

# La disciplina dell'immigrazione irregolare, tra Italia ed Europa

scritto da Federica Resta | 3 Luglio 2008

Col disegno di legge n. 733, attualmente all'esame delle Commissioni di merito del Senato, il Governo introduce il reato di "ingresso illegale" nel territorio dello Stato.

## **L'immigrazione irregolare diventa reato e aggravante di reati**

L'articolo 9 introduce nel testo unico (DLgs n 286/1998) un articolo (12bis, comma 1) che recita "Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico è punito con la reclusione da 2 a 4 anni". Il comma successivo stabilisce che "Per il reato previsto al comma 1, è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto e si procede col rito direttissimo" e quindi, al comma 3: "Il giudice nel pronunciare la sentenza di condanna, ordina l'espulsione dello straniero". Ricordiamo che nel Decreto legge n. 692, approvato dal Senato e in conversione alla Camera dei Deputati, l'art. 1 ha modificato l'art. 61 del codice penale, introducendo una nuova circostanza aggravante comune relativa alla commissione del reato da "da soggetto [sia comunitario che extracomunitario] che si trovi illegalmente sul territorio nazionale".

## **Legittimità e efficacia della norma**

Al di là della sua contestabile legittimità, il delitto di ingresso illegale nel territorio dello Stato appare in primo luogo una norma simbolica, e come tale inefficace, soprattutto rispetto al fine di rendere effettive le espulsioni; esigenza adottata invece dal Governo a sostegno della previsione normativa. Essa infatti avrebbe l'effetto paradossale di differire nel tempo l'espulsione; questa sarebbe possibile solo all'esito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, e in seguito all'espiazione della pena detentiva. Non a caso, quasi tutti gli ordinamenti che qualificano l'ingresso (o la permanenza) irregolare come illecito penale, prevedono l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena detentiva, al fine di procedere all'allontanamento immediato, spezzando la spirale carcere-CPT (Centri di Permanenza Temporanea)-espulsione e prevedendo anche programmi di rimpatrio assistito che incentivino – con misure premiali – il volontario allontanamento del migrante.

Sul piano della legittimità, la questione è più complessa. Va osservato innanzitutto che alla incriminazione non osterebbe la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), il cui articolo 5, comma 1, lettera f, dispone che "nessuno può essere privato della libertà", salvo nei casi prescritti dalla legge, tra i quali si richiama espressamente "l'arresto o la detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare irregolarmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione (...)". Tale delitto è però meno compatibile con lo *jus migrandi*, sancito quale libertà fondamentale dal quarto comma dell'art. 35 della Costituzione, nonché dall'art. 13 cpv. 1 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, almeno se si intenda il diritto all'emigrazione quale diritto alla ricerca di un luogo dove condurre un'esistenza dignitosa, e non

quale mero diritto alla *fuga*.

Un ulteriore profilo di dubbia legittimità costituzionale si riscontra in relazione ai principi di offensività e sussidiarietà dell'illecito penale, secondo cui la sanzione penale si giustifica solo come *extrema ratio*, cui ricorrere per tutelare beni giuridici dotati di significativa rilevanza sociale e di copertura costituzionale (almeno implicita), e sempre che non siano sufficienti misure meno 'violente' di quella penale, come ad esempio i provvedimenti amministrativi. Ora, sembra pacifico che gli interesse protetti dal reato di ingresso illegale, e cioè il controllo delle frontiere da parte dello Stato e la gestione dei flussi migratori – privi, peraltro, di copertura costituzionale – possano essere tutelati più semplicemente per via amministrativa. Ed è proprio per questo che il diritto comunitario, che non prevede in merito una specifica disciplina, osta all'introduzione di tale fattispecie di reato, pur non proibendola espressamente.

Anche dopo Schengen infatti, nonostante sia stato sancito il dovere degli Stati di proteggere le proprie frontiere controllando i flussi migratori, la UE ha incentrato la sua politica sull'esigenza di cooperazione con gli Stati di emigrazione al fine di prevenire flussi migratori incontrollabili e di favorire gli accordi di riammissione, rendendo così effettive le espulsioni. Una politica che include anche il diritto di asilo, il ricongiungimento familiare, la gestione integrata delle frontiere esterne della UE e il contrasto allo sfruttamento dell'immigrazione illegale e alla tratta di persone (fattispecie per le quali, con una significativa innovazione, la decisione quadro 2002/629/GAI (Giustizia e Affari Interni) ha previsto addirittura il minimo edittale di pena che gli Stati avrebbero dovuto introdurre). Si noterà, però che la UE non ha imposto agli Stati una disciplina uniforme dell'immigrazione illegale, neppure nella recente direttiva sui rimpatri, ritenendo evidentemente che non sia questo l'aspetto essenziale da disciplinare, per garantire un'efficace politica migratoria comune. Al contrario, la UE ricerca la sinergia e la cooperazione con gli Stati terzi (anche in vista degli accordi di riammissione) per il contrasto a forme di neo-schiavismo come *trafficking* e *smuggling* (cfr Emiliana Baldoni, "Il crimine sofisticato della tratta delle donne").

### **Tre modelli europei di disciplina dell'irregolarità**

L'assenza di una specifica disciplina comunitaria dell'immigrazione irregolare spiega la varietà delle norme adottate dagli Stati membri sul punto, riconducibili essenzialmente a tre modelli.

Il primo è quello di Francia, Germania, UK e altri Paesi nei quali l'ingresso o la permanenza irregolari costituiscono reato, se commessi a titolo di dolo (cfr. tab. 1). Va però ricordato che nella maggior parte di questi paesi l'azione penale non è obbligatoria, ma discrezionale. Così in Inghilterra, in Irlanda, in Galles, in Scozia, in Germania, mentre in Francia vige il regime di obbligatorietà temperata o discrezionalità regolata, con criteri di priorità stabiliti dal Governo. In tali casi, comunque, la pena detentiva è, nella maggior parte dei casi, *sostituita* dall'espulsione. Sono inoltre previsti programmi di rimpatrio volontario e assistito (che si avvalgono spesso dei finanziamenti della UE), funzionali a rendere effettive le espulsioni, perché basati sulla collaborazione dello straniero, che beneficia non solo di un sostegno economico al reinserimento lavorativo in patria, ma anche della riduzione della durata del divieto di reingresso.

Il secondo modello è quello proprio dei Paesi iberici, dell'Austria, della

Finlandia, dell'Olanda, ove l'ingresso e la permanenza irregolari costituiscono meri illeciti amministrativi, puniti con sanzione pecuniaria e con l'espulsione, e con il respingimento alla frontiera in caso di ingresso illegale. Costituiscono invece delitti le varie forme di sfruttamento della condizione di irregolarità del migrante, come tratta, favoreggiamento, sfruttamento dell'immigrazione illegale, caporalato.

Il terzo modello, infine, è quello dell'Italia (per ora) e del Lussemburgo, in cui l'ingresso e la permanenza irregolari configurano illeciti amministrativi, sanzionati però solo con l'espulsione. Costituiscono reato, invece, sia l'inottemperanza all'ordine di espulsione, sia la violazione del divieto di reingresso, puniti con la reclusione, in alcuni casi anche fino a 5 anni.

**Tab. 1 – Principali Paesi UE nei quali l'immigrazione irregolare costituisce reato**

<b>Francia</b>	L'ingresso o la permanenza irregolare sono puniti con sanzione penale: reclusione sino a 1 anno e multa di 3750 euro. La pena è però nella maggior parte dei casi sostituita dall'espulsione. Il divieto di reingresso è ridotto in caso di rimpatrio volontario e assistito (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, come modificato nel 2006)
<b>Germania</b>	Il soggiorno o l'ingresso irregolare sono puniti con la sanzione penale (della reclusione fino a 1 anno; fino a 3 in caso di recidiva) solo se commessi a titolo di dolo; le ipotesi colpose costituiscono illeciti amministrativi, puniti con l'ammenda fino a 5000 euro, così come la sottrazione colposa ai controlli della polizia di frontiera (§ 95 Aufenthaltsgesetz, 2003). Sia le sanzioni penali che quelle amministrative sono sostituite dall'espulsione, salvo i casi di particolare pericolosità della persona. Il solo tentativo di ingresso irregolare è sanzionato con il respingimento alla frontiera.
<b>Grecia</b>	L'ingresso e il soggiorno irregolari sono puniti con la sanzione penale della reclusione da 3 mesi a 1 anno e la multa da 1500 a 3000 euro; sanzioni nella maggior parte dei casi sostituite dall'espulsione.

<p><b>Gran Bretagna</b> (disciplina simile vige in Irlanda)</p>	<p>Sono puniti con la reclusione fino a 6 mesi o con la multa (per condanna sommaria) e con la reclusione fino a 2 anni e la multa (per condanna su imputazione): l'aver ottenuto un permesso di soggiorno mediante frode e l'inottemperanza all'ordine di espulsione o la mancata esecuzione del programma di rimpatrio assistito. L'ingresso clandestino è reato solo se doloso ed è punito con la reclusione fino a 1 anno (stessa pena si applica agli scafisti). L'ingresso o la permanenza irregolare costituiscono meri illeciti amministrativi, puniti con l'espulsione, se commessi a titolo di colpa. L'impiego di lavoratori stranieri irregolari costituisce illecito amministrativo se commesso con colpa o <i>recklessness</i> (colpa cosciente/dolo eventuale); assume a reato, punito fino a 2 anni su capo d'imputazione, fino a 1 anno '<i>on summary conviction</i>' (per condanna sommaria), se commesso con dolo intenzionale (<i>Immigration Act 1971</i>, come modificato dall'<i>Asylum &amp; Immigration Act</i>)</p>
---	--