

Il "pacchetto sicurezza" è forse perfino anticostituzionale

Immigrazione: si è scelta soltanto la strada penale

di Laura Coltrinari

Il problema dell'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. Il reato di clandestinità. I diritti inviolabili dell'uomo

La legge 15 luglio 2009 n. 94 ha introdotto numerose disposizioni in materia di sicurezza pubblica che evidenziano, in più di una norma, una stretta correlazione tra sicurezza, *rectius* insicurezza pubblica e immigrazione clandestina. A fronte del problema epocale dei flussi migratori e del controllo dell'immigrazione che storicamente e culturalmente appartengono al lavoro svolto da parte della diplomazia, della cooperazione internazionale e delle politiche fondate su accordi internazionali, l'ordinamento italiano ha mostrato di privilegiare, quale strumento di contrasto a questa realtà, la risposta penale, di recente indirizzata contro l'immigrato per il solo fatto di aver violato le regole che disciplinano l'ingresso e la permanenza nel territorio italiano.

Il legislatore, forse, si è mosso partendo dalle statistiche relative alla popolazione carceraria degli ultimi 20 anni che evidenziano una crescita del numero di detenuti stranieri in virtù anche della scarsa possibilità per i medesimi di ottenere gli arresti domiciliari a causa, nella maggior parte dei casi, della mancanza di un domicilio: alla data del 31 dicembre 1992 su una popolazione carceraria complessiva di

47.316 detenuti, 40.079 erano italiani e 7.237 stranieri; al 30 giugno 2006, prima, quindi, dell'indulto, su 61.264 detenuti presenti, 41.043 erano italiani e 20.221 stranieri; il 30 aprile 2008 risultavano presenti negli istituti di pena italiani 52.992 detenuti di cui 32.995 di nazionalità italiana e 19.997 stranieri.

Davanti a questa realtà la breve disamina delle principali norme introdotte dal c.d. "pacchetto sicurezza" vuole indurre una riflessione circa l'idoneità dell'utilizzo del diritto penale quale strumento di controllo dei flussi migratori e mezzo di contrasto dell'immigrazione illegale. Nell'ambito della dottrina e giurisprudenza, infatti, questo dibattito è da tempo rivolto ad una riflessione sull'uso distorto del diritto penale come un "diritto penale del nemico" (Ferraioli, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 2006, n. 4, 797; Palazzo *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, ivi 666 ss; Pulitanò, *Lo sfaldamento del sistema penale e l'ottica amico-nemico*, ivi 740 ss; Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2007, 470 ss).

E questo perché la novella legislativa ha introdotto una nuova circostanza aggravante comune, l'art. 61 c.p. n. 11-bis, che consiste nell'«*avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*», riferendosi ai cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione Europea ed agli apoliti. Si applica, quindi, ai soggetti che si trovino illegalmente nel territorio dello Stato, in specie lo straniero extracomunitario entrato clandestinamente in Italia o che si sia trattenuto nel territorio nazionale in violazione dell'ordine di espulsione, nonché il cittadino comunitario che abbia superato il termine di durata del suo soggiorno (artt. 6 e 7 D.lgs. n. 30 del 2007) o che abbia violato l'ordine di allontanamento. Si tratta di una circostanza comune ad efficacia comune, ciò significa che la pena può essere aumentata fino al massimo di un terzo (art. 64 c.p.), non se ne tiene conto in se-





de di determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle misure cautelari (art. 278 c.p.) nonché nell'esercizio dei poteri coercitivi della polizia giudiziaria in sede di arresto o di fermo (art. 379 c.p.p.). Questa circostanza aggravante non trova applicazione quando la presenza illegale nel territorio dello Stato sia elemento costitutivo della fattispecie (ad esempio l'art. 10-bis D.lgs. n. 286/1998) di cui si dirà successivamente.

Immediatamente, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sollevato dei dubbi di costituzionalità di tale aggravante in relazione all'art. 3 Cost. e, quindi, al principio di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità, all'art. 25 co. 2 Cost. laddove esprime la concezione del cd. "diritto penale del fatto" e, infine, all'art. 27 Cost., 1° e 3° comma, in relazione ai principi della personalità della responsabilità penale, proporzionalità della pena e funzione rieducativa della pena. Per uno stesso fatto, infatti, il legislatore prevede un trattamento sanzionatorio diverso a seconda della cittadinanza dell'autore, della condotta incriminata e dell'area geografica di sua provenienza.

Ad esempio, in caso di furto commesso in concorso da un cittadino comunitario con uno extracomunitario non in regola di permesso di soggiorno e/o entrato illegalmente nel territorio dello Stato il Giudice dovrà applicare ai correi una pena

quantitativamente diversa solo in ragione della rispettiva cittadinanza. Questa aggravante, diversamente da altre circostanze, pure fondate su qualità personali del colpevole presenti nel sistema (ad es. l'art. 61 n. 9 o l'art. 61 n. 11 c.p.), non si riferisce, però, ad elementi accessori del fatto che consentano un adeguamento della pena al caso concreto attraverso l'opera di accertamento del giudice.

Inoltre, la presunzione di pericolosità sociale introdotta dall'art. 61 n. 11-bis c.p. sembra violare l'art. 13 Cost., incidendo sul bene supremo della libertà personale senza che vi sia alcun accertamento in concreto sulla pericolosità sociale dello straniero, superando così il limite della ragionevolezza che deve sempre connotare le restrizioni alla libertà personale. Ci si riferisce, in questo modo, ad un "diritto penale per tipo d'autore" perché si finisce per aggravare il trattamento sanzionatorio sulla base del solo dato oggettivo della presenza irregolare dello straniero nel territorio dello Stato, senza "passare per un accertamento in concreto dell'eventuale incidenza di tale elemento sull'aggravamento dell'offesa prodotta con la commissione del reato base" (Trib. Latina, Ord. 1° luglio 2008, in www.movimentoperlagiustizia.it/articolo639.html; in dottrina Rodotà, *L'uguaglianza calpestata*, 22 maggio 2008).

La legge 94/2009 ha, poi, intro-

dotto la contravvenzione di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato", all'art. 10-bis T.U. sull'immigrazione, meglio conosciuto come il reato di clandestinità, fattispecie che si distingue da quella prevista dall'art. 14, comma 5-ter T.U. immigrazione.

La questione è un po' complessa perché le due norme disciplinano due realtà diverse. Proviamo a fare chiarezza.

Il vecchio art. 14, comma 5-ter T.U., puniva lo straniero che, senza un giustificato motivo, si tratteneva nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal Questore ai sensi dell'art. 14 comma 5-bis. Il trattamento sanzionatorio era significativamente diverso a seconda della condizione dello straniero perché era previsto il delitto con pena della reclusione da 1 a 4 anni per lo straniero irregolare *ab origine*, la contravvenzione con pena dell'arresto da 6 mesi ad 1 anno per lo straniero entrato regolarmente ma rimasto illegittimamente.

L'art. 1, comma 22, lett. m) della nuova legge è intervenuto a riguardare per cui, oggi, il reato è commes-

■ Nella pagina precedente e in questa diverse manifestazioni antirazziste.



so dallo straniero che, senza giustificato motivo, "permane illegalmente" - e non più "si trattiene" - nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal Questore.

Si è altresì condannati nel caso in cui lo straniero, cui il Questore abbia ordinato di lasciare il territorio dello Stato ai sensi del 14, comma 5-bis, sia stato destinatario di un provvedimento di respingimento, oltre che di espulsione, nonché quando tali misure siano state adottate, oltre che nei casi già configurati dalla legge, anche qualora lo straniero non abbia dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto ai sensi dell'art. 5 comma 7 e art. 27, comma 1-bis T.U.

La fattispecie contemplata dall'art. 14, comma 5-ter è stata, quindi, trasformata da contravvenzione in delitto ed estesa anche alle ipotesi di inottemperanza all'ordine di espulsione conseguente al rifiuto del permesso di soggiorno, in precedenza priva di rilevanza penale.

Al di fuori di questa ipotesi l'art. 10-bis, introdotto dalla legge n. 94/2009, punisce lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del Testo Unico



■ Il fermo di un extracomunitario diventato venditore abusivo.

nonché di quelle di cui all'art. 1, legge n. 68/2007. È stata, dunque, criminalizzata l'immigrazione clandestina dello straniero extracomunitario quando, fino ad oggi, era sanzionato penalmente solo il trattenimento o il reingresso nel territorio dello Stato dello straniero raggiunto da un provvedimento di espulsione o già espulso.

L'ingresso illegale si consuma nel momento e nel luogo in cui lo straniero entra nel territorio dello Stato, varcandone i confini senza averne titolo, cioè senza essere in possesso del passaporto o di altro documento equipollente, ovvero senza avere il visto di ingresso, qualora necessario o, ancora, senza passare dai valichi di frontiera, salva l'ipotesi dello stato di necessità. Oppure si è condannati quando lo straniero si trattienga illegalmente nel territorio italiano e sono ricondotte nell'alveo della fattispecie anche le ipotesi in cui lo straniero, pur avendo varcato legalmente i confini nazionali, sia rimasto sul territorio dello Stato in violazione delle disposizioni dettate in materia di soggiorno come, ad esempio, dopo la scadenza del termine, decorrente dal momento del legale ingresso nel territorio italiano, per presentare la richiesta del permesso di soggiorno.

La sopravvenuta clandestinità integra, dunque, reato di per sé, senza cioè che segua, come previsto dall'art. 14, comma 5-ter T.U., al

provvedimento di espulsione ed all'ordine del Questore di lasciare il territorio dello Stato entro 5 giorni. Anche l'introduzione di questa fattispecie ha sollevato dubbi di costituzionalità circa l'irragionevolezza per carenza di fondamento giustificativo minimo, oltre che per disparità di trattamento con l'art. 14, co. 5-ter del D.lgs. n. 286/1998 perché in questo caso la punibilità dello straniero è subordinata all'inottemperanza all'ordine di allontanamento del Questore. Emergono, dunque, dubbie compatibilità anche con l'art. 25, co. 2 laddove sono state introdotte fattispecie penali ancorate non a fatti e comportamenti riconducibili alla volontà del soggetto, ma a particolari condizioni personali e sociali nonché la violazione dell'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo.

Secondo un illustre orientamento della più illuminata giurisprudenza la configurazione del reato di clandestinità appare di dubbia compatibilità costituzionale perché "oltre ad esasperare la preoccupante tendenza all'uso simbolico della sanzione penale, criminalizza mere condizioni personali. La norma è, anzitutto, priva di fondamento giustificativo perché la sua sfera applicativa è destinata a sovrapporsi integralmente a quella dell'espulsione quale misura amministrativa, il che mette in luce l'assoluta irragionevolezza della nuova figura di reato;



■ Un barcone di migranti all'arrivo in Italia.

pericolosità sociale dello stesso, sicché la criminalizzazione di tale condizione stabilita dalla legge si rileva anche su questo terreno priva di fondamento giustificativo” (Garofoli, Le grandi sfide che l’immigrazione lancia al diritto penale: diritto penale, società multietniche e esigenze di sicurezza, in La rivista nel diritto, n. 10/09).

Tale autorevole intervento mostra i profondi e drammatici interrogativi che i migliori giuristi attualmente si pongono, ma che interpella tutta la cittadinanza, circa l’utilizzazione del diritto penale come “un diritto penale del nemico” e sull’efficacia di questa strategia sulla sicurezza pubblica.

In conclusione è possibile poter affermare che un concetto di sicurezza pubblica possa raggiungersi non tutelando la dignità di un uomo e i suoi diritti fondamentali?

Ad ognuno la propria risposta. ■

inoltre, il ruolo di estrema ratio impone che essa sia utilizzata, nel rispetto del principio di proporzionalità, solo in mancanza di altri strumenti idonei al raggiungimento dello scopo. Né un fondamento giustificativo del nuovo reato può essere

individuato sulla base di una presunta pericolosità sociale della condizione del migrante irregolare: la Corte Costituzionale (sent. 78 del 2007) ha, infatti, già escluso che la condizione di mera irregolarità dello straniero sia sintomatica di una

ANPI

Associazione Nazionale Partigiani d’Italia

Costituzione, Democrazia, Diritti sostieni l’ANPI donando il 5 x 1000

Destinare il 5 x 1000 della dichiarazione dei redditi 2010 è semplice e non costa

Nel quadro **Scelta per la destinazione del cinque per mille** dell’Irpef dei Modelli CUD, 730-1 e Unico apponi la tua firma nel riquadro con la dicitura: «*Sostegno delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, delle associazioni di promozione sociale e delle associazioni riconosciute che operano nei settori di cui all’art. 10, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 460 del 1997*»

SCELTA PER LA DESTINAZIONE DEL CINQUE PER MILLE DELL’IRPEF (in caso di scelta FIRMARE in UNO degli spazi sottostanti)	
<p>Sostegno delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, delle associazioni di promozione sociale e delle associazioni riconosciute che operano nei settori di cui all’art. 10, c. 1, lett a), del D.Lgs. n. 460 del 1997</p> <p>FIRMA <i>Nome Cognome</i></p> <p>Codice fiscale del beneficiario (eventuale) <i>00776550584</i></p>	<p>Finanziamento agli enti dello ricerca scientifica e delle università</p> <p>FIRMA</p> <p>Codice fiscale del beneficiario (eventuale)</p>
<p>Finanziamento agli enti della ricerca sanitaria</p> <p>FIRMA</p> <p>Codice fiscale del beneficiario (eventuale)</p>	

Scrivi sotto la tua firma il Codice Fiscale dell’ANPI: **00776550584**
È importante firmare anche se il calcolo della tua Irpef è pari a zero o a credito. Infatti la ripartizione delle somme tra gli Enti beneficianti – tra cui l’ANPI – viene calcolata anche in proporzione al numero di tutti i sottoscrittori anche di quelli a reddito zero o a credito.

Quindi **FIRMA** e **FAI FIRMARE** in favore dell’ANPI