

FENOMENO MIGRATORIO E SALVAGUARDIA DELLA SICUREZZA DELLA PERSONA: IL CREPUSCOLO DEI DIRITTI UMANI

di Andrea Callaioli
26 giugno 2008

Nell'ambito del pi ampio "pacchetto sicurezza", col disegno di legge adottato dal Consiglio dei ministri alla riunione del 21 maggio scorso e presentato al Senato con l'atto n 733 l'esecutivo, fra le altre misure, ha proposto l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice, rubricata come "ingresso illegale nel territorio dello Stato". La nuova fattispecie appare scarsamente efficace se non addirittura controproducente, sia rispetto all'esigenza di un razionale governo del fenomeno migratorio, sia rispetto all'obiettivo di assicurare le legittime esigenze di sicurezza di ogni essere umano, a prescindere dalla sua cittadinanza.

Nell'ambito del pi ampio "pacchetto sicurezza", col disegno di legge adottato dal Consiglio dei ministri alla riunione del 21 maggio scorso e presentato al Senato con l'atto n 733 l'esecutivo, fra le altre misure, ha proposto l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice, rubricata come "ingresso illegale nel territorio dello Stato". Con l'art. 9 del d.d.l. si prevede, difatti, l'introduzione di un nuovo delitto nell'ambito del testo unico sulla condizione giuridica dello straniero: «Art. 12-bis. - (Ingresso illegale nel territorio dello Stato). - 1. Salvo che il fatto costituisca pi grave reato, lo straniero che fa ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico  punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni. 2. Per il reato previsto al comma 1  obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto e si procede con il rito direttissimo. 3. Il giudice, nel pronunciare la sentenza di condanna, ordina l'espulsione dello straniero».

In ordine ai motivi che richiederebbero l'introduzione della nuova previsione, nella relazione a tale d.d.l. si legge che "il Governo intende rispondere all'aggressione della criminalit diffusa ed all'attivit riconducibile alla criminalit organizzata" e, per tal motivo, la necessit dell'intervento normativo viene ravvisata "nella insufficienza di apposite misure che consentano di contrastare con efficacia il degrado urbano, l'illegalit diffusa e la criminalit organizzata, fenomeni che minano i fondamenti della convivenza civile e che possono essere contrastati attraverso la previsione e l'attuazione di appositi strumenti normativi che siano in grado di rispondere con maggiore efficacia alla domanda di effettivit dell'intervento penale".

A fronte di tali intendimenti, tuttavia, la nuova fattispecie appare scarsamente efficace se non addirittura controproducente, sia rispetto all'esigenza di un razionale governo del fenomeno migratorio, sia rispetto all'obiettivo di assicurare le legittime esigenze di sicurezza di ogni essere umano, a prescindere dalla sua cittadinanza. Difatti, come si vedr pi innanzi, il nuovo delitto si porrebbe in serio contrasto con alcuni fra i principi basilari che, del nostro assetto costituzionale, regolano la materia penale la quale - com' universalmente riconosciuto - in uno stato democratico  finalizzata alla tutela dei valori fondamentali della ordinata convivenza tra esseri umani e della uguaglianza. In altre parole, a fronte della complessit del fenomeno migratorio, con l'introduzione di una simile fattispecie di reato si corre il serissimo rischio di giungere a sanzionare la condizione soggettiva delle persone e non tanto la loro condotta, specialmente in un sistema scarsamente capace di garantire mezzi efficaci di ingresso legale nel territorio.

A questo punto  necessario un esame pi tecnico delle problematiche connesse alla formulazione della fattispecie, cos- come proposta.

Innanzitutto parrebbe potersi affermare che, dal punto di vista dell'ambito soggettivo di applicazione, la norma si riferisce ai soli ingressi irregolari dei cittadini stranieri non appartenenti all'Unione europea, vuoi in forza delle clausole di cui all'art. 1, co. 2 e 3, D. Lgs. 286/98, vuoi perch il cittadino comunitario  di per s sempre autorizzato a circolare nell'Unione e, quindi, a fare ingresso nel territorio italiano, potendosi disporre legittime limitazioni solo in ordine al suo trattenimento.

Detto questo, occorre rilevare che la norma verrebbe costruita in forma di reato istantaneo ("fa ingresso"); in altre parole il reato si consumerebbe con il passaggio della linea di frontiera (sia terrestre che marittima) e le condotte successive potrebbero rilevare solo come prova dell'avvenuto ingresso. Da ci deriva che l'arresto - pur obbligatorio, stando alla norma - potr essere effettuato solo in flagranza del reato, cio solo se si coglie lo straniero mentre effettua l'ingresso. Ma vi  di pi: laddove non si colga lo straniero in tale momento, per poterne affermare la penale responsabilit occorrer provare il fatto che l'ingresso  avvenuto dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice, pena la violazione del fondamentale principio di irretroattivit della norma penale di cui agli artt. 25, co. 2, Cost. e 2, co. 1, c.p. Inoltre, descrivendosi nella fattispecie la condotta rilevante in termini di ingresso, appare evidente che nessuna sanzione potr comunque essere adottata nei confronti di coloro che permangono irregolarmente sul territorio nazionale, avendovi fatto regolare ingresso (ad es., la situazione di coloro che non hanno rinnovato il permesso di soggiorno o si sono fermati per un periodo superiore rispetto a quello previsto dal visto d'ingresso). Peraltro, stante la natura delittuosa, occorrer comunque dimostrare che il soggetto ha agito con dolo, e ci non sar sempre facile; basti pensare, a tal

proposito, alle ipotesi di migranti che, diretti via mare verso un paese diverso dall'Italia, siano invece giunti per caso nel nostro Paese, magari soltanto a seguito di naufragio o di soccorso o, addirittura, perché qui dirottati dalle forze di polizia italiane, oppure all'ipotesi di soggetti condotti nel nostro Paese dalle associazioni criminali che organizzano l'immigrazione clandestina.

In relazione a tale ultima ipotesi si coglie, poi, la difficoltà di un razionale inserimento sistematico della nuova fattispecie rispetto all'attuale previsione dell'art. 12 T.U. in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Considerata in astratto, difatti, la condotta di colui che compie atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato in violazione delle norme che lo regolamentano (come recita il citato art. 12) potrebbe integrare entrambe le fattispecie, né appare sufficiente, a tal proposito, l'inciso iniziale della nuova previsione "salvo che il fatto costituisca più grave reato" oppure l'assenza del fine di profitto (dal momento che il comma 1° dell'art. 12 non prevede tale dolo specifico). Difatti, nell'un caso si tratterebbe di una responsabilità per il più grave reato commesso in forma monosoggettiva (art. 12), mentre nell'altro di un concorso nella commissione del fatto di minore gravità di cui all'art. 12-bis. Ma il problema sta nel come effettuare tale distinzione, soprattutto sotto il profilo probatorio. Si dia il caso dello "scafista" che si dissimuli nella massa dei migranti di cui ha effettuato il traffico clandestino, oppure di colui che, sul territorio italiano, attende l'arrivo dei migranti per condurli lontano dal punto di sbarco: in entrambi i casi la condotta potrebbe ben integrare il più grave reato così come quello che oggi si propone (il parente dello straniero che lo attende al di qua della frontiera per condurlo a casa sarebbe responsabile a titolo di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o per concorso in ingresso illegale nel territorio dello Stato?).

Nel quadro di quest'ultima riflessione si coglie l'aspetto che, forse maggiormente, solleva perplessità in ordine al disegno di legge. Difatti, fino ad oggi il migrante oggetto di tratta o di "contrabbando" veniva comunque considerato la vittima del reato, il soggetto che, al fine di sfuggire da gravi situazioni di povertà, carestie, guerre, persecuzioni, pulizie etniche o cataclismi naturali, si vedeva costretto a consegnarsi nelle mani delle associazioni criminali che ne organizzavano lo spostamento con dimensioni planetarie. Con l'entrata in vigore della norma oggi proposta questo quadro verrebbe drasticamente a mutare, dal momento che quel medesimo soggetto - nello stesso quadro di sfruttamento criminale - diventerebbe anch'esso da punire per aver effettuato un ingresso clandestino.

E proprio in relazione alle conseguenze "extrapenali" sullo straniero che emerge l'aspetto di maggiore criticità della proposta fattispecie. La qualificazione dell'ingresso illegale come reato comporterà, inevitabilmente, l'allontanamento dei migranti clandestini da ogni tipo di contatto legale, con la conseguente crescita del ruolo delle organizzazioni criminali non soltanto per l'arrivo, ma anche per la permanenza sul territorio nazionale, e con il rischio di accrescere la presa della delinquenza su questi soggetti e di perdere qualsiasi potere conoscitivo e statistico sul fenomeno. In altre parole, poiché il migrante, temendo che il contatto con strutture sanitarie, volontari, legali, forze dell'ordine, associazioni di accoglienza, potrebbe comportare la denuncia per il reato di ingresso illegale, non si riferirà più a tali soggetti e, quindi, per la inevitabile assistenza - sotto ogni profilo - non gli resterà che rivolgersi all'area dell'illegalità. Come potrebbe, difatti, il medico pubblico, ad es., sottrarsi all'obbligo di denuncia ex art. 331 c.p.p. nel momento in cui si trovasse a soccorrere un migrante irregolare? Da questa angolatura si evidenzia, quindi, un ulteriore aspetto negativo della proposta; difatti l'introduzione del reato di immigrazione illegale comporterà con ogni probabilità l'aumento delle situazioni di sfruttamento degli stranieri irregolari, specialmente nel campo della manodopera, rendendoli ancora più vulnerabili di fronte ai fenomeni di abuso e di sfruttamento.

E di tale problematica vi è un'ulteriore - e, se si può dire, più inquietante - conseguenza. Stante l'assenza di una qualsivoglia causa di giustificazione come quella prevista dal comma secondo dell'art. 12 T.U., anche tutti i soggetti che avranno a che fare con il migrante entrato illegalmente correranno il serio rischio di commettere un reato, vuoi in forma concorsuale ex art. 12-bis, vuoi per favoreggiamento personale ex art. 378 c.p. (nell'esempio di poc'anzi, il medico della struttura pubblica che curi lo straniero senza denunciarne la presenza). Difatti, nel contesto della disciplina dell'art. 12, il secondo comma prevede la non rilevanza, ai fini penali, delle attività di soccorso ed assistenza umanitaria prestate in Italia a favore degli stranieri in condizioni di bisogno; peraltro si tratta di attività destinate a configurarsi oltre i casi regolati dall'art. 54 c.p. sullo stato di necessità. Si tratta, quindi, di una causa di giustificazione in forza della quale il legislatore del 1998 aveva chiarito che il fatto, pur integrato nella sua materialità, non è lesivo di alcun bene giuridico, dal momento che l'interesse umanitario protetto viene ritenuto prevalente rispetto all'ordine pubblico ed alla pubblica sicurezza tutelati dalle norme sull'ingresso e la permanenza nel territorio dello Stato. Orbene, stanti dette valutazioni, non si vede il motivo per non poterle rinnovare anche oggi in relazione alla nuova fattispecie; tuttavia, in mancanza di un espresso riferimento, la norma, così come oggi proposta - parrebbe non consentire un'interpretazione estensiva dell'operatività della causa di giustificazione.

Ma il riferimento al comma secondo dell'art. 12 può comunque avere un significato, laddove in esso si fa salva l'applicabilità dell'art. 54 c.p.; difatti, pur con l'entrata in vigore della nuova fattispecie, le cause scriminanti (prime fra tutti l'aver agito in stato di necessità o nell'esercizio del diritto) possono trovare

applicazione anche nell'ipotesi di ingresso illegale, dal momento che potrà sussistere quella particolare situazione in presenza della quale il fatto, che altrimenti sarebbe reato, tale non è perché la legge lo impone o lo consente. In altre parole, come la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ha più volte precisato nell'ambito del c.d. diritto penale dell'immigrazione, le generali cause di giustificazione resterebbero di sicura applicabilità al migrante irregolare, depotenziandosi così la portata effettiva della fattispecie incriminatrice e la sua efficacia deterrente, ammesso che essa sussista. A tal proposito non è secondario riflettere in ordine al fatto che, pur esistendo già oggi talune ipotesi di ingresso illegale di stranieri previste e punite come reati, ciò non mostra aver impedito o prevenuto il ripetersi degli atti puniti (basti pensare alle fattispecie di cui agli artt. 13, co. 13, e 14, co. 5-ter, T.U.). Non, finora, l'ingresso illegale di cittadini extracomunitari sul territorio italiano poteva considerarsi una libera attività, dal momento che le forze di polizia ed i questori hanno facoltà di respingimento alla frontiera o subito dopo, ex art. 10 T.U., oppure, successivamente, di espulsione, ai sensi dell'art. 13 T.U.. Appare scarsamente prospettabile, quindi, che la massa dei potenziali migranti trovi ostacolo nella nuova fattispecie, con inevitabili ripercussioni sul sistema processuale e su quello penitenziario, che corrono il serio rischio di paralisi qualora la fattispecie in esame dovesse entrare in vigore. Non si è originali nell'osservare che il nostro Paese non dispone delle strutture penitenziarie idonee ad ospitare le decine di migliaia di persone cui -presumibilmente- verrebbe applicata la disposizione, né che le strutture giudiziarie di ogni ordine e grado sarebbero travolte dalla massa critica di giudizi che, per di più, sottrarrebbe energie preziose all'azione della magistratura e delle forze investigative impegnate nella persecuzione di ben più gravi reati.

Senza contare, inoltre, che tale massa comporterebbe un'ingente spesa per il bilancio dello Stato, spesa che nella stessa relazione tecnica che accompagna il d.d.l. viene valutata in oltre 48 milioni di euro per il corrente anno e quello successivo, per gli oneri connessi all'incremento delle ipotesi di arresto e dei connessi giudizi direttissimi, al patrocinio a spese dello Stato ed alle spese di interpretariato nei relativi procedimenti nel corso dei procedimenti con rito direttissimo, senza valutare quelli connessi all'aumento della popolazione carceraria, stimati - per lo stesso periodo - in circa 2 milioni di euro per le sole spese di vitto.

Del resto l'incongruità delle scelte politiche nella materia dell'immigrazione emerge anche sotto un diverso aspetto dell'analisi in termini economici; difatti, i dati relativi all'impatto economico della nuova fattispecie, ora riassunti, vanno letti di pari passo con la scelta fatta dal Governo di recuperare parte degli oneri finanziari derivanti dal recente ampliamento delle ipotesi di esenzione dell'ICI, traendo risorse dalla riduzione e soppressione del Fondo nazionale per l'inclusione sociale degli immigrati. In altre parole, a fronte della riduzione delle spese finalizzate a prevenire la marginalità sociale ed incrementare le politiche di inserimento ed integrazione degli stranieri, si prevede un notevolissimo sforzo economico (ad oggi, peraltro, privo di copertura finanziaria) per l'applicazione di misure penali e repressive del fenomeno migratorio.

Proseguendo nell'esame della fattispecie si coglie un ulteriore profilo di carenza, profilo che, peraltro, già affligge gran parte delle fattispecie penali previste dal T.U. sull'immigrazione; ci si riferisce alla scarsa tassatività e determinatezza dell'inciso "in violazione delle disposizioni del presente Testo Unico". Tale specifica previsione, che potrebbe far pensare ad una modalità almeno parzialmente vincolata della condotta, solleva dubbi in ordine alla sua conformità col principio di tassatività -determinatezza di cui all'art. 25 Cost., trattandosi di una tecnica descrittiva assai generica e vaga, stante la molteplice diversità delle previsioni contenute nel T.U. Sarebbe stato opportuno individuare con maggiore precisione le norme la cui violazione sarebbe suscettibile di integrare il precetto, magari restringendo l'ambito a quelle contenute nel solo titolo secondo del T.U. dedicato, appunto, all'ingresso ed al soggiorno nel territorio dello Stato, oppure tipizzando maggiormente la violazione ritenuta penalmente rilevante ai fini dell'ingresso "illegale".

Resta da affrontare un ultimo elemento di riflessione, che riguarda non solo la fattispecie in esame ma anche la nuova ipotesi di aggravante di cui al numero 11-bis dell'art. 61 c.p. (già in vigore dal 26 maggio scorso in quanto contenuta nel d.l. 92/2008), e che attiene al fondamento stesso della scelta di utilizzare lo strumento penale per regolare il fenomeno migratorio. In buona sostanza, si tratta di sciogliere il dubbio se sia compatibile col nostro assetto costituzionale, a fronte della sola violazione delle norme che disciplinano l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, il sacrificio della libertà personale; il controllo delle frontiere può rappresentare motivo sufficiente, in una democrazia sana, ad istituzionalizzare e legalizzare la limitazione di un diritto fondamentale della persona umana? A tal proposito occorre ricordare che la Corte costituzionale, pur ritenendo presente un «interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione» (sent. 161/2000), ha altresì rilevato 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).

A tale riflessione se ne connette un'altra di pari momento. Trovandoci di fronte ad un reato occorre salvaguardare anche il disposto dell'art. 27 Cost., che impone alla pena di consistere in un trattamento non contrario al senso di umanità e di mirare alla rieducazione del condannato. Risponderebbe al rispetto del

sensu di umanità restringere in vinculis un essere umano sol perch  in fuga dalla disperazione e dal bisogno, dalla persecuzione e dalla morte, in altre parole, sol perch  tenta di dare effettivit  al diritto di vivere libero e in modo dignitoso di cui all'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo? Ed altres , a che cosa dovrebbe essere "rieducata" questa persona, quale valore positivo potrebbe a questa essere trasmesso per il tramite dell'esecuzione della pena, dal momento che la sua comminazione non   collegata ala lesione di alcun valore fondamentale?

Resta infine un ultimo aspetto di perplessit  : dalla storica sentenza 364/1988 la nostra Corte costituzionale ha reso compatibile con un sistema democratico il principio di irrilevanza dell'ignoranza del precetto penale, stabilendo un limite laddove esso non sia conoscibile per un fatto non dipendente dalla persona. In tale quadro, per riconoscere la penale responsabilit  in ordine alla fattispecie in esame occorrer  che il giudice accerti la conoscenza, o la possibilit  di conoscenza, del precetto stesso da parte dello straniero. In altre parole, non potendosi presumere una conoscenza universale, a livello planetario, del contenuto della Gazzetta ufficiale, il nostro sistema giudiziario dovr  confrontarsi con un'inedita questione attinente la possibilit  di ritenere che anche nel pi  sperduto angolo del mondo giunga la voce del nostro legislatore penale.

A questo punto, vien da suggerire che la pi  efficace sanzione dell'ingresso illegale si troverebbe non gi  tramite la criminalizzazione dell'immigrato clandestino bens  attraverso una nuova disciplina degli ingressi per lavoro e l'effettiva attivazione di realistici flussi di ingresso regolare per lavoro. Solo in tale quadro gli eventuali casi di ingresso irregolare potrebbero essere affrontati con misure repressive le quali non dovrebbero consistere nelle repressione penale, bens , se necessario, nell'effettivo e pi  celere allontanamento dal territorio dello Stato dello straniero immigrato illegalmente, sotto il controllo di un'autorit  giudiziaria e con la salvaguardia delle garanzie di difesa e di contraddittorio.

Andrea Callaioli