

QUALE PROGETTO PER QUALE GIUSTIZIA?

ASSEMBLEA GENERALE DELL'ASSOCIAZIONE GIURISTI DEMOCRATICI PADOVA, 26.11.2011

Intervento di Lorenzo Miazzi

1 la normativa sugli stranieri non è neutra

Se si vuole dare un giudizio su quale progetto politico e quale idea di società stiano dietro ad una attività legislativa o governativa, come pure dietro le proposte di chi si candida al cambiamento, giudicare sulla base della normativa sull'immigrazione introdotta o proposta è un buon inizio. Perché la normativa sugli stranieri non è politicamente neutra, non è una legislazione tecnica. La materia dell'immigrazione è invece politicamente molto sensibile, tanto è vero che puntualmente viene toccata ad ogni cambio di maggioranza.

Diceva Luigi Di Liegro: «nulla come la normativa sugli stranieri ci dice in maniera profonda che cosa siamo». È una profonda verità: il perché è presto detto.

Si tratta infatti di un settore nel quale il legislatore ha ampia discrezionalità, in quanto la materia degli stranieri spazia dalla tutela dei diritti umani, al controllo di pubblica sicurezza sugli stranieri. Essa persegue cioè esigenze di segno opposto: alle norme di favore – di sostegno all'integrazione e di contrasto delle discriminazioni - si contrappongono norme di sfavore, improntate a principi di controllo e di difesa. La legislazione sugli stranieri da un lato si ispira ai principi costituzionali e alle grandi Convenzioni internazionali che tutelano i diritti dell'uomo, dall'altro discende per filiazione diretta dal Testo Unico di Pubblica sicurezza del 1930 e quindi parte dal principio che lo straniero (al pari del malato di mente, l'“intossicato”, il “girovago” etc. per usare il linguaggio di quel testo) sia un soggetto potenzialmente pericoloso, da controllare.

Il legislatore può quindi disciplinare la materia scegliendo di volta in volta a quale prospettiva fare riferimento e quale obiettivo perseguire: l'integrazione o il controllo, l'accoglienza o il respingimento. Sia chiaro però che non si tratta, se non in minima parte, di una scelta tecnica, bensì di un'opzione culturale, che discende dal considerare di fondo lo straniero un soggetto da integrare o da cui proteggersi.

Si può anticipare un giudizio: la politica dell'immigrazione di questi 20 anni, e in particolare quella degli ultimi 10, ha palesemente fallito. Deliberatamente incurante dei risultati negativi, refrattario ad ogni riflessione pacata e oggettiva, propenso in questo come in altri campi all'uso simbolico delle leggi penali, il legislatore dell'immigrazione in questi anni ha rivelato la tendenza a perseguire non solo e non tanto le soluzioni funzionali o lungimiranti, ma quelle - utili, inutili e persino controproducenti - che ritiene incontrino il gradimento degli elettori. Per ottenere questo gradimento parti importanti della politica hanno stimolato e continuano a stimolare nell'opinione pubblica reazioni difensive e paure, grazie a volte ad un uso spregiudicato e scorretto dell'informazione, per creare il clima emotivo che giustifichi e sostenga le scelte fatte e proposte, generando un circolo vizioso che va a beneficio solo di chi lo alimenta.

E' questo, un discorso di lunga data, non limitato all'ultimo governo, come ben si comprende esaminando quali leggi abbiano disciplinato in Italia l'immigrazione e quale sia stata la loro evoluzione.

2 i principi della normativa: il doppio binario, i flussi, la creazione dell'irregolarità

LA L. N. 39/1990 ("LEGGE MARTELLI").

Il primo intervento legislativo rilevante sia per il peso specifico delle disposizioni che per le intenzioni di chi lo volle fu la legge n. 39/1990 (c.d. legge Martelli), nata da un decreto legge in quanto la legislazione dell'immigrazione sin

dalla sua genesi ha, in chi la propone, le caratteristiche dell'urgenza, per drammatizzare lo scenario in cui si pone. E' una legge dal contenuto contraddittorio oscillante fra la dichiarata volontà di governare il fenomeno dell'immigrazione, nella giusta previsione di un suo ulteriore aumento negli anni successivi, e l'adozione di una politica di arresto, se non di chiusura, del fenomeno stesso. Per la prima volta l'approvazione venne preceduta da un acceso dibattito politico, in cui si distinse un movimento allora nuovo dato dalle Leghe delle regioni settentrionali.

L'importanza della legge n. 39/90 sta non nella sua disciplina positiva, presto superata, ma nella scelta effettuata allora e mai più riconsiderata - e che quindi ha condizionato e condiziona tuttora le normative in materia - di *collegare strettamente il problema delle migrazioni con quello dell'ordine pubblico*: per dirla in modo semplicistico, si ritenne di poter governare il fenomeno migratorio attraverso i meccanismi di respingimento ed espulsione. Tale scelta porta inevitabilmente a considerare prevalenti gli aspetti di difesa rispetto a quelli dell'integrazione, a consegnare la gestione dell'immigrazione alla polizia, (anziché al ministero del lavoro, come sembrava suggerire la legge del 1986) ad ampliare gli spazi di discrezionalità della pubblica amministrazione, a estendere i casi di espulsione e respingimento, a rendere difficoltoso l'ingresso regolare.

Questo fu il peccato originale della l. 39/90, e che ha contagiato tutte le leggi successive, incapaci di emanciparsi da questa filosofia nonostante i fallimenti delle politiche proibizioniste ad essa ispirate: perché il fenomeno migratorio, per le sue dimensioni, le sue motivazioni, le congiunture sociali e politiche in cui matura, non può essere governato, come semplicisticamente si afferma, con la chiusura e le espulsioni: e ciò perché *nella realtà* non è possibile bloccare gli ingressi, né è possibile espellere tutti gli irregolari.

LA LEGGE 6 MARZO 1998, N. 40 (“TURCO - NAPOLITANO”)

Questa legge risulta ispirata, in continuità con quanto già disponeva la legge n. 39/1990, alla “*logica binaria*” che, negli anni '90, peraltro ha caratterizzato anche le politiche in tema di immigrazione degli altri paesi europei e che, sinteticamente, prevede politiche di integrazione nel trattamento giuridico degli stranieri regolari e politiche di estremo rigore in tema di ingresso e allontanamento degli irregolari. *L'idea forte dunque della disciplina prevista dalla legge 40/98 era la radicale e insanabile separazione fra i due canali di immigrazione, quello regolare e quello clandestino, con l'equiparazione quasi totale della situazione di irregolarità a quella di clandestinità. Si legge ancora nella relazione di accompagnamento della legge: "se si vuole un impatto morbido dell'immigrazione, con riduzione di conflitti e di atteggiamenti xenofobi, occorre governare gli ingressi ed essere assolutamente fermi nell'impedire forme alternative di inserimento: ogni concessione all'irregolarità farebbe saltare il sistema".*

Corollari di questa logica sono da un lato la previsione di un meccanismo chiuso per l'ingresso (con successive misure di sostegno all'integrazione sociale e politica, oltre che lavorativa, degli immigrati regolari) e, dall'altro lato, l'approntamento di un vasto sistema repressivo finalizzato a garantire l'espulsione e l'allontanamento degli stranieri irregolari escludendo ogni possibilità di regolarizzare l'ingresso clandestino eventualmente avvenuto.

a) - L'ingresso regolare secondo la legge Turco -Napolitano. La politica dei flussi.

Secondo quanto tuttora previsto dall'art. 3, comma 4, T.U. d. lgs. n. 286/98 il presidente del Consiglio dei Ministri con proprio decreto definisce annualmente, sulla base dei criteri prefissati, le quote massime di stranieri da immettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato e per lavoro autonomo, tenuto conto dei ricongiungimenti familiari e degli altri ingressi regolari.

Il sistema di determinazione dei flussi contiene un duplice errore di visione.

Innanzitutto, è del tutto irrealistico il principio dell'incontro "a livello planetario" fra domanda e offerta di lavoro, cioè *prima* dell'ingresso e non invece dopo l'ingresso: è pacifico per tutti che il datore di lavoro prima incontra il lavoratore, poi lo assume: tanto più è ridotta la dimensione dell'azienda e delicata la mansione, cioè nei settori principalmente occupati dagli stranieri.

Inoltre il sistema delle quote di ingresso, che apparentemente è un sistema meramente *tecnico*, viene però utilizzato in modo prettamente *politico*, come mezzo di chiusura o di apertura delle frontiere. Sotto il vigore la legge Martelli erano stati previsti tetti di ingresso molto bassi (25.000 ingressi nel 1995, 23.000 ingressi nel 1996, 20.000 ingressi nel 1997) con l'evidente utilizzo del sistema come strumento di contenimento anziché di governo del fenomeno migratorio. Questo mentre le esigenze economico-sociali imponevano l'ingresso di circa 150.000 (negli anni '90) o 200.000 (a cavallo del 2000) lavoratori, per coprire le esigenze dovute ai pensionamenti, al calo demografico, alla creazione di nuovi lavori come quello di cura.

Anche il governo di centrosinistra in carica fino al 2001, dopo avere fatto la sanatoria per regolarizzare i presenti, utilizzò il sistema dei flussi non per disciplinare la reale portata del fenomeno migratorio ma come *strumento di contenimento* dello stesso, limitando politicamente il numero degli ingressi (fra i 30 e i 60 mila annuali, si ricorda a fronte di un ingresso clandestino o alla perdita di regolarità di circa 150-200.000 persone ogni anno).

Succede allora che anche se gli ingressi regolari sono così irrealisticamente previsti in numero ridotto, le esigenze dell'economia e delle famiglie fanno sì che i posti di lavoro vuoti vengano per necessità occupati: dagli immigrati irregolari, cioè da coloro che - entrando o permanendo al di fuori dei flussi, ma per trovare lavoro e dopo averlo trovato - si fermano e si inseriscono nel nostro sistema sociale e

produttivo, diventandone parte indispensabile.

Nonostante questo fosse già evidente, perché tutto ciò aveva portato all'ampia presenza di stranieri irregolari o clandestini che aveva indotto il governo del 1998 a emettere un'ampia sanatoria, la riproposizione di tale politica non poteva che portare al fallimento del meccanismo previsto dalla legge. La riprova si è avuta con le dimensioni raggiunte dalla sanatoria approvata dal governo di centrodestra nel 2002, che ha portato all'emersione la presenza di circa 700.000 irregolari.

b) le espulsioni secondo la legge Turco - Napolitano.

Per quanto l'allontanamento dei migranti irregolari, la legge prevedeva una procedura esclusivamente amministrativa: l'ingresso non era reato, all'irregolare veniva data una intimazione ad allontanarsi in 15 giorni, solo se sorpreso ancora in Italia veniva accompagnato alla frontiera ed espulso coattivamente; se ciò non era possibile veniva trattenuto (per un periodo massimo di trenta giorni) nei Centri di Permanenza Temporanei. Erano questi luoghi di detenzione amministrativa la vera novità della legge, che ne prevedeva l'utilizzo come strumenti di trattenimento temporaneo dello straniero - per consentirne l'identificazione o procurare il biglietto di viaggio - ai fini della sua espulsione.

Anche sotto questo profilo la legge ha fallito rispetto ai suoi obiettivi. Si è calcolato che in Italia (secondo l'esperienza maturata in questi anni), il *tetto massimo di espulsioni eseguibili* si aggira intorno alle 30.000 annue, con una media di circa 23.000: di fronte a un ingresso clandestino o una caduta nell'irregolarità di oltre 100-150.000 persone ogni anno lo strumento si rivela inadeguato. Lo stesso deve dirsi per l'esperienza dei CPT che, per i limiti propri e per quelli relativi alla possibilità pratica di espulsione hanno portato all'allontanamento materiale dallo Stato di una percentuale minoritaria delle persone trattenute.

E' dunque il meccanismo disegnato dalla legge che - anziché governare il fenomeno migratorio - crea la situazione di irregolarità.

3. la criminalizzazione dell'immigrazione e del migrante

LA LEGGE N. 189/2002 (BOSSI FINI)

Di fronte a questa palese inadeguatezza del meccanismo, a partire dalla legge n. 189/2002, detta Bossi-Fini, gli interventi sono stati solo peggiorativi. Nel presupposto non ingenuamente sbagliato, ma consapevolmente fraudolento, che per sbloccare il sistema occorressero più espulsioni ed espulsioni più facili, si è affermato che l'inefficacia del sistema amministrativo delle espulsioni potesse essere corretta sanzionando penalmente la condotta e la condizione personale del migrante irregolare.

“Sono dati di fatto di questi anni il convulso susseguirsi di normative, il progressivo delinarsi da un lato di una disciplina di ingressi e soggiorno sempre più restrittiva, dall'altro l'introduzione di nuove forme di espulsione, di nuovi strumenti esecutivi degli allontanamenti, di nuove fattispecie di reato, di nuove circostanze aggravanti, di nuove ipotesi di arresto. La straordinaria instabilità della legislazione si è risolta in una corsa al rialzo delle misure repressive e discriminatorie, sia nell'ambito della disciplina amministrativa che in quella penale. Una corsa al rialzo che non si è fermata neppure di fronte a declaratoria di legittimità costituzionale e neppure di fronte a un intervento di grande rilievo come la sentenza El Dridi della corte di giustizia dell'unione europea.

" In particolare la legislazione non si è allontanata da quella idea guida secondo cui deve essere nettamente distinta la condizione giuridica dell'immigrato regolare da quella dell'immigrato irregolare. Ciò ha comportato la mancata previsione di meccanismi di regolarizzazione individuale e permanente degli ingressi e dei soggiorni illegali, fondati ad esempio sul decorso del tempo sull'accertamento della sussistenza dell'integrazione del migrante; non solo, ma si è persino reso più facile il percorso che conduce dalla condizione di regolarità a

quella di irregolarità, data la difficoltà per il migrante di conservare le condizioni necessarie al rinnovo dei titoli abitativi del soggiorno. (Caputo, QG, 2011)

Ma se la disciplina degli ingressi è irrealistica, se la disciplina dell'ingresso e del soggiorno è incapace di assorbire in via ordinaria i grandi numeri degli ingressi irregolari, l'idea guida della distinzione netta tra immigrati regolari immigrati irregolari diventa una mera finzione a fronte della realtà della condizione di irregolarità del migrante come passaggio normale verso la condizione di legalità. Perché tra gli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, le statistiche inequivocabilmente attestano che due su tre hanno raggiunto questa condizione dopo aver trascorso un periodo da irregolari. Il governo dell'immigrazione si è dunque fatto in Italia non con le leggi che formalmente la disciplinano ma con le sanatorie, quelle eccezionali e ufficiali che hanno portato alla regolarizzazione di milioni di ingressi, ma anche quelle sanatorie ufficiose che sono i decreti flussi i quali solo in teoria consentono l'ingresso ex novo al migrante, in realtà consentono la prosecuzione legale della permanenza di chi è già irregolarmente presente in Italia. Immigrazione e immigrazione irregolare praticamente coincidono (Sciortino, 2005).

Eppure nella discussione pubblica è stato irresponsabilmente inoculata l'idea che esistano buoni immigrati, regolari, e cattivi immigrati, clandestini; questi ultimi pericolosi, così pericolosi da meritare una sanzione penale (art. 10bis T.U. D. Lgs. n. 286/1998) o un aggravamento della pena (art. 61 n. 11bis c.p.) per il solo fatto di essere presenti in Italia. E non è bastato che la Corte costituzionale abbia fatto giustizia di questa equazione escludendo a chiare lettere che alla condizione di regolarità dello straniero sia associabile una valutazione di pericolosità sociale dello stesso. Il legislatore ha continuato a proporre la categoria dell'immigrazione irregolare come sinonimo di pericolosità sociale, e per tale scopo non ha esitato a deformare sia gli istituti del processo penale, deprimendo le garanzie dell'imputato,

che le pene, elevate in modo abnorme.

Di questa deformazione degli istituti penalistici la Bossi Fini, ancora oggi in vigore, è esemplare. L'introduzione della contravvenzione di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore ha costruito un meccanismo intrecciato penale-amministrativo tanto rilevante nel quotidiano della giustizia penale quanto irrilevante nella pratica della gestione amministrativa dell'immigrazione. Si è arrivati a introdurre un arresto obbligatorio per la flagranza di una contravvenzione a sei mesi di reclusione; e quando la Corte costituzionale ha smontato con la sentenza numero 223 del 2004 questo meccanismo, dichiarando illegittima la norma sull'arresto in quanto inutile in contrasto con i principi fondamentali dettati dalla costituzione a protezione della libertà personale, il legislatore ha reagito alzando il tiro e trasformando la contravvenzione in delitto e poi successivamente creando sempre nuove fattispecie penali amministrative.

E c'è la questione dei profughi e rifugiati. L'Italia concede l'asilo in misura inferiore alla metà dell'Unione Europea e di in quarto degli altri grandi paesi.

IL PACCHETTO SICUREZZA E IL DECRETO LEGGE 23.6.2011

La corsa al rialzo non si è interrotta nemmeno con il decreto legge 23 giugno 2011, che avrebbe dovuto recepire la direttiva europea n. 115 che riconosce al rimpatrio volontario e non alle misure coercitive il ruolo di regola per l'esecuzione dell'allontanamento ed espressamente ridimensiona il ruolo dello strumento penalistico nella gestione dell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione. In preda a una vera e propria ossessione penalistica, il legislatore anziché abrogare le varie fattispecie incriminatrici dichiarate inapplicabili dalla corte di giustizia europea, ha semplicemente sostituito la pena comminata da detentiva in pecuniaria. Contemporaneamente però, quasi a compensare il venir meno della detenzione penale per il migrante irregolare, ha portato a 18 mesi il termine massimo di detenzione amministrativa.

E rimane nell'ordinamento, introdotto dal cosiddetto “pacchetto sicurezza” del 2009, il reato di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (art. 10 bis t.u. immigrazione), affidato alla competenza del giudice di pace, che punisce con un'ammenda la condotta dello straniero che faccia ingresso ovvero si trattenga nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione

La norma si presta a una pluralità di osservazioni critiche che ruotano attorno al rapporto tra vantaggi e svantaggi che ne deriverebbero.

Esaminando i vantaggi affermati da coloro che sostengono la legge, il primo è l'effetto deterrente che ne può derivare, nel senso di scoraggiare l'ingresso irregolare. Ma una contravvenzione punita con pena pecuniaria non appare, all'evidenza, di per sé efficace per chi è spinto a emigrare da condizioni disperate o comunque difficili (né sarebbe possibile, pena il collasso del sistema carcerario, un maggiore rigore sanzionatorio).

L'altro vantaggio affermato è quello di evitare la circolazione nel nostro Paese di stranieri entrativi irregolarmente e di favorirne l'espulsione. E' una mistificazione, poiché già la normativa vigente consente alle autorità amministrative competenti di disporre l'immediata espulsione (che non viene eseguita, come si è detto, per mere difficoltà di carattere amministrativo e organizzativo). Al contrario, la duplicazione del meccanismo sanzionatorio culminante nell'espulsione disposta dall'autorità giudiziaria, rispetto alla già esistente procedura dell'espulsione amministrativa, crea una complicazione del sistema degli allontanamenti che anziché favorirli li rende più complessi.

A ciò si contrappongono i “costi” conseguenti alla scelta della “criminalizzazione di massa” delle centinaia di migliaia di irregolari presenti sul territorio nazionale. Costi innanzitutto per l'apparato giudiziario: migliaia di

processi inutili, conclusi con una pena pecuniaria che non viene pagata, con la sanzione dell'espulsione che non viene eseguita, con le pene e del lavoro sostitutivo e della detenzione domiciliare ineseguibili per gli stranieri irregolari. E poi i costi sociali, conseguenti ai meccanismi di etichettamento negativo del migrante in quanto tale, che l'incriminazione concorre a far percepire come un pericolo rispetto al quale è legittima la reazione della "società degli onesti" anche oltre e in aggiunta a quella statutale.

Cosa succede allora nella realtà, vista l'ineffettività della sanzione penale e visto che di fatto nulla cambia nel meccanismo che crea l'irregolarità? Succede che la pratica ineseguità dell'espulsione nelle forme dell'allontanamento coattivo, quantomeno nella maggioranza dei casi, ha finito per esaltare il ruolo dei centri di detenzione amministrativa (ribattezzati Centri di Identificazione e Espulsione), resi sempre più complementari al carcere, con una durata massima della detenzione portata prima a 180 giorni e ora a 18 mesi.

4. La direttiva n. 115/2008/CE e la sentenza EL Dridi

Nel frattempo l'Europa aveva emanato la direttiva 115 del 2008, contenente le regole minime per l'esecuzione degli allontanamenti dei cittadini di paesi terzi, cioè degli extracomunitari. Regole non troppo garantiste e per questo severamente criticate in Europa, ma che rispetto alla situazione italiana rappresentavano un passo avanti notevole.

Schematicamente, il meccanismo di allontanamento e rimpatrio disegnato dalla direttiva prevede diverse fasi in successione.

A - La direttiva dispone che lo Stato adotti anzitutto una «decisione di rimpatrio» nei confronti di cittadini extracomunitari il cui soggiorno sia irregolare. Ai sensi dell'art. 7, la decisione di rimpatrio deve di norma fissare «per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni» allo

straniero potranno tuttavia «essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga»;

B - Lo Stato potrà procedere all'esecuzione della decisione di rimpatrio tramite l'allontanamento. Quando l'interessato non sia partito volontariamente nel termine concessogli. In questo caso:

b) l'utilizzazione di misure coercitive per allontanare lo straniero che opponga resistenza dovrà peraltro rispettare il «principio di proporzionalità», e non eccedere «un uso ragionevole della forza», «in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica» dello straniero (art. 8.4).

B2 - L'esecuzione forzata avviene altresì quando non sia stato concesso sin dall'inizio all'interessato alcun termine: ciò avviene quando «sussista un rischio di fuga, o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblica, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale». (art. 7.4)

C - Se lo straniero non provveda alla partenza volontaria nel termine eventualmente fissato, e non sia possibile nell'immediato eseguire l'allontanamento coattivo è possibile disporre il trattenimento allo scopo di «preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento».

Il trattenimento, nell'ottica della direttiva, è legittimo soltanto quando nel caso concreto non «possono essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive». Il trattenimento «ha durata quanto più breve possibile ed è mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio».

La Direttiva 2008/115/CE non prevede sanzioni penali, ma non le esclude: la Direttiva però non prevede la miscelabilità delle procedure penali e amministrative, tenendole sempre distinte e con funzionamento autonomo.

L'art. 2.2 lett b prevede che “gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione.”

Nel caso di mancata esecuzione dell'allontanamento, la soluzione vigente nella legislazione italiana, almeno fino alla sentenza della Corte di Giustizia nella sentenza *El Dridi*⁹, è stata quella della sanzione penale. La Corte ha rilevato che il sistema di gradazione delle misure di esecuzione è assente nella legislazione italiana. La Corte, infatti, afferma che “[...] la procedura di allontanamento prevista dalla normativa italiana in discussione nel procedimento principale differisce notevolmente da quella stabilita da detta direttiva. Infatti, mentre detta direttiva prescrive la concessione di un termine per la partenza volontaria, compreso tra i sette e i trenta giorni, il decreto legislativo n. 286/1998 non prevede una tale misura”.

Questo contrasto manifesto tra la normativa vigente e la direttiva, nonché la violazione dell'obbligo di trasposizione nell'ordinamento italiano, sono il *leit-motiv* dell'intera sentenza.

L'essenza della sentenza della Corte è contenuta nei paragrafi 58 e 59 che conviene leggere direttamente:

“Ne consegue che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio,

che continua a produrre i suoi effetti.”

La Corte perciò ha invitato il giudice nazionale a disapplicare la normativa penale italiana configgente con la Direttiva.

Invito che la giurisprudenza di legittimità ha equiparato ad una abrogatio criminis.

Ma il legislatore italiano, come si è detto, non si è arreso. E ha emanato il decreto legge, poi convertito nella legge n. 129/2011.

Questa nuova legge contiene la previsione che il diritto alla concessione di un termine per la partenza volontaria operi solo su richiesta del cittadino di Paese terzo destinatario di una decisione di rimpatrio, ma lo fa introducendo eccezioni talmente ampie da fare –ancora – dell’allontanamento coattivo la vera regola dell’espulsione.

Il decreto legge non solo non ha rinunciato a qualificare come illecito penale la presenza irregolare dello straniero, ma ha addirittura introdotto nuove fattispecie incriminatrici. Oggi si contano almeno quattro condotte legate alla presenza irregolare e sanzionate penalmente.

Lo scopo di questa non ingenua insistenza nel proporre sanzioni penali è l’elusione degli obblighi imposti dalla Direttiva 115. Nello schema del legislatore la condanna per taluno dei fatti contemplati dall’art. 14 commi 5 ter e 5 quater D.lgs. n. 286/1998 (come già ora avviene per l’art. 10 bis D.lgs. n. 286/1998) comporti - con l’applicazione della sanzione sostitutiva dell’espulsione di cui all’art. 16- la sostanziale elusione delle garanzie previste dall’art. 7 direttiva 2008/115/CE. Se ogni presenza irregolare è penalmente sanzionata; se a ogni sanzione penale segue l’espulsione coatta fuori dalle regole della Direttiva; ebbene, la Direttiva non si applica mai.

5 - una valutazione complessiva delle leggi sull'immigrazione

Se questi sono i fatti- cioè le dimensioni reali del fenomeno migratorio, le leggi che lo hanno disciplinato, gli effetti concreti di questi leggi – essi confermano il giudizio negativo sulle leggi sull'immigrazione prima anticipato.

La disciplina dell'immigrazione è stata costruita sin dal testo unico del 1998 su una visione astratta dei fenomeni migratori, e ha poi assunto, negli anni, una tendenza a disinteressarsi dell'immigrazione come fenomeno reale e a considerarla come un elemento di contesa politica e in definitiva considerandola esclusivamente come strumento di consenso, attribuendole caratteristiche immaginarie.

Nella valutazione degli effetti delle leggi sull'immigrazione indubbiamente le norme penali costituiscono un decisivo elemento: si è proceduto in questi anni alla formazione di un diritto penale speciale dello straniero: un settore del diritto cioè nel quale si applicano istituti non conosciuti nella parte generale, o si disapplicano istituti generali, connotando con toni marcati una presunzione di maggiore pericolosità dello straniero in generale, e dello straniero clandestino in particolare.

Questo è avvenuto e avviene secondo tre filoni:

1 - introducendo figure di reato o punendo più gravemente reati già previsti che in linea astratta si rivolgono a tutti coloro che sono soggetti alla legge penale, compresi i cittadini, ma di fatto riguardano esclusivamente o quasi gli stranieri: si pensi alle leggi e alle ordinanze in materia di mendicizia (ad es. l'introduzione del reato di "impiego di minori nell'accattonaggio"), di falsità collegate all'identificazione personale e documentale dello straniero.

2 - prevedendo per comportamenti già previsti e puniti per i cittadini pene più gravi se commessi da stranieri: l'esempio più evidente è la differenza di trattamento sanzionatorio fra due inottemperanze all'ordine dell'autorità amministrativa, quella prevista dall'art. 650 c.p. (sei mesi di arresto) e quella prevista dall'art. 14 co. 5 ter del T.U. D. Lgs. n. 286/1998 (4 anni di reclusione); ma si pensi anche alla mancata

esibizione dei documenti d'identità, punita nei confronti del cittadino "sospetto" dall'art. 4 TULPS con una pena di tre mesi di arresto e dello straniero con pena quadrupla dall'art. 6 T.U. D. Lgs. n. 286/1998.

3 - prevedendo infine sanzioni penali per mere condizioni soggettive: persone, gli stranieri, puniti per la loro condizione, il loro essere e non per i loro comportamenti: è il caso della aggravante comune dell'art. 61 n. 11 bis c.p., e del reato di soggiorno irregolare. Ed è bene ricordare che si tratta di una illegalità creata dalla legge, non dai comportamenti degli stranieri, e che lo stesso legislatore potrebbe ampliare o fare sparire (basterebbe una sanatoria generale oggi per trasformare centinaia di migliaia di *criminali* in *onesti cittadini*).

Il reato di clandestinità e l'aggravante di aver commesso qualsiasi reato in condizione di irregolarità non tutelano la collettività contro specifici fatti criminosi (del migrante come del cittadino) ma *contro* il migrante in quanto tale (in singolare analogia con modelli tipici degli Stati autoritari). *E' il migrante che diventa reato.*

Come dice Don Sciortino:

“Con l'introduzione del reato di clandestinità si pongono le basi di un diritto ignobile. Lo straniero diventa un potenziale criminale e deve dimostrare di non esserlo... Dichiarando colpevole di reato ogni immigrato clandestino, la legge colpisce i più poveri, i più deboli, quelli che sperano di vedere un giorno cambiata la loro vita, perché sono fuggiti da guerra, persecuzioni e fame. In Italia, paradossalmente, la loro speranza è reato e va punita a norma di legge.”

Il tutto sullo sfondo della *precarizzazione della condizione giuridica*, con l'introduzione di un legame strettissimo non solo fra l'ottenimento, ma anche la conservazione, del permesso di soggiorno e la stipulazione e la vigenza di un contratto di soggiorno. Questo finisce con l'attribuire al datore di lavoro una

condizione di sovraordinazione rispetto al lavoratore ben più ampia di quella ordinaria nella dialettica del lavoro, in quanto la riduzione del periodo di disoccupazione tollerata, con la consapevolezza che quasi certamente il licenziamento nelle attuali condizioni del mercato del lavoro equivarrebbe all'espulsione, confina il lavoratore immigrato in una condizione servile” con l’attribuzione al datore di lavoro di una sorta di potere assoluto sul lavoratore.

Va sottolineata infine l’importanza dell’estensione sino a diciotto mesi del trattenimento negli ex CPT, ora rinominati CIE e sempre più strutturati come carceri; un’estensione che ha una valenza qualitativa oltre che quantitativa. Se, infatti, un trattenimento di poche ore o di pochi giorni poteva, almeno in astratto, essere considerato solo uno strumento per rendere possibile l'espulsione, la sua protrazione per mesi o per anni - congiunta con la ripetibilità - ne esclude ogni rapporto funzionale con l'allontanamento e lo configura come sistema di neutralizzazione del migrante e come sanzione in sé. In questo modo il trattenimento diventa detenzione amministrativa, del tutto simile a quella penale che si sconta nelle carceri, ma privata delle garanzie previste dalla Costituzione attraverso il sistema giudiziario. Non vi è un organo di controllo indipendente che vigili su quello che succede nei CIE. Nel nostro sistema la libertà personale dei migranti vale meno di quella degli italiani.

6. partire dall’immigrazione per un nuovo progetto di giustizia

In conclusione: se si deve indicare al legislatore un ambito dove è urgente il ripristino dell’effettività della legge e la riconduzione a giustizia della normativa, esso è quello dell’immigrazione. La compressione dei diritti fondamentali della persona effettuata nei confronti dello straniero immigrato ha creato in questi anni una categoria giuridica di persone con minori diritti. Ricordiamo, in linea di principio, che la detenzione amministrativa in Italia ha un solo precedente nelle

leggi razziali del fascismo. Non ignoriamo che, di fatto, la detenzione amministrativa è gestita attualmente in palese contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza e dignità delle persone.

In un progetto per una nuova giustizia, si deve ripartire da qui.

Una legislazione giusta ed efficace sull'immigrazione, come quella molte volte descritta nei documenti delle associazioni che si occupano dei migranti, è possibile e necessaria. E può essere fatta a costo zero.

Adeguare i flussi di ingresso alle reali esigenze economico-sociali, anche tenendo conto del ruolo di ponte nel Mediterraneo che è proprio del nostro paese.

Riconoscere il diritto di asilo ai profughi e ai rifugiati secondo gli standard dell'Unione Europea e non secondo equilibri politici venati di xenofobia.

Permettere a chi già lavora irregolarmente in Italia di regolarizzarsi senza l'espedito di dover uscire per fingere di rientrare nel nostro paese per la prima volta.

Concedere permessi per ricerca lavoro, per disincentivare gli ingressi irregolari più rischiosi e così sottrarre spazio e occasioni alle organizzazioni di trafficanti di persone.

Chiudere i centri di detenzione amministrativa - si può fare - dirottando le risorse sinora ad essi destinate da un lato a centri di vera accoglienza, dall'altro a un selettivo, effettivo, efficace sistema di espulsioni.

Abrogare le disposizioni penali connesse alla mera irregolarità, del tutto inutili, consentendo così anche un recupero di efficienza del sistema giudiziario.

Concedere la cittadinanza ai bambini stranieri nati in Italia, eliminando quella che il nostro Presidente della Repubblica ha definito la follia di mantenere straniero chi straniero non è mai stato.

In un progetto per una nuova giustizia, si deve ripartire da qui.

Lorenzo Miazzi