

md

XVIII congresso di Magistratura Democratica
Napoli 29 ottobre – 1 novembre 2010



MAGISTRATURA DEMOCRATICA: LE RAGIONI DI UN IMPEGNO.
LA FORZA INNOVATRICE DEI VALORI COSTITUZIONALI

Documento del Gruppo Immigrazione di *md*

L'impegno di Magistratura democratica di fronte alla "questione immigrazione".

«La realtà dell'immigrazione in Italia ha due volti. Il primo è rappresentato da poco meno di tre milioni di stranieri regolarmente soggiornanti, corrispondenti a quasi il 5% della popolazione, ossia ad una regione italiana *media*: è il volto dell'immigrazione nelle nostre scuole e nel mondo del lavoro, dove la *società multi-culturale* non è una prospettiva, ma una realtà quotidiana ormai consolidata. Il secondo è il volto del centro di Lampedusa e dei respingimenti verso la Libia, il volto delle gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona denunciate dai rapporti di autorevoli organizzazioni umanitarie e da incisive inchieste giornalistiche; ma è anche il volto delle aule dei tribunali dove arresti e direttissime per i reati *artificiali* collegati all'espulsione assorbono in modo abnorme le risorse degli apparati giudiziari e di polizia».

Con queste considerazioni esordiva il documento «*Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*» elaborato nel giugno del 2006 da Magistratura democratica e dall'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione.

A distanza di alcuni anni le politiche del diritto hanno decisamente esasperato le contraddizioni, sul piano della razionalità del *governo* dell'immigrazione, e le torsioni, su quello delle garanzie individuali, di una legislazione *ingiusta e inefficace*. Uno sguardo di insieme al panorama legislativo evidenzia, del resto, un approccio fortemente ideologico alla "questione immigrazione", declinata essenzialmente come questione di sicurezza e di ordine pubblico, secondo una visione dello straniero come *nemico*, da ostacolare nei suoi percorsi di integrazione e da perseguire, in quanto costituente un pericolo per i cittadini, finanche con lo strumento penale.

Nuovi interventi restrittivi sulla disciplina di ingresso e soggiorno.

La normativa sugli ingressi ha conosciuto nuove *strette*, soprattutto attraverso le modifiche alla disciplina del ricongiungimento familiare, che rappresenta il più efficace strumento di integrazione dei migranti: diversamente dal passato, il genitore che intenda ricongiungersi al figlio già soggiornante in Italia, deve possedere i requisiti richiesti dalla legge già al momento in cui viene richiesto il ricongiungimento.

Anche la condizione dello straniero regolarmente soggiornante si è ulteriormente allontanata dalla prospettiva ispirata a una politica del diritto della convivenza: la previsione del cd. permesso di soggiorno *a crediti* è destinata a tradursi in una nuova *corsa ad ostacoli* per la conservazione delle condizioni che consentono il rinnovo dei titoli dei permessi. Il nuovo testo dell'art. 4 T.U. Immigrazione rinvia, infatti, all'approvazione di un regolamento attuativo in base al quale, stando ai progetti governativi, lo straniero potrà ottenere un permesso di soggiorno "precario", condizionato al rispetto del c.d. accordo d'integrazione articolato per "crediti" (tipo patente a punti): la perdita integrale dei crediti comporta la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione. La novità normativa, che evidentemente si colloca nella direzione contraria a quel riconoscimento dei diritti politici e di cittadinanza degli stranieri regolarmente residenti che rappresenta la soluzione più proficua nella prospettiva di una effettiva integrazione, si presta a più di una critica. I criteri e le modalità di regolamentazione dell'accordo di integrazione da parte della legge presentano caratteri di assoluta indeterminatezza, il che evidenzia profili di tensione con riguardo alla riserva di legge prevista dalla Costituzione per la disciplina della condizione giuridica dello straniero. La nuova disciplina, peraltro, costringe lo straniero a una serie di adempimenti spesso solo formali e di difficile realizzazione (conoscenza della lingua e della cultura civica entro un mese dall'ingresso, frequenza scolastica con un indefinito "profitto" ecc.), senza alcuna *sanzione* per l'inadempimento dello Stato in caso di mancata organizzazione dei corsi o dei *test* (da realizzarsi a costo zero) e, al contrario, rendendo la vita dello straniero una corsa ad ostacoli.

La condizione delle famiglie e dei minori stranieri.

Le norme contenute nei vari pacchetti sicurezza hanno inciso sulla garanzia dei diritti della famiglia e dei minori stranieri.

Negative, in particolare, sono le novità riguardanti i minori stranieri soli o figli di irregolari e irregolari a loro volta, che attraverso le restrizioni al diritto all'istruzione e alla salute pongono le premesse per una invisibilità delle famiglie irregolari e dei loro figli; rischio non superato con la parziale retromarcia sull'eliminazione del diritto del minore di essere registrato all'anagrafe alla nascita.

L'innovazione relativa ai "minori non accompagnati", con le modifiche dell'art. 32 T.U., è molto preoccupante, con profili di incostituzionalità e violazione della normativa internazionale recepita dall'Italia. Essa, precludendo di fatto la possibilità di regolarizzare la posizione al compimento della maggiore età, da un lato allontana i minori adolescenti dai percorsi virtuosi di inserimento, dall'altro spinge le famiglie in stato di bisogno a mandare in Italia bambini soli sempre più piccoli, dato che solo gli infraquindicenni potranno avere possibilità di rimanere poi in Italia.

Dinnanzi alla involuzione dell'assetto normativo, la giurisprudenza in materia familiare e di conversione del permesso di soggiorno ne ha spesso ridotto l'impatto (ad es. applicando laddove possibile le nuove norme, nel periodo transitorio, solo ai nuovi ingressi; ovvero consolidando forme di ingresso rispettose dei sistemi giuridici stranieri, come nel caso del riconoscimento ai fini del ricongiungimento familiare dell'istituto di diritto islamico della Kafala). Si pensi a quanto avvenuto in relazione al reato di ingresso e soggiorno irregolare commesso dai minorenni, che è stato escluso da un generale e concorde orientamento assunto da tutti i Tribunali per i minorenni italiani.

Altre volte la giurisprudenza ha accolto interpretazioni che vanno palesemente in una direzione contraria all'interesse del minore: si pensi all'interpretazione "riduttiva" dei "gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore" quali presupposto dell'applicazione dell'art. 31, comma 3 T.U. (la materia oggi più sensibile del diritto minorile), rispetto ai quali accanto ad opinabili argomentazioni giuridiche si è incredibilmente giustificato l'orientamento regressivo sulla base dell'incidenza numerica di questi ricorsi, asseritamente insostenibile per i tribunali minorili. Una posizione, questa, assolutamente inaccettabile, non essendo sostenibile l'idea che vi siano diritti di bambini di serie A (gli italiani) e di serie B (gli stranieri) e che l'efficienza della giurisdizione debba essere garantita ai primi a scapito, in caso di forze insufficienti, dei secondi. Fortunatamente, anche grazie al lavoro di alcuni giudici di merito che non si sono rassegnati a questi indirizzi interpretativi, le Sezioni Unite della Cassazione hanno recentemente accolto il principio secondo cui l'autorizzazione alla permanenza dei genitori deve essere data ogni volta che vi sia un danno effettivo al minore.

L'integrazione mancata e le pratiche discriminatorie.

Le politiche del diritto in materia di immigrazione non solo hanno omesso di sostenere l'integrazione, ma spesso hanno prodotto l'effetto di ostacolare l'immigrazione regolare: si pensi all'obbligo di denuncia per i pubblici ufficiali ed al divieto di erogare prestazioni diverse da quelle strettamente sanitarie e da quelle scolastiche obbligatorie, previsto dal nuovo art. 6 T.U., che di fatto stanno ottenendo il duplice effetto di spaventare gli stranieri irregolari (che si avvicinano agli sportelli dei servizi sociali con sempre maggiore difficoltà) e di intimorire gli operatori (che non sanno come gestire i colloqui con gli immigrati irregolari nel dubbio di doverli denunciare e che spesso si astengono dagli accertamenti non compresi nell'elenco dell'art. 35 T.U.).

Talvolta le iniziative orientate all'esclusione hanno chiamato in causa la disciplina antidiscriminatoria di cui all'art. 44 T.U. Immigrazione, sia nel contesto dei rapporti fra privati sia in quello dei rapporti con amministrazioni ed enti pubblici.

L'analisi della giurisprudenza formatasi sull'azione civile contro la discriminazione, introdotta dal t.u. 286/1998 e potenziata dai d.lgs n. 215 e 216/2003, evidenzia come in molteplici casi le condotte di natura discriminatoria provengano da soggetti istituzionali, i quali attraverso l'introduzione di criteri selettivi per l'accesso al lavoro o alle provvidenze sociali mirano a ridurre l'ambito dei diritti dei *non cittadini*. La Corte costituzionale ha più volte ribadito l'insostenibilità per il nostro ordinamento nazionale e sovranazionale di qualunque discriminazione fra cittadini e stranieri in materia di diritti fondamentali della persona. Ovviamente in tanto il limite resta invalicabile in quanto continuino a funzionare tutti i presidi a garanzia del diritto alla parità di trattamento e, in particolare, sia effettiva la tutela giurisdizionale. Gli strumenti normativi in realtà non mancano e da ultimo occorre segnalare che il divieto di discriminazione – che in termini positivi corrisponde al diritto alla parità di trattamento, cioè al trattamento uguale di situazioni uguali e diseguale di situazioni disuguali – è ora sancito agli artt. 18 (*ex art. 12 TCE*) e 19 (*ex art. 13 TCE*) del TFUE (Trattamento sul funzionamento dell'Unione europea), oltre che nell'art. 21 della Carta di Nizza, solennemente proclamata nel 2000. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona questo principio ha assunto il valore giuridico dei trattati ed è pertanto direttamente applicabile dall'interprete.

D'altra parte, nessuna consapevolezza si è consolidata circa la necessità di un *percorso verso la cittadinanza*, un percorso che richiederebbe il ripensamento complessivo della legge sulla cittadinanza, il riconoscimento dei diritti politici dello straniero in linea con la normativa sovranazionale e la valorizzazione della prospettiva della cittadinanza europea di residenza. In direzione contraria a questo *percorso verso la cittadinanza* la più recente legislazione ha imposto una vessatoria tassazione di alcune istanze amministrative dei migranti e ha introdotto modifiche ispirate dall'intento di colpire e ostacolare i c.d. "matrimoni fittizi", che rischiano tuttavia di ostacolare indiscriminatamente l'accesso alla cittadinanza a tutti i coniugi stranieri, e dunque anche a coloro che contraggono regolare matrimonio e sono estranei a contesti fraudolenti.

Il diritto amministrativo e penale "speciale" dello straniero e le prassi sui respingimenti.

Da anni nel discorso pubblico si associa stabilmente l'insicurezza delle nostre città con la questione dell'immigrazione, offrendo alla comunità un *nemico* da contrastare: se necessario, creando un diritto penale in cui *qualcuno* (lo straniero) è *meno eguale* di altri di fronte alla legge. Queste sono le radici ideologiche del diritto penale speciale, che in questi ultimi anni, in un proliferare di pacchetti sicurezza, si è caratterizzato per l'introduzione di nuovi reati, per lo spropositato aumento delle pene edittali di altri reati – ritenuti "tipici" degli stranieri – al solo fine di consentire l'applicazione della custodia in carcere.

Ne sono evidente dimostrazione le tappe legislative percorse in questi anni: l'introduzione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p. (dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 249/2010, che ha esplicitamente rifiutato la logica del diritto penale del *tipo di autore*), l'innalzamento delle pene per i reati di vendita di prodotti con segni contraffatti (artt. 473-474 c.p.; art. 171 *ter* R.D. 633/1941) e per i reati di falsità personale (art. 495 c.p.), una serie di ulteriori modifiche in senso restrittivo alla disciplina di cui all'art. 14, commi 5-*ter* e ss. D'altra parte, con l'introduzione del nuovo reato di ingresso e soggiorno illegale si è associato al carattere *simbolico* del ricorso allo strumento penale una pesante e tutt'altro che simbolica valenza

sul piano degli *effetti collaterali* dell'incriminazione, rappresentati da una crescente difficoltà nell'accesso di fatto ad alcune prestazioni di importanti servizi da parte delle amministrazioni.

La giurisdizione, naturalmente, non è estranea a queste dinamiche, sicchè se per vari aspetti ha saputo offrire risposte in linea con i principi costituzionali, in altri casi – purtroppo non infrequenti – i giudici hanno sposato acriticamente l'equazione “immigrazione=insicurezza”, fondando decisioni sulla libertà personale sfavorevoli all'imputato (e al condannato) principalmente sulla sua condizione di *straniero* scarsamente integrato sul piano economico-sociale. Gli effetti sono sotto gli occhi di tutti: negli istituti penitenziari sono detenute migliaia e migliaia di stranieri (intorno al 37% delle presenze globali), per i quali è molto più facile entrare in carcere (anche per reati che poco hanno a che fare con la sicurezza pubblica) ed è molto più difficile uscirne, anche in misura alternativa alla detenzione.

Sul versante amministrativistico, alla rigidità dei meccanismi di ingresso e soggiorno corrisponde la rigidissima disciplina in materia di espulsioni, che non ha subito dirette modifiche con l'ultimo pacchetto sicurezza del 2009: l'impostazione di fondo è rimasta quella che identifica nell'espulsione l'unica sanzione per la violazione delle norme in materia di ingresso e soggiorno. Un drastico inasprimento ha invece caratterizzato la disciplina della *detenzione amministrativa* nei centri di identificazione ed espulsione, ossia l'istituto paradigmatico del *diritto speciale* dell'immigrazione, che ha visto la sua durata massima progressivamente dilatarsi (fino a raggiungere oggi i centottanta giorni).

Il sistema delineato, tanto rigido, quanto estremo e inefficace nel raggiungere lo scopo di regolare i flussi migratori, rivela profili di incompatibilità con la pur non esaltante direttiva rimpatri dell'Unione Europea, che prevede sì i trattenimenti nei Centri fino a 18 mesi, ma lo fa come misura estrema (adottabile solo in casi particolari e mantenibile solo se effettivamente utile allo scopo) e soprattutto nell'ambito di un sistema di allontanamenti impostato (con maggiore ragionevolezza) sul carattere volontario degli stessi. L'evidente contrasto tra il sistema delle espulsioni e i principi di gradualità e proporzionalità posti dalla Direttiva, non potrà non riverberarsi anche sulla disciplina dei reati collegati all'espulsione, quantomeno a partire dalla ormai prossima scadenza del termine per il recepimento della stessa nel nostro ordinamento.

Sullo sfondo delle innovazioni normative si collocano i cc.dd. respingimenti in alto mare (o, con espressione apparentemente neutra, le “ricongesse”). Da più parti sono stati denunciati i profili di incompatibilità di tali operazioni con i principi fondamentali affermati dalla Costituzione e dalle fonti internazionali a tutela dei diritti dei migranti e dei rifugiati: eseguite in acque internazionali, esse, infatti, sono attivate allo scopo di evitare che i migranti possano entrare nelle acque territoriali italiane, così sottraendoli alle garanzie che la legge stabilisce, ad es. in materia di “respingimenti” e di “espulsione”, a tutela finanche dei “clandestini”.

In questo modo, persone che non hanno commesso alcun illecito vengono fatte oggetto non di provvedimenti individuali, motivati, tradotti in lingua ad esse comprensibile e impugnabili dinanzi a un'autorità giudiziaria, bensì di atti materiali che interrompono la loro navigazione, ne impongono il trasbordo in natanti che invertono la rotta verso le coste africane, con la riconsegna finale alle autorità libiche. Tali operazioni vengono condotte da navi militari italiane, con personale militare a bordo, in divisa e armato, in totale assenza di interpreti o di figure professionali che parlino una qualunque delle lingue dei migranti, senza che si possa procedere alla loro identificazione e all'accertamento, ancorché sommario, delle motivazioni dell'ingresso in Italia: ciò che ovviamente non consente loro di chiedere una qualche forma di protezione umanitaria. Questi respingimenti, realizzati anche nei confronti di donne e bambini e senza verificare in alcun modo se l'eventuale stato di gravidanza delle donne e il possibile accompagnamento dei minori, avvengono senza alcun accertamento circa la possibilità che in Libia il migrante possa essere oggetto di trattamenti inumani o degradanti.

Si tratta, in definitiva, di operazioni di *refoulement* collettivo, in cui i migranti vengono trattati come “gruppo” unitario in virtù della loro simultanea presenza sulla imbarcazione intercettata, in palese contrasto con le normative interne e internazionali e con le tutele da esse previste.

L'immigrazione e il lavoro.

Se il contesto dell'economia vede una generale precarizzazione del lavoro e una ampia riduzione delle tutele giuslavoristiche, ben peggiore – sotto il profilo fattuale e normativo – è la situazione dei lavoratori migranti. Per questi, infatti, prevalentemente impiegati nei lavori delle 3D (*dirty, dull and dangerous*) con mansioni umili e sgradite agli autoctoni, agli aspetti negativi derivanti dalla c.d. flessibilità contrattuale si ag-

giunge, anche quando il lavoro dovrebbe essere a tempo indeterminato, la ulteriore precarietà dovuta alla connessione tra il rapporto di diritto privato e i profili amministrativi del permesso di soggiorno, sicché le condizioni – di sempre più difficile realizzazione – richieste per una regolare presenza per lavoro sul territorio si riflettono sulla stessa vita e durata del rapporto, e, secondo l'interpretazione più diffusa, anche sulla sua generale validità giuridica. Così, anche il migrante regolare è “precario al quadrato” (e le donne migranti “precarie al cubo”), perché il suo rapporto di lavoro è condizionato dal permesso di soggiorno che, in caso di cessazione del rapporto, rischia di non essere rinnovato, impedendo la permanenza del migrante nel territorio dello Stato: da ciò la *ipersubordinazione* del lavoratore rispetto alla controparte contrattuale.

Le modifiche normative apportate negli anni al testo unico sull'immigrazione hanno reso sempre più facile il passaggio del lavoratore straniero dalla condizione di regolarità a quella di irregolarità; d'altra parte, la recente criminalizzazione della condizione dello straniero irregolare rischia di consolidare l'idea – già presente in passato – che il rapporto di lavoro dello straniero, comunque privo di permesso di soggiorno valido, sia un rapporto nullo e che la sola tutela spettante sia quella *ex art. 2126 cod. civ.*: è un'impostazione questa che evidenzia una incapacità di distinguere gli aspetti privatistici dello scambio delle controprestazioni dagli aspetti di diritto amministrativo o penale, che riguardano la condizione dello straniero e non dovrebbero incidere sul rapporto lavorativo in senso stretto.

Quasi in contemporanea con la approvazione del c.d. pacchetto sicurezza del 2009 è stata introdotta una procedura di emersione del lavoro irregolare, disciplinata dalla legge n. 102/2009. Essa, da un lato, prevede l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi (di carattere finanziario, fiscale, previdenziale o assistenziale) del soggetto italiano che, avendo assunto alle proprie dipendenze – come colf o badante – un lavoratore straniero irregolare, senza peraltro pagargli mai alcuna forma di contributo assicurativo, decide di regolarizzarlo; dall'altro, stabilisce che in tal caso lo straniero può ottenere un permesso di soggiorno a tempo indeterminato per lavoro subordinato. Essa ha suscitato molteplici rilievi critici, poiché, da un lato, la sua attivazione è rimessa al sostanziale arbitrio del datore di lavoro e, dall'altro, è limitata ad alcune categorie professionali, con esclusione di altre categorie che si trovano nella medesima posizione sostanziale.

Il crescente rigore della disciplina relativa al soggiorno ha rilevanti ricadute anche sul lavoro nero, condizionando la stessa visibilità del lavoro dell'extracomunitario. Peraltro, data la sua marginalità in senso economico marginale, il lavoro nero non interessa solo i lavoratori stranieri privi di permesso di soggiorno ma anche, con modalità diverse, persone munite di un valido permesso di soggiorno per lavoro; al lavoro nero irregolare si affianca così il lavoro nero dei regolari.

Come dimostra una ricerca sul campo del Gruppo Immigrazione di MD di qualche anno fa, l'esperienza registra che alla invisibilità dei lavoratori extracomunitari sul piano sociale corrisponde un'analogha invisibilità sul piano giudiziario: anche quando il ricorso al giudice è possibile, esso è fortemente condizionata dal rischio che il lavoratore, nel termine dei sei mesi previsti, non sia in grado di trovare un nuovo lavoro e sia costretto o a lasciare l'Italia o a passare alla clandestinità. Il migrante, inoltre, incontra maggiori ostacoli del lavoratore italiano a dimostrare le sue buone ragioni in giudizio, sia per problemi di comprensione (linguistica e culturale) sia per la maggiore difficoltà di trovare testimoni, spesso anch'essi migranti o clandestini.

Sul piano previdenziale, infine, continua il paradosso di un sistema di *welfare* che si regge in gran parte sul lavoro e sulla contribuzione dei giovani e degli extracomunitari ma nega loro la prospettiva di fruire in futuro di prestazioni previdenziali e, nell'immediato, di accedere a una parte consistente di prestazioni previdenziali e assistenziali.

Quale ruolo per Magistratura democratica?

Cosa può fare la giurisdizione in questo quadro? E cosa può fare Magistratura democratica per promuovere una risposta giudiziaria al fenomeno migratorio che sia giusta, efficace, razionale e non ideologica?

Sul piano culturale dobbiamo proseguire nell'approccio che in questi anni abbiamo utilizzato per affrontare i temi controversi che coinvolgono, in tutti gli ambiti di intervento della giurisdizione, i migranti: stimolare la cultura giuridica, soprattutto quella universitaria, sulla tematica dei diritti e dalla stessa acquisire le sollecitazioni che ci consentono di interpretare e applicare la normativa.

I diritti fondamentali devono continuare a rappresentare il nostro punto di riferimento nel contemperamento di valori tutti costituzionalmente rilevanti, talvolta in conflitto tra loro.

Centrale, in questa prospettiva, è il consolidamento di una giurisprudenza costituzionalmente orientata, che in questi anni abbiamo cercato di promuovere e diffondere, anche attraverso il ricorso alla Corte costituzionale. Così come è assolutamente indispensabile una costante verifica di compatibilità della normativa interna con le norme dell'Unione europea e della CEDU, che offrono nuove prospettive di tutela (es. sulla disciplina dei trattenimenti e sulle espulsioni).

Al tempo stesso dobbiamo conservare il nostro tradizionale ruolo di critica della giurisprudenza in tema di immigrazione censurando le motivazioni comprensive di giudizi negativi fondati sulla appartenenza dello straniero ad altri Paesi e ad altre culture, e comportanti, così, una vera e propria discriminazione in base ad appartenenze: si pensi a due questioni paradigmatiche come l'interpretazione degli articoli 14 e 31 del Testo unico sull'immigrazione, che hanno ricevuto risposte giudiziarie talvolta inaccettabili. Contro tali derive, va ribadito che la strada è sempre e solo quella del lavoro proprio del giudice: interpretare, valutare il caso concreto, valorizzare i principi costituzionali e sovranazionali in tema di diritti.

Sul piano organizzativo, dobbiamo contrastare le prassi che privilegiano in modo squilibrato ed ingiustificato la repressione dei reati connessi alla condizione di migrante a scapito di altri versanti di intervento, che avrebbero ben più significativi effetti sulla sicurezza sociale e sulla tutela degli interessi, individuali e collettivi, costituzionalmente più rilevanti.

Un'attenzione particolare deve essere rivolta alla materia antinfortunistica e previdenziale. In questo ambito di intervento la presenza di controlli e l'effettività delle sanzioni è essenziale per il rispetto delle norme a tutela e per la sicurezza di tutti i lavoratori, in particolare di quelli con "meno diritti".

La tutela dei diritti fondamentali della persona, soprattutto nei contesti ove essi sono particolarmente incisi, è l'affermazione di un'idea di giustizia come presidio e strumento di promozione per i meno garantiti; un'idea di giustizia tesa a realizzare per tutti quella esistenza libera e dignitosa che la Costituzione e le fonti sovranazionali prevedono in modo indipendente dalla cittadinanza.