

Decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare

*Audizioni della I Commissione Affari Costituzionali del Senato
(Roma 21 marzo 2023)*

*Prof. Roberto Zaccaria¹
Professore di Diritto costituzionale
Presidente del CIR Rifugiati*

Sommario: 1. Premessa; 2. Dubbi di costituzionalità: La restrizione della protezione speciale: art. 7; 3. Le nuove disposizioni penali: art. 8; 4. L'inefficacia del decreto flussi sulle partenze: art.1; 5. L'inefficacia del decreto flussi sul sistema dei rimpatri: art.10 e disposizioni per il potenziamento dei centri di permanenza per i rimpatri

1. Premessa.

Il decreto legge in esame pone al CIR Rifugiati non poche preoccupazioni e soprattutto seri dubbi di costituzionalità con riguardo ad alcune delle norme introdotte.

Le sue previsioni non sembrano in grado di produrre un'incidenza concreta sulle cause delle stragi in mare o anche sulle partenze, ma al contrario è sicuro che colpiranno alcuni diritti e gli spazi di protezione delle persone che arrivano nel nostro Paese così come di quelle che vivono già in Italia.

Questo discorso vale in particolare per le disposizioni che limitano i casi della protezione speciale, per quelle dirette ad ampliare la rete di centri di permanenza per i rimpatri (CPR) e anche per quelle che introducono nuovi reati e nuove pene per gli scafisti.

Discorso a parte merita la previsione di una programmazione triennale dell'ingresso regolato dal decreto flussi che, per quanto essenziale, rischia di non incidere in modo concreto sulle partenze e si incrocia

¹ Questo testo è stato redatto con la collaborazione di Eugenia Barone Adesi, Valeria Carlini, Carla Di Nardo, Paola Panebianco. Si ringrazia il Prof. Fausto Giunta per alcuni consigli, sulla parte penalistica, comunque redatta a nostra cura.

discutibilmente con lo *status* di chi vive irregolarmente nel nostro paese e che necessita di una profonda revisione per essere realmente fruibile.

2. Dubbi di costituzionalità: La restrizione della protezione speciale: art. 7

Una premessa è necessaria. Prima del 2018 esistevano nel nostro Paese tre forme di tutela per gli stranieri che arrivavano in Italia in fuga da persecuzioni, da guerre, da carestie da cataclismi climatici. Lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria.

Queste tre forme di tutela erano state consolidate nel nostro ordinamento da norme di legge internazionali ed interne e convalidate dalla giurisprudenza costante della Suprema Corte che le aveva definite come piena attuazione del diritto costituzionale di asilo. Una sorta di tavolo a tre gambe che in sessant'anni di attuazione costituzionale si era consolidato.

A partire dal 2018 inizia un periodo di forte instabilità legislativa. Prima, durante il governo Gialloverde, il Decreto legge n.113/18 (cd sicurezza) proposto dall'on. Salvini, convertito dalla Legge n.132/2018 ha eliminato la protezione umanitaria e l'ha sostituita con una più ridotta protezione speciale e permessi di soggiorno per cure mediche, per calamità e alto valore civile. In un secondo momento nel 2020, durante il governo Giallorosso il Decreto legge n. 130/2020, proposto dalla Ministra Lamorgese, convertito in Legge 18 dicembre 2020, n. 173 raccogliendo alcune osservazioni formulate in precedenza dal Presidente della Repubblica ², aveva esteso significativamente la protezione speciale per quei casi in cui l'allontanamento dal territorio nazionale avrebbe comportato una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e di protezione della salute.

La protezione speciale allargata a nuovi casi si avvicinava alla precedente protezione umanitaria e ricreava quella terza via di tutela,

² Comunicato della Presidenza. Roma, 04/10/2018 (I mandato) "Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha emanato in data odierna il decreto legge in materia di Sicurezza e Immigrazione e ha contestualmente inviato una lettera al Presidente del Consiglio Prof. Giuseppe Conte. Qui di seguito il testo: «Signor Presidente, in data odierna ho emanato il decreto legge recante: "*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*". Al riguardo avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano "fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato", pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto *direttamente* (corsivo ndr) disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia".

inizialmente denominata umanitaria che spetta a quanti non possono accedere allo status di rifugiato o alla protezione sussidiaria, ma necessitano comunque di una forma di protezione.

L'odierno Decreto legge introduce un nuovo giro di vite e prevede una forte limitazione in materia di protezione speciale in particolare nella parte che riguarda la salvaguardia della vita privata e familiare. La disposizione contenuta nell'art.7 ridimensiona significativamente l'ampiezza di tale protezione e suscita forti dubbi di costituzionalità.

Nel nostro ordinamento, infatti, il diritto di asilo viene sancito "direttamente" dalla Costituzione (vedi testualmente Mattarella nella nota 2): questo è un fatto significativo rispetto alla maggior parte degli ordinamenti che si sono limitati a recepire soltanto la convenzione di Ginevra o che ne hanno richiamato in contenuto nella Carta costituzionale.

L'art. 10 co. 3 Cost. riconosce a "lo straniero al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, il diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge".

La "nostra" nozione costituzionale di asilo è decisamente più ampia della Convenzione di Ginevra ed è stata formulata consapevolmente con questo respiro.

Il presupposto richiamato va indiscutibilmente oltre rispetto allo *status* di rifugiato e alla protezione sussidiaria e fa riferimento al mancato godimento delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione.

Il ventaglio delle libertà alle quali si allude (le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana) è indubbiamente molto ampio e comprende ovviamente solo quelle disciplinate nel titolo V, ma anche quelle contemplate nei titoli precedenti, principi fondamentali, rapporti civili, etico sociali ed anche economici. Questa previsione copriva la protezione umanitaria ed in seguito la più ampia protezione speciale presente nel nostro Paese e indiscutibilmente comprende tutta una serie di situazioni (lavoro, salute, famiglia, ambiente) che aggiungono nuove forme di libertà a quelle tradizionali.

Si deve ora aggiungere che la disciplina della protezione umanitaria prima e della protezione speciale allargata del 2020 costituiva indubbiamente normativa di attuazione costituzionale e come tale una normativa, sia pure ordinaria, decisamente più resistente alle ordinarie abrogazioni. Conviene citare a questo proposito quanto affermato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n.16 del 1978 a proposito dei limiti impliciti posti ai referendum di cui all'art.75 Cost.

Si tratta con ogni evidenza di limiti al potere di abrogazione e la Corte parla esplicitamente dell'impossibilità di abrogare norme di stretta attuazione costituzionale.

Come potrebbero definirsi in altro modo quelle norme che come la protezione umanitaria o quella speciale allargata, rappresentino attuazione del nostro art.10, 3 comma?

Con il dl n. 20/2023 viene abrogato invece il terzo e il quarto periodo dell'articolo 19 co. 1.1. del d. lgs. 286 del 1998 (il Testo Unico sull'Immigrazione), ovvero proprio quella parte del divieto di respingimento che consentiva il riconoscimento della protezione speciale nei confronti di coloro che avevano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale avrebbe comportato una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Si tratta peraltro di un diritto tutelato dall'art 29 della nostra Costituzione, dall'art. 8 della CEDU e dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE, alle quali la legge ordinaria non può di certo derogare. Tale disposizione confligge con norme democratiche che tutelano diritti fondamentali.

D'altra parte, poi, l'art. 8 CEDU, oltre ai legami familiari in senso proprio, tutela anche il diritto di allacciare e intrattenere legami con i propri simili e con il mondo esterno; dunque tutti i rapporti sociali instaurati dagli interessati, ivi compresi quelli lavorativi (per eccellenza indicativi di inserimento sociale), nonché la rete di relazioni riconducibili alle comunità nelle quali gli stranieri soggiornanti sul territorio si trovano a vivere, fanno parte integrante della nozione di "vita privata" ai sensi della norma in esame (Corte europea diritti dell'uomo Sez. I, Sent., (ud. 22/01/2019) 14-02-2019, n. 57433/15; Ü. c. Paesi Bassi [G.C.], n. 46410/99, § 59, CEDU 2006-XII).

In particolare, nella valutazione del rischio, si doveva tener conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno e dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine.

Non si devono trascurare infine le enormi difficoltà di diritto transitorio che derivano da una legislazione schizofrenica che pone delle disposizioni e poi le contraddice nel giro di pochi anni. Questa previsione riguarda infatti solo le nuove domande, mentre alle istanze presentate prima dell'entrata in vigore del decreto, va applicata la normativa previgente (art. 7 co. 2). A tal proposito, occorre rilevare che già ad oggi alcune Questure non stanno prendendo le istanze di protezione speciale, una restrizione che non corrisponde né al dettato normativo né alle modifiche introdotte dal DL n. 20/2023.

Per quanto concerne, invece, i permessi già rilasciati e tuttora in corso di validità, il decreto consente il rinnovo per un'unica volta e di durata annuale, fatta salva – qualora vi siano i presupposti di legge - la possibilità di convertirlo in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Sebbene la norma non stabilisca una vera e propria abolizione della protezione speciale in senso stretto, di fatto impedisce ad una larga parte di persone di accedervi.

Una larga maggioranza dei titolari di questa forma di protezione, infatti, la riceveva proprio in virtù di quanto previsto dalla parte abrogata.

Non bisogna, inoltre, dimenticare che nel 2022 è proprio la protezione speciale che ha assunto un ruolo rilevante nelle richieste d'asilo, registrando un aumento del 5% rispetto all'anno precedente.

In Italia, infatti, su un totale di 52.625 domande esaminate, sono state 10.865 i beneficiari di protezione speciale (21%), 6.161 coloro che hanno ottenuto lo status di rifugiato (12%), 6.770 la protezione sussidiaria (13%) e 27.385 i dinieghi (53%).

Così facendo si colpirà in modo significativo quella parte di popolazione straniera che si era già integrata nel nostro Paese. Si tratta di una disposizione che avrà un forte impatto sull'irregolarità e che alimenterà la criminalità organizzata e costringerà tali persone a piegarsi al lavoro nero e allo sfruttamento lavorativo.

Auspichiamo pertanto che tale disposizione venga modificata nel disegno di conversione in legge e che venga garantita una piena tutela per quanti necessitano protezione e un sistema di asilo che rispetti i precetti della Costituzione.

3. *Le nuove disposizioni penali: art. 8*

Le innovazioni introdotte dall'art.8 del DL alla disciplina penale dell'immigrazione irregolare convergono tutte nel rafforzare, oltre misura e senza reale necessità, la risposta sanzionatoria già attualmente prevista e non certo in misura modesta³.

In altre parole e salvo quanto si dirà successivamente in relazione all'art. 6 c.p., non ci sono né nuove aree di illiceità penale, né nuove linee politico-criminali, ma incrementi punitivi nel segno di una severità che assume un rilievo soprattutto propagandistico. Per contro l'appiattimento della risposta sanzionatoria verso l'alto non favorisce condotte di resipiscenza del reo, che invece meriterebbero di essere incentivate.

³ Più precisamente: a) vengono innalzate, seppure di poco, le pene edittali dei delitti di immigrazione clandestina previsti dall'art. 12, commi 1 e 3, d. lgs. 268/1998; b) viene introdotto il nuovo art. 12-bis, d. lgs. 268/1998, rubricato "Morte e lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina"; c) si estende a quest'ultima previsione il meccanismo ostativo per la concessione dei benefici penitenziari (art. 4-bis ord. pen.), la competenza della procura distrettuale (art. 51, comma 3-bis, c.p.p.) e il tetto massimo di due anni per la durata delle indagini preliminari (art. 407, comma 2, lett. a, n. 7-bis c.p.p.).

L'innovazione normativa che, pur nella sua sostanziale inutilità, farà più discutere è senz'altro l'introduzione del nuovo art. 12-bis d.lgs. 268/1998, rubricato "Morte e lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina" che si pone come norma speciale della disposizione codicistica di cui all'art. 586 c.p. Quando le condotte d'immigrazione clandestina espongono gli stranieri trasportati al rischio di vita, di lesioni personali o a trattamenti inumani o degradanti (condizioni, queste, tristemente ricorrenti nell'immigrazione via mare), l'autore del reato risponderà della morte o delle lesioni non volute, con pene che superano il massimo edittale previsto per l'omicidio doloso.

Più che aggiungere sempre nuove norme con pene ogni volta più severe sarebbe preferibile garantire una pena certa ed effettiva, con tempi giudiziari conformi al principio della ragionevole durata del processo (Obiettivo peraltro di carattere generale del nostro sistema giudiziario).

L'art. 8, inoltre, punisce condotte non assimilabili tra loro, indicando la medesima pena per tutti coloro che partecipano promuovendo, dirigendo, organizzando, finanziando o effettuando il trasporto procurando l'ingresso illegale nel territorio dello Stato.

Tale decisione potrebbe essere in contrasto con il principio di proporzionalità, di cui all'art. 27 co. 3 Cost., anche alla luce della funzione rieducativa della pena: sicuramente la condotta di chi organizza e lucra su un viaggio non è paragonabile a chi rischia la vita per trasportare l'imbarcazione, eppure la pena prevista è la medesima (altra conseguenza negativa della scelta di appiattare sempre la pena verso l'alto).

Sarebbe necessario inoltre cercare di raggiungere i veri responsabili del traffico e non solo quelle persone, gli scafisti, che rappresentano l'anello debole della catena e sono quelli che, per pochi dollari o sotto costrizione, rischiano la vita insieme agli altri disperati.

Il principio suddetto "obbliga il legislatore a formulare la disposizione penale nel rispetto della proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra perché, qualora la proporzione fra sanzione e offesa difettesse manifestamente essendo la sanzione di entità spropositata se rapportata alla carica di offensività della condotta incriminata, ne discenderebbe una compromissione *ab origine* del processo rieducativo: il reo percepirebbe di subire una condanna profondamente ingiusta in quanto del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espresso".⁴

⁴ A. BONOMI, *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)* https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021_2_08_Bonomi.pdf

D'altra parte, corollario dell'art. 3 Cost. è che situazioni diverse vengano gestite in modi diversi, specie quando il disvalore penale è diverso (Corte costituzionale, sentenza n. 218 del 1974).

A ciò, si aggiunge il fatto che la norma prevede la condanna per chi ha posto in essere le condotte indicate, ma non è previsto che lo abbia fatto per scopo di lucro. Dunque, una persona costretta dalla situazione a prendere il timone di un'imbarcazione sarebbe astrattamente⁵ perseguibile.

Infine, deve darsi atto che, comunque, si tratta di un reato, di fatto, preterintenzionale, dunque, specie mancando lo scopo di lucro, la pena risulta sproporzionata.

Un cenno infine merita il comma 6, che amplia la categoria dei delitti commessi nel territorio dello Stato ai sensi dell'art. 6 c.p., includendovi il reato di morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina, quando la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio. In questo modo, si estende in maniera irrealistica la competenza territoriale dello Stato italiano che sarebbe chiamato a perseguire condotte che non si sono realizzate nel suo territorio.

Crediamo che al fine di raggiungere i veri responsabili del traffico di esseri umani non sia necessario introdurre un nuovo reato, quanto condurre indagini internazionali, mettere in atto un'effettiva cooperazione tra gli Stati e rinnovare i trattati internazionali alla luce delle nuove emergenze.

Anche in questo caso ci sembra che la disposizione abbia quel sapore di mera propaganda alla quale abbiamo alluso in precedenza.

4. L'inefficacia del decreto flussi sulle partenze: art.1

Il decreto prevede che le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato per lavoro subordinato, anche per esigenze di carattere stagionale e per lavoro autonomo, vengano definite con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri anziché da un decreto del Presidente della Repubblica. Esso prevede inoltre che venga introdotta la possibilità di adottare più DPCM nel triennio 2023-2025 qualora se ne ravvisi l'opportunità. Infine nel decreto sono previste quote preferenziali per i Paesi che promuovono campagne mediatiche sui "rischi per

⁵ Salvo che non ricorra lo stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p.

l'incolumità personale derivanti dall'inserimento in traffici migratori irregolari”.

Dobbiamo rilevare come il decreto flussi come pensato attualmente non è uno strumento in grado di incidere sulle partenze. Nella maggior parte dei casi si tratta di una finzione che si applica a persone già presenti sul territorio irregolarmente e che vengono regolarizzate proprio con il decreto flussi.

Inoltre, 24.105 delle 38.705 quote previste per lavoratori subordinati non stagionali devono arrivare da una lista di 33 Paesi, 14 dei quali con gli arrivi via mare non c'entrano nulla: Albania, Bosnia, Corea del Sud, El Salvador, Georgia, Giappone, Guatemala, Kosovo, Mauritius, Montenegro, Perù, Macedonia, Serbia e Ucraina. Per quanto è importante programmare gli ingressi per lavoro che con questo decreto ricevono nuovo impulso, questi non sono la soluzione ai viaggi di chi fugge da guerre, calamità e violenze. Il diritto di asilo non è connesso all'ingresso di lavoratori stranieri nel nostro Paese e va rispettato a prescindere dal reclutamento di nuovi lavoratori.

Il decreto flussi è stato svuotato quasi interamente della sua funzione originaria di regolare gli ingressi legali, divenendo lo strumento tramite cui viene di fatto “sanata” la posizione di stranieri già presenti in Italia in modo irregolare.

Per accedere al decreto flussi è necessario che un datore di lavoro faccia una proposta di assunzione a uno straniero che si trova nel suo Paese di origine, una condizione che nella realtà non si verifica e non può verosimilmente verificarsi.

Non esiste più l'ingresso sul territorio per ricerca lavoro, il solo che permetterebbe un effettivo incontro tra quanti si trovano nei paesi di origine e il contesto produttivo italiano e che auspichiamo possa essere reintrodotta.

Da ultimo, sembra avere natura ricattatoria la disposizione secondo la quale verranno garantite quote preferenziali a quegli Stati che effettuano campagne mediatiche per scoraggiare i flussi illegali. Una previsione in tal senso sembra essere basata su uno scambio, un *do ut des*, quasi una concessione premiale che nulla ha a che vedere con un'efficace lotta al delitto del traffico dei migranti.

5. L'inefficacia del decreto flussi sul sistema dei rimpatri: art.10 disposizioni per il potenziamento dei centri di permanenza per i rimpatri

Un'ultima considerazione va fatta sull'art. 10 che introduce disposizioni per il potenziamento dei centri di permanenza per rimpatri, prevedendo fino al 2025 la loro realizzazione anche in deroga alla legge, fatta salve le

disposizioni penali, le leggi antimafia, le misure di prevenzione e i vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

L'ampliamento della rete dei Centri per il rimpatrio è propedeutico, nell'impalcatura del Decreto, ad aumentare l'efficacia del sistema di espulsione e di rimpatrio forzato.

Su quest'aspetto non possiamo esimerci da ricordare la riflessione fatta dal Garante nazionale in occasione della presentazione della V Relazione al Parlamento⁶ “credo sia giunto il momento di ripensare il modello stesso del Centro per il rimpatrio, piuttosto che inseguire le singole carenze che giornalmente si ripropongono con senso di ingiustizia per chi vi è ristretto e senso di impotenza per chi è quotidianamente responsabile di tale restrizione”.

Nel 2021 sono state rimpatriate forzatamente 3939⁷ persone, di cui solamente 2.520 persone dopo trattenimento amministrativo nei CPR. A fronte di un numero di migranti irregolarmente presenti sul territorio italiano stimato in 519.000 persone (dati ISMU al gennaio 2021) e di 26.251 provvedimenti di espulsione adottati dalle forze di polizia. Un sistema di detenzione amministrativa che riesce a rimpatriare solo il 50% di quanti detenuti amministrativamente nei CPR.

Un sistema che, a fronte di questa bassa efficienza, ha costi umani, sociali ed economici altissimi.

Noi crediamo che in un'ottica di gestione integrata del fenomeno migratorio si dovrebbe investire nello strumento del Ritorno Volontario Assistito che trae la sua forza dalla collaborazione del migrante e dalla predisposizione di un adeguato progetto di reintegrazione nel Paese di origine. Un programma che può trasformare il fallimento del processo migratorio in una nuova occasione anche per quelle persone costrette a lasciare l'Italia. Concludiamo ricordando quanto grande sia la distanza, causata da limiti normativi ed inefficienze del sistema, tra il numero dei ritorni volontari assistiti realizzati dall'Italia e quelli di Paesi come la Germania e la Francia, e auspicando che questo iato si colmi presto e permetta di riconoscere a questo strumento la centralità che merita nelle strategie di gestione e governo delle migrazioni.

⁶ Camera dei Deputati, 21 giugno 2021 <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/8d31d77e25e800f9c0eb31448e8fo3d8.pdf>

⁷ Polizia di Stato, Dati, Immigrazione e Polizia delle Frontiere