi alle quote di ingresso, ha intimato di non accogliere le istanze di autorizzazione dei datori di lavoro intenzionati a far entrare regolarmente in Italia lavoratori stranieri. L'inerzia nell'adozione dei decreti relativi ai flussi, unitamente alla subordinazione della regolarità dell'ingresso alla previa stipula di un contratto di lavoro hanno chiaramente favorito, in seguito all'entrata in vigore della l. 189/2002, un netto incremento delle pressioni migratorie illegali, ostacolando di fatto l'ingresso regolare nel territorio dello Stato, senza per questo riuscire a ridurre flussi migratori difficilmente condizionabili dai precetti legislativi, in quanto originati dalle tragiche condizioni socio-politico-economiche che caratterizzano i Paesi ad alto tasso di emigrazione. Un sistema – quale quello della l. 189/2002- che esclude la possibilità di entrare regolarmente in Italia per ricercare lavoro,

che ha abolito l'istituto dello sponsor e concede solo sei mesi di tempo per trovare una nuova occupazione a chi, avendo soggiornato anche per anni regolarmente nel territorio dello Stato, abbia perso il lavoro; un sistema che riduce ad ipotesi ridottissime le chances di conversione in permesso di soggiorno per lavoro subordinato il permesso acquisito ad altro titolo e che restringe significativamente le possibilità di avvalersi del ricongiungimento familiare, non può che produrre, infatti, clandestinità.

Di tale circostanza doveva essere peraltro consapevole lo stesso Governo di centro-destra che aveva approvato la l. 189/2002, quando ha deciso di disporre, nel 2002, la più ampia regolarizzazione mai realizzata sinora. Si è trattato peraltro di una 'sanatoria' fondata su fragili basi, in quanto concepita non già quale occasione per l'emersione dalla clandestinità di stranieri assunti illegalmente e senza garanzia alcuna – sotto il profilo contributivo ed assistenziale, oltre che sul piano del rapporto di lavoro – ma piuttosto quale *chance*, offerta al datore di lavoro che avesse assunto illegalmente lavoratori migranti, di regolarizzare la propria posizione. Sistema, questo, quantomeno singolare, nella misura in cui fa dipendere il ripristino della legalità dalla discrezionalità (se non dall'arbitrio) di colui che le leggi ha violato; cui è in definitiva attribuito il potere di mutare la condizione giuridica non già del complice ma della vittima di quelle violazioni, ovvero il migrante, indotto dalla necessità ad accettare un lavoro privo di garanzia alcuna.

Non meno restrittiva e derogatoria dei principi generali in materia penale appare la disciplina dell'espulsione e delle conseguenze sanzionatorie cui la permanenza illegale nel territorio dello Stato espone il migrante, alla luce delle modifiche apportate dalla l. 189/2002, non a caso in più punti dichiarata illegittima dalla Consulta. Si pensi, in particolare, oltre alle già citate sentenze nn. 105/2001 e 222/2004, alla sent. n. 223 del 2004, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-quinquies d.lgs. 286/1998, come modificato dalla l. 189/2002, nella parte in cui stabiliva l'arresto obbligatorio in flagranza (e il giudizio direttissimo) per un reato contravvenzionale, cui non erano applicabili misure cautelari, rompendo il nesso – che si vorrebbe inscindibile- tra provvedimento limitativo della libertà personale adottato in via d'urgenza e misure cautelari, almeno se non si intende attribuire all'arresto obbligatorio in flagranza la funzione di 'misura esemplare' da applicare solo in quanto fine a se stessa. Nonostante i correttivi, pur importanti, apportati dalla Consulta, il regime sanzionatorio previsto dal testo unico sull'immigrazione, come modificato dalla l. 189/2002, presenta tuttora caratteri di intrinseca irragionevolezza, denunciati anche di recente dalla stessa Corte, che non ha ommesso di sottolineare "gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie " che caratterizzano la disciplina dell'immigrazione, ritenuta, quanto alle norme penali, come 'sproporzionata, squilibrata, disarmonica, violativa dei principi di eguaglianza, proporzionalità della pena e dello stesso finalismo rieducativo di cui all'art. 27 Cost.' (sent. 22/2007). Ma gli interventi della Corte costituzionale non si sono limitati a ricondurre la disciplina dell'espulsione o delle violazioni delle norme sull'ingresso nel territorio dello Stato nel quadro dei principi e delle garanzie fondamentali in materia penale, ma hanno anche riconosciuto ai migranti quei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e dallo *jus cogens* a tutela della

persona; non già del solo *cittadino*. Particolarmente significativa, sul punto, è la sent. n. 5/2004 della Consulta, che ha ricondotto alla scriminante del ‘giustificato motivo’ che, ai sensi dell’art. 14, c. 5-ter d.lgs. 286/1998, esclude il reato di indebito trattenimento nel territorio dello Stato non solo le esigenze di tutela richiamate dall’art. 14, c. 1 (necessità di soccorso dello straniero; difficoltà nell’acquisizione dei documenti di viaggio; indisponibilità del vettore o di un idoneo mezzo di trasporto), ma anche condizioni soggettive meritevoli di considerazione, quali la “nullatenenza” del migrante, tale da impedirgli di raggiungere gli uffici di frontiera o di acquistare il biglietto di viaggio, ovvero fattori indipendenti dalla condotta o dalle condizioni soggettive dello straniero, quali ad esempio il mancato rilascio dei documenti da parte dell’autorità diplomatica. Ancora, la Consulta ha riconosciuto ai migranti taluni diritti ‘sociali’ necessari alla loro integrazione, ribadendone l’inerenza alla persona in quanto tale e non soltanto al cittadino: dal diritto alla salute a quello all’istruzione – presupposto per una reale affermazione del principio di eguaglianza; dal diritto al ricongiungimento familiare – applicabile anche in relazione alla filiazione naturale, in quanto espressione del diritto fondamentale alla tutela delle relazioni familiari – a quello di fruire, in pari condizioni rispetto al cittadino, delle politiche di promozione del lavoro come il collocamento obbligatorio a favore dei lavoratori invalidi o alle prestazioni previdenziali o assistenziali fondamentali come la pensione d’invalidità o l’indennità di accompagnamento per difficoltà di deambulazione, riconosciuta agli stranieri lungosoggiornanti anche a prescindere dai requisiti reddituali (in tal senso, Corte cost., sent. 306/2008).

3. L’immigrazione nei recenti provvedimenti sulla sicurezza

Le recenti novelle legislative si sono tuttavia orientate in una direzione del tutto opposta a quella tracciata dalla Consulta, accentuando i caratteri discriminatori delle politiche in materia di immigrazione, ridotta a mera questione di ordine pubblico, se non criminale *tout court*. Si pensi, ad esempio, alla c.d. aggravante di clandestinità, ovvero all’aggravante comune – e come tale applicabile ad ogni reato, a prescindere da ogni legame con il bene giuridico tutelato o con la natura della condotta - fondata sulla mera condizione di irregolarità del soggiorno del migrante e neppure, come da alcuni proposto, alla inottemperanza dello straniero all’ordine di espulsione o allontanamento. Tale norma è stata introdotta dal d.l. 92/2008, convertito con modificazioni dalla l. 125/2008, che ha inoltre introdotto significative modifiche alla disciplina dell’espulsione a titolo di misura di sicurezza (generale: art. 235 c.p. e speciale: art. 312 c.p.), abbassando di molto il limite edittale di pena che ne legittima l’applicazione e non richiedendo espressamente – diversamente da quanto sancito in proposito dall’art. 15 d.lgs. 286/1998 – l’accertamento della pericolosità sociale dello straniero, quale presupposto necessario per l’ammissibilità della misura di sicurezza. E se è vero che l’esigenza di tale accertamento può ricavarsi in via interpretativa, pur nel silenzio della legge, da una lettura costituzionalmente orientata della norma – avendo la Consulta sancito l’illegittimità di ogni

presunzione di pericolosità sociale – è anche vero che la *voluntas legis*, o almeno del legislatore storico, sembra diversa, come si evince dai lavori preparatori.

Al di là quindi dell'interpretazione adeguatrice che il giudice sarà tenuto a rendere di tali norme, è significativo che il legislatore abbia inteso comunque configurarle come derogatorie rispetto ai principi costituzionali in materia di misure limitative della libertà personale, analogamente del resto alla prospettiva sottesa alle altre disposizioni previste dal d.l. 92/2008 e dalla legge 94/2009, recante 'disposizioni in materia di sicurezza pubblica', (nota per la tassa sul rilascio e il rinnovo del permesso di soggiorno), ove si è addotta strumentalmente l'esigenza di contrastare l'immigrazione irregolare per introdurre norme non solo inefficaci rispetto al fine perseguito, ma anche e soprattutto ingiustificatamente punitive, tali da privare i migranti anche dei diritti fondamentali, riconosciuti alla persona in quanto tale e non in quanto cittadina. Si pensi in particolare all'abolizione del divieto per il personale sanitario di segnalazione all'autorità della condizione di irregolarità del paziente, salvo i casi di obbligatorietà del referto, a parità di condizioni con il cittadino italiano; norma opportunamente espunta dal testo finale del disegno di legge. O si pensi alle disposizioni della legge 94/2009, volte a precludere agli irregolari il diritto a contrarre matrimonio nonché a ottenere atti inerenti lo stato civile. E' chiaro che subordinare l'esercizio di un diritto fondamentale - quale quello al contrarre matrimonio - al possesso di un documento che attesti la regolarità del soggiorno, pare in contrasto con gli artt. 29, 30 e 31 Cost.. In tal senso depone del resto una consolidata giurisprudenza costituzionale, che riconosce valore di diritto fondamentale e non di cittadinanza al diritto di contrarre matrimonio (cfr., ad es., sent. 27/1969). Analoga portata irragionevolmente punitiva è quella delle norme volte a consentire il rimpatrio assistito dei minori comunitari che esercitano la prostituzione. Norma, questa, che contrasta con il divieto di discriminazione sancito dai Trattati comunitari, nella misura in cui impone al minore straniero un trattamento peggiore rispetto ai cittadini italiani, disponendone l'espulsione anche in assenza delle ragioni di pubblica sicurezza e pericolosità sociale previste dal d.lgs. 30/2007, che, *sole*, legittimano l'allontanamento dei cittadini comunitari. Né a tal fine varrebbe invocare la previsione secondo cui il rimpatrio dovrebbe comunque corrispondere all'interesse del minore. E' infatti evidente che una minore che sia stata dalla sua famiglia costretta a venire in Italia per esercitare la prostituzione (come avviene per i 'minori argati') non potrebbe che essere ulteriormente pregiudicata qualora venisse riconsegnata ai suoi, nel suo Paese.

Significativa, inoltre, è la norma introdotta dalla legge 94/2009, che subordina il rilascio (e il rinnovo) del permesso di soggiorno alla stipula di un 'accordo di integrazione' tra lo straniero e lo Stato in cui il primo si impegna a conseguire obiettivi di integrazione, non meglio specificati. La 'perdita dei crediti' determina l'espulsione immediata dello straniero, non sospendibile neppure qualora egli ricorra in giudizio avverso il provvedimento espulsivo. A prescindere dalla dubbia legittimità comunitaria della norma, appare incompatibile con la CEDU, nonché con la Dichiarazione universale dei diritti umani subordinare il rilascio del permesso di soggiorno (e quindi condizionare il diritto all'emigrazione) alla valutazione

(necessariamente discrezionale) da parte dell'autorità amministrativa, del grado di integrazione del soggetto. È infatti evidente che l'integrazione costituisce un percorso complesso, che nessuna autorità amministrativa potrebbe giudicare con precisione se non fornendo pareri del tutto arbitrari e quindi inevitabilmente discriminatori. Parametri la cui definizione è rimessa al potere regolamentare del Governo, con una previsione di dubbia compatibilità con la riserva di legge (peraltro rinforzata) in materia di disciplina della condizione giuridica dello straniero, di cui all'art. 10 cpv. Cost.

Ma l'aspetto più significativo della legge 94/2009 è il reato di ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato. Benché 'derubricato' da delitto (com'era in origine) a contravvenzione (non obblabile e punita con l'ammenda), questo reato solleva ancora diverse perplessità. Non solo perché non si prevedono cause di non punibilità o di sospensione del processo per le vittime di tratta, o per i titolari di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale (come invece auspicato dalla Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa del 2005), né tantomeno scriminanti per le condotte qualificate da 'giustificato motivo'⁵. Ma anche perché si attribuisce valore di condizione di improcedibilità all'ottemperanza, da parte dell'indagato, a un provvedimento amministrativo quale l'espulsione. Ciò rischia di contrastare con la presunzione di innocenza e con il diritto di difesa, perché impedisce all'indagato di dimostrare la propria innocenza, così da ottenere un proscioglimento nel merito a seguito dell'accertamento dell'infondatezza dell'imputazione. Resta poi da rilevare che la stessa configurazione come reato del mero ingresso o della permanenza irregolare nel territorio dello Stato violerebbe certamente i principi di eguaglianza-ragionevolezza e di proporzionalità tra pene e reati (oltre che i principi di offensività e sussidiarietà dell'intervento penale). Sul punto, basti considerare ancora una volta che la Consulta, con sent. 22/2007, ha rivolto un monito al legislatore, rilevando "l'opportunità di un sollecito intervento, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie rilevate nella disciplina dell'immigrazione". E' quindi evidente che l'introduzione del reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato (peraltro: da estendersi anche ai minori imputabili, che non potendo essere espulsi non beneficerebbero della condizione di improcedibilità!?) accentuerebbe ulteriormente i profili di illegittimità della disciplina dell'immigrazione, censurati dalla Consulta, contrastando quanto auspicato dalla stessa. Un ulteriore profilo di dubbia legittimità costituzionale si riscontra in relazione ai principi di offensività e sussidiarietà dell'illecito penale, secondo cui la sanzione penale si giustifica solo come *extrema ratio*, cui ricorrere per tutelare beni giuridici dotati di significativa rilevanza sociale e di copertura costituzionale (almeno implicita), e sempre che non siano sufficienti misure

⁵ Profilo ben rilevato dal Presidente della Repubblica nella lettera inviata ai Ministri dell'interno e della giustizia il 15.7.2009, con la quale si sono sottolineate talune criticità della legge, pur promulgata (anche senza rinvio alle Camere) per "non sospendere l'entrata in vigore di norme – ampiamente condivise in sede parlamentare – che rafforzano il contrasto alle varie forme di criminalità organizzata". Tra le norme "di rilevante criticità" citate dal Presidente della Repubblica vi è quella che introduce il reato di ingresso e soggiorno illegali nel territorio dello Stato, rispetto alla quale si rileva come l'attribuzione di tale fattispecie alla cognizione del giudice di pace disegni "un "sottosistema" sanzionatorio non coerente con i principi generali dell'ordinamento e meno garantista di quello previsto per delitti di trattenimento abusivo sottoposti alla cognizione del tribunale". Si rileva inoltre come per il nuovo reato la pena non possa essere condizionalmente sospesa o patteggiata, mentre "la eventuale condanna non può essere appellata".

(es. amministrative) meno invasive e ‘violente’ di quella penale. Ora, è difficile ritenere che l’interesse protetto dal reato di ingresso clandestino (e cioè il controllo delle frontiere da parte dello Stato e la gestione dei flussi migratori) - privo peraltro di copertura costituzionale – non possa essere tutelato con la sanzione amministrativa. Tali considerazioni sembrano peraltro avvalorate dalla giurisprudenza della Consulta in materia, che pur ammettendo la sussistenza di un “interesse generale ad un razionale ed efficiente controllo dell’immigrazione “ (sent. 161/2000) ha avuto modo di rilevare come “per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell’immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale “ (sent. 105/2001). Infine, l’introduzione del reato in esame sarebbe difficilmente compatibile con lo *jus migrandi* sancito quale libertà fondamentale dal quarto comma dell’art. 35 Cost., nonché dall’art. 13 cpv. della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo (se inteso nell’accezione pregnante di diritto di circolazione transnazionale, e non quale mero diritto alla *fuga*), almeno nei casi di emigrazione necessitata da ragioni di salvaguardia della propria incolumità, cui tuttavia non sempre potrebbe applicarsi la scriminante dell’art. 54 c.p..

Sul piano dell’efficacia, inoltre, a parte l’aggravio del contenzioso giudiziario che la norma determinerà, sembra che essa non muti nulla nella strategia di contrasto all’immigrazione irregolare. Gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale saranno infatti colpiti, come oggi, dal provvedimento amministrativo dell’espulsione - che avrà effetto quando sarà possibile identificare lo straniero e sempre che questi non sia inespellibile - ma comunque anche in questo caso si dovrà attivare la macchina giudiziaria ai fini dell’esercizio dell’azione penale e, in un secondo momento, ai fini della declaratoria di non luogo a procedere. Ben altra efficacia avrebbe avuto l’introduzione di misure realmente efficaci ai fini dell’effettività dell’espulsione, come il rimpatrio volontario assistito. Tali considerazioni dimostrano come anche sul piano dell’efficacia il reato di ingresso clandestino non rappresenta una soluzione al problema né tantomeno una scelta condivisibile sul piano dei principi.

Inoltre, dopo lo stralcio dell’analogia norma contenuta nel d.l. 11/2009, convertito con modificazioni dalla l. 38/2009, con la legge 94/2009 si è esteso il termine massimo della detenzione nei centri di identificazione ed espulsione (CIE) dagli attuali 2 a 6 mesi, non solo nell’ipotesi di mancata cooperazione al rimpatrio ma anche in caso di ritardi nell’acquisizione dei documenti dai Paesi terzi⁶. La direttiva Ce 2008/115/CE ‘*migration policy*’, che si invoca a sostegno, sancisce il carattere di *extrema ratio* del trattenimento, da adottarsi solo se “non possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive “; clausola non prevista dal disegno di legge. L’estensione della durata massima della

⁶ Si consideri che in Germania, Inghilterra, Regno unito, la detenzione per più di 15 gg. è subordinata alla dimostrazione in giudizio, da parte dell’autorità amministrativa, di avere diligentemente compiuto le operazioni necessarie all’identificazione, non potendosi altrimenti addossare allo straniero le conseguenze della scarsa diligenza dell’amministrazione.

detenzione amministrativa nei CIE, dagli attuali 60 a 180 gg., sarebbe del resto non solo di dubbia legittimità costituzionale, ma anche ineffettiva. Infatti, i lavori della Commissione de Mista hanno dimostrato che i tempi tecnici per l'identificazione dello straniero non superano mai i 60 giorni. La detenzione nei CIE per 6 mesi non avrebbe quindi alcun effetto ai fini di una migliore identificazione del migrante. Pertanto, come si potrebbe giustificare la reclusione (sia pur qualificata come amministrativa) per sei mesi di chi non abbia commesso alcun reato, motivata solo da circostanze estranee alla condotta individuale, quale il ritardo – imputabile non al migrante ma al Paese d'origine – nell'acquisizione dei documenti?

4. Osservazioni conclusive

I recenti provvedimenti in materia di immigrazione – in particolare, la legge 94/2009 e il d.l. 92/2008 (convertito, con modificazioni, dalla legge 125/2008) – sollevano dunque più d'una perplessità. In particolare, si manifesta in questo settore una tendenza alla limitazione del diritto alla difesa e all'equo processo nei confronti dello straniero, ancorché richiedente asilo. Infatti, le modifiche recentemente apportate (dal d.lgs. 159/2008) alla disciplina del riconoscimento dello *status* dei rifugiati limitano fortemente l'esercizio del diritto di difesa da parte del rifugiato cui sia stato negato il diritto d'asilo, a cui non è concesso di restare nel territorio dello Stato per partecipare al ricorso, salva l'autorizzazione concessa dal prefetto. Tali restrizioni al diritto di difesa sono incompatibili con la direttiva 2005/85, che non ammettono il processo *in absentia* se non in condizioni assolutamente particolari e marginali.

Inoltre, l'inasprimento delle sanzioni previste in materia di immigrazione e circolazione dei cittadini comunitari; l'introduzione congiunta del reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato e dell'aggravante comune di clandestinità; il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena per qualsiasi reato commesso dal migrante irregolare; l'ampliamento delle ipotesi di espulsione a titolo di misura di sicurezza e di prevenzione e dei casi di obbligatorietà dell'arresto in flagranza e del processo direttissimo 'atipico', configurano il diritto dell'immigrazione quale diritto penale speciale, differenziato, caratterizzato da sensibili restrizioni alle garanzie (sostanziali e processuali) fondamentali, nonché da una forte limitazione al diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari, non del tutto compatibile con la direttiva comunitaria 38/2004. Inoltre, l'introduzione del delitto di cessione d'immobile a straniero irregolare e dell'obbligo dei gestori di servizi di *money transfer* di segnalare all'autorità di p.s. la condizione di irregolarità dello straniero (disarmonico rispetto al principio di tendenziale facoltatività della denuncia di reati da parte di privati) sembrano finalizzati a fare 'terra bruciata' attorno allo straniero.

Questa ‘panpenalizzazione’ della politica migratoria sembra poi funzionale ad esonerare l’esecutivo dai compiti che gli spettano in questa materia (promuovendo ad esempio accordi di riammissione, misure di integrazione, stanziamento di risorse per le forze dell’ordine), scaricando ogni responsabilità sul potere giudiziario.

E paradossalmente, un altro dato comune all’intero pacchetto sicurezza è la tendenziale riduzione degli spazi di discrezionalità del giudice: dalla previsione di nuovi divieti di bilanciamento tra circostanze, alla obbligatorietà dei riti alternativi in alcuni casi, alla limitazione del potere giudiziale di disporre la sospensione dell’esecuzione del provvedimento di espulsione, si tende a limitare quell’esercizio della discrezionalità giudiziale necessario alla individualizzazione della pena o alla stessa valutazione giurisdizionale del fatto *sub judice*. Si tratta di una linea già perseguita nella XIV legislatura (si pensi al d.l. 144/2005, convertito con modificazioni dalla l. 155/2005), che sottende non solo una sfiducia nella magistratura, ma anche una tendenziale riduzione dei suoi spazi di autonomia, a fronte di un rafforzamento dei poteri della polizia giudiziaria o comunque dell’autorità amministrativa, e della conseguente svalutazione del diritto alla difesa (il processo *in absentia* qualificato come forma ‘normale’ di trattazione del ricorso avverso il diniego del riconoscimento dello status di rifugiato, o la subordinazione della condizione di improcedibilità per il reato di immigrazione irregolare alla previa espulsione dell’indagato, sono significativi).

E se non bastasse l’argomento assiologico, si potrebbe rilevare come tali misure derogatorie rispetto a principi, garanzie e diritti fondamentali siano non solo ingiustificatamente punitive, ma anche e soprattutto meramente simboliche, come tali inefficaci ai fini dell’attuazione di politiche migratorie razionali e compatibili con la capacità ricettiva del Paese. A tale scopo infatti- come dimostra l’esperienza dei principali ordinamenti europei e nordamericani e come proponeva il disegno di legge delega c.d. Amato-Ferrero della XV legislatura- sarebbe necessario adeguare i flussi di ingresso alla realtà della domanda di lavoro del Paese, istituire la figura dello sponsor individuale e collettivo, concedere permessi di soggiorno anche per ricerca di lavoro, istituire liste di ingresso nei Paesi di origine e prolungare i termini di validità dei permessi di soggiorno, la cui durata attuale non consente al migrante di integrarsi effettivamente nel tessuto socio-economico del Paese di destinazione. Ancora, sarebbe necessario ridisegnare la disciplina sanzionatoria del soggiorno irregolare secondo un sistema graduale in funzione deterrente, tale cioè da ridurre la durata del divieto di reingresso nei confronti degli stranieri che collaborino con le autorità nelle attività di identificazione ed espulsione, promuovendone così i comportamenti virtuosi senza giungere al paradosso di punire con la reclusione i migranti che, pur di non farsi identificare, giungano al punto di compiere atti di autolesionismo, bruciandosi ad esempio le creste papillari. Possiamo infatti realmente pensare che nei confronti di chi è disposto a violare il suo stesso corpo pur di non rendersi riconoscibile, possa avere efficacia deterrente la minaccia del carcere? Se non si trattasse di circostanze drammatiche, sarebbe



quantomeno ingenuo scommettere sulla capacità deterrente del diritto penale dinanzi a tanta disperazione. Infine, per garantire l'effettività dell'allontanamento degli stranieri irregolari, sarebbe opportuno potenziare gli accordi di riammissione ed istituire il rimpatrio assistito, che in quanto fondato sul volontario allontanamento dello straniero - a ciò indotto dalla possibilità di fruire di agevolazioni nel reinserimento lavorativo nel Paese di origine- appare allo stato la sola misura realmente efficace per allontanare gli irregolari dal territorio nazionale, nel rigoroso rispetto dei loro diritti.