

IL COMMENTO
di Renato Finocchi Gherzi

l' (in) attuazione della legge bossi fini: prime note per un bilancio di fine legislatura

pubblicato in "Giornale di diritto amministrativo", n. 6/2005

La pubblicazione del regolamento di attuazione della legge Bossi-Fini offre l'opportunità di fare un bilancio sulla disciplina dell'immigrazione per quanto concerne tre aspetti tra loro collegati. In primo luogo, è importante chiedersi quanta parte di essa ha trovato concreta applicazione in questi anni. Occorre poi chiedersi quali sono le novità introdotte dal regolamento approvato con il d.P.R. n. 334/2004, e quale impatto possono avere le nuove norme sui problemi emersi in questi anni nella gestione del fenomeno migratorio. Infine, quali sono le prospettive future in ambito nazionale e in sede europea.

Premessa

La pubblicazione del regolamento di attuazione della legge 30 luglio 2002, n. 189¹ (c.d. Bossi-Fini), offre l'occasione per una riflessione più ampia, che a meno di un anno dalla fine della legislatura, contribuisca ad avviare un bilancio nella materia della disciplina dell'immigrazione. Nei limiti consentiti in questa sede, al fine indicato sembra rilevante soffermarsi su tre aspetti tra loro collegati. In primo luogo, tenuto conto da un lato dell'enfasi e del rilievo attribuito dall'attuale maggioranza di governo, fin dalla scorsa legislatura, alla riforma della legislazione in tema di immigrazione e, dall'altro, del ritardo con il quale è stato approvato il regolamento di attuazione della legge n. 189/2002, a quasi tre anni dalla entrata in vigore della stessa c.d. legge Bossi-Fini, è importante chiedersi quanta parte di essa ha trovato concreta applicazione in questi anni; e, se questo ritardo ne ha condizionato l'attuazione, quali sono stati gli eventi che hanno caratterizzato le politiche in questa materia?²

¹ Il regolamento di attuazione della legge n. 189/2002 è stato adottato con il d.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334.

² Per un commento della legge n. 189/2002, si veda R. Finocchi Gherzi, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, in *questa Rivista*, 2003, 1, 14 e A.A.V.V., *La nuova legge sull'immigrazione*, in *Diritto e Giustizia*, supp. al n. 45/2002, Milano, 2002.

Nella seconda parte di questo scritto, si intendono evidenziare le novità introdotte dal regolamento approvato con il d.P.R. n. 334/2004, e la loro capacità di incidere sui problemi emersi in questi anni nella gestione del fenomeno migratorio. Infine, la riflessione viene indirizzata sulle prospettive future, nel cui ambito rilevano le scelte intervenute ed allo studio in sede europea.

Alcuni dati quantitativi contribuiscono a chiarire il primo punto. La l. n. 189/2002 si compone infatti di 38 articoli, che modificano e “riscrivono” i 49 articoli del testo unico in materia di immigrazione contenuto nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Non si è trattato quindi di aggiustamenti marginali, se si osserva che la legge n. 189/2002 ha modificato: la disciplina degli ingressi e dei permessi di soggiorno, incluse le facoltà inerenti al soggiorno e la normativa sui ricongiungimenti familiari; le disposizioni sulla repressione dell’immigrazione clandestina e sulle espulsioni; la materia dell’asilo; le norme sul coordinamento delle amministrazioni interessate.

Si noti che la normativa di rango primario contenuta nel testo unico n. 286/1998 aveva reso necessaria l’adozione di un regolamento di attuazione, approvato con d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 composto da 61 articoli che disciplinavano in dettaglio le materie sulle quali sono ora intervenuti i ben 47 articoli del d.P.R. n. 334/2004, apportando modifiche conseguenti a quelle introdotte dalla legge n. 189/2002.

Da questa prima osservazione emerge pertanto che larga parte della legge n. 189/2002 non ha potuto trovare concreta attuazione fino alla pubblicazione del regolamento, avvenuta solo nella Gazzetta Ufficiale del 10 febbraio 2005. Il dato deve essere integrato con l’analisi dei settori della disciplina contenuta nella legge n. 189 di tipo autoapplicativo e di quelli che invece necessitano di norme di attuazione.

Il regolamento di attuazione della legge Bossi - Fini: procedure di ingresso e ricongiungimenti familiari

In questa sede, tenuto conto dell’ampiezza del testo del d.P.R. n. 334/2004, che si compone di 47 articoli che modificano il precedente regolamento (d.P.R. n. 394/1999), non potrà procedersi ad un commento dettagliato, limitandosi invece a dar conto dei dati più rilevanti. In primo luogo, ai fini del primo bilancio che qui si intende delineare, non può non notarsi la durata del processo di approvazione, che segnala di per sé un’attuazione problematica delle norme primarie: se la legge n. 189 reca la data del 30 luglio 2002, la deliberazione preliminare del regolamento da parte del Consiglio dei ministri venne adottata il 27 giugno 2003, e dopo un doppio passaggio per il parere al Consiglio di Stato ed alla Conferenza unificata, la delibera definitiva fu del 3 settembre 2004, per poi pervenire alla registrazione da parte della Corte dei conti solo il 21 gennaio 2005.

Per l'approvazione della legge e delle disposizioni di attuazione è stato quindi necessario un tempo pari a quattro quinti dell'intera legislatura.

Un secondo aspetto concerne il contenuto dei pareri espressi dal Consiglio di Stato e dalla Conferenza unificata, ai quali il governo ha inteso solo in parte aderire. In particolare, il parere del Consiglio di Stato si segnala per l'ampiezza dei temi trattati, anche in relazione all'inquadramento della materia "immigrazione" nell'ambito della riforma del titolo V della Costituzione³.

In terzo luogo, la tecnica redazionale è stata quella di procedere alla sostituzione di interi articoli o commi del testo novellato: ciò malgrado, come auspicato dal Consiglio di Stato, sarebbe opportuna una ripubblicazione del d.P.R. n. 394/1999 nel testo vigente dopo la revisione in questione.

Una disposizione del regolamento che ha attirato l'attenzione dell'organo consultivo è quella dell'art. 1, concernente l'accertamento della condizione di reciprocità. E' noto che questa specifica procedura, e la stessa condizione in esame hanno costituito, fino all'entrata in vigore della riforma prevista dalla legge n. 40/1998, un ostacolo rilevante all'integrazione degli immigrati regolarmente soggiornanti, spesso impedendo loro l'accesso alle professioni, al lavoro autonomo, a borse di studio universitarie ecc.. In questo senso, la condizione di reciprocità costituisce un retaggio di periodo storici nei quali le relazioni internazionali erano fundamentalmente interstatali, e non esistevano ordinamenti compositi, quali l'Unione europea nelle sue attuali dimensioni, e sovranazionali, e nella materia dell'immigrazione appare in larga misura un "non sense", dal momento che non esistono le condizioni e soprattutto l'interesse per ottenere a favore dei cittadini italiani condizioni di parità in paesi che in larga parte neppure dispongono di sistemi di *welfare*, di istruzione, o di altri istituti equiparabili a quelli che caratterizzano l'integrazione nei paesi occidentali.

Al fine di risolvere la contraddizione esistente tra l'avvio di politiche di integrazione e la persistenza della norma base sulla condizione di reciprocità contenuta nell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile, l'art. 2 del testo unico n. 286/1998, accanto all'affermazione del godimento dei diritti in materia civile a favore degli stranieri regolarmente soggiornanti, aveva disposto che nei casi in cui "il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione".

La disposizione, non modificata dalla legge n. 189/2002, andava quindi letta, se non come una implicita abrogazione dell'art. 16, come una limitazione della possibilità di applicazione della condizione di reciprocità ai soli casi in cui essa è richiamata dalle norme del testo unico, che

³ Si veda il parere del Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, reso nell'adunanza del 17 maggio 2004.

disciplina esaustivamente la materia dei diritti civili degli stranieri, o dalle convenzioni internazionali.

In questo senso, l'art. 1 del regolamento, approvato con d.P.R. n. 394/1999, specificava che per le "persone fisiche straniere" l'accertamento della condizione era consentito nei soli casi previsti dal testo unico, in tal modo chiarendo che dalla nuova disciplina restavano escluse le persone giuridiche, ma confermando l'intento di restringere l'area applicativa della condizione di reciprocità. La modifica introdotta dall'art. 1 del nuovo regolamento, nel testo approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri, contrastava con la disposizione dell'art. 2 del testo unico, ancora vigente nella originaria formulazione. Nel disciplinare le modalità di accertamento della condizione di reciprocità, il regolamento si riferiva non solo ai casi previsti dal testo unico, ma aggiungeva a questi quelli previsti "da altre disposizioni di legge", in tal modo consentendo l'accertamento della condizione anche in tutte quelle fattispecie nelle quali in base alle norme di settore previgenti al testo unico era possibile richiamare la condizione di reciprocità, che si era inteso invece implicitamente abrogare con la previsione dell'art. 2 dello stesso testo unico.

Il rischio di una reintroduzione generalizzata della condizione di reciprocità, e quindi di ostacoli e incertezze applicative all'affermazione del principio di uguaglianza nel godimento dei diritti civili, è stato quindi segnalato nel parere del Consiglio di Stato, ed infatti il testo definitivo ha eliminato l'inciso richiamato, da cui poteva derivare il riemergere di impedimenti all'accesso degli stranieri a vari istituti, dall'istruzione al lavoro autonomo, che ne favoriscono l'integrazione.

Un ulteriore segnale dell'orientamento restrittivo presente nella stesura originaria dell'atto in questione è costituito dalle norme inserite all'art. 2, relativo ai rapporti con le pubbliche amministrazioni in relazione ai documenti presentati e ad eventuali autocertificazioni. Qui il testo precedente, l'art. 2 del d.P.R. n. 394/1999, per gli stranieri regolarmente soggiornanti limitava la possibilità di autocertificazione in riferimento a stati, fatti e qualità personali attestabili da autorità italiane. Si intendeva da un lato garantire l'eventuale controllo, in quanto l'autorità alla quale si riferiva l'autocertificazione era individuabile nel territorio italiano, e dall'altro offrire anche agli stranieri la possibilità di avvalersi di un istituto idoneo a semplificare i rapporti con le amministrazioni. Per gli altri fatti e qualità attestati da Stati esteri, e quindi anche da quello di provenienza, essi dovevano essere solo "autenticati" dall'autorità consolare italiana e corredati dalla traduzione italiana che ne attestasse la conformità all'originale.

Il nuovo testo sostituisce il potere di autenticazione con quello di "legalizzazione", da intendersi quale controllo e accertamento da parte dell'autorità consolare italiana della conformità del documento a determinati parametri relativi alla origine e competenza dell'ufficio straniero che ha rilasciato il documento. Si è così ampliato il potere di controllo dell'ufficio consolare, e la relativa

discrezionalità, malgrado il Consiglio di Stato avesse sottolineato nel suo parere che il termine legalizzazione viene qui usato “in senso atecnico e improprio”, dal momento che nel testo unico sulla documentazione amministrativa n. 445/2000 (artt. 30-34) esso viene riferito unicamente a firme o fotografie, e non al contenuto di interi documenti e certificati.

La conferma dell’indirizzo restrittivo nei confronti della validità della documentazione rilasciata dallo Stato di provenienza, che si traduce per l’immigrato in ulteriori e gravosi oneri procedurali, si ricava dal comma *2-bis* dello stesso articolo, che introduce un nuovo procedimento nel caso in cui gli stati, i fatti e qualità richiesti dalla normativa italiana non siano documentabili per l’assenza di una autorità che li rilasci (alcune forme di certificazione non sono presenti negli ordinamenti di provenienza degli immigrati), ovvero per la “presunta inaffidabilità dei documenti rilasciati dall’autorità locale”. L’originaria versione si riferiva alla “scarsa affidabilità” dei documenti ed anche qui, malgrado l’organo consultivo avesse segnalato la genericità del parametro così indicato, la formulazione della “presunta inaffidabilità” non muta nella sostanza il senso della disposizione, che si qualifica per l’equiparazione di due ipotesi in realtà molto differenti (assenza di autorità e presunta inaffidabilità dei documenti rilasciati dall’autorità straniera), e finisce per accrescere indebitamente la discrezionalità valutativa dei consolati italiani, fino a raggiungere un grado “non previsto dalla legge”, come notava il Consiglio di Stato. La conclusione che ne deriva è che la genericità del parametro induce nuovi ostacoli all’immigrazione regolare ed alla sua integrazione. Questo indirizzo ha trovato una conferma significativa nella disciplina delle procedure per il ricongiungimento familiare. Per valutare le disposizioni in questione occorre, in sintesi, richiamare due elementi che caratterizzano questa materia.

In primo luogo, il diritto all’unità familiare è stato classificato come diritto fondamentale della persona dalla Corte costituzionale, che sul punto si è ripetutamente espressa⁴.

In questo senso, la legge n. 40/1998 e poi il testo unico avevano previsto la riforma della procedura per il conseguimento del visto (v. silenzio – assenso previsto dall’art. 29, c. 8 t.u.) e provveduto ad indicare all’art. 29, c. 3 del testo unico, i requisiti espressamente richiesti, in relazione all’alloggio e al reddito. La materia era quindi interamente regolata dalla fonte legislativa, ed il regolamento (art. 6, c. 1 del d.P.R. n. 394/1999) si limitava a richiamare le relative prescrizioni di legge.

L’indirizzo restrittivo in relazione ai soggetti del ricongiungimento è presente nella legge n. 189, che pur confermando il diritto dello straniero regolarmente soggiornante (titolare di un permesso della durata di almeno un anno) a ricongiungersi con il coniuge non legalmente separato e con i figli minori a carico, anche se nati fuori dal matrimonio, ha eliminato la possibilità, prevista dalla l. n. 40/1998, di ricongiungimento con i parenti entro il terzo grado a carico in quanto inabili al

⁴ La Corte costituzionale ha riconosciuto la natura di diritto fondamentale al diritto al ricongiungimento familiare, estendendolo ai figli minori nati fuori dal matrimonio: si vedano le sentenze nn. 28/1995, 203/1997 e 376/2000.

lavoro, e con il genitore a carico. In quest'ultimo caso, il ricongiungimento con il genitore viene eccezionalmente consentito qualora questi non abbia altri figli nel paese di origine, ovvero sia ultrasessantacinquenne e gli altri figli non possano mantenerlo per documentate ragioni di salute⁵.

Su questa base normativa, che di per sé tende a limitare i ricongiungimenti, il regolamento ha inciso ulteriormente. Innanzitutto, la prima versione, introduceva un requisito aggiuntivo, consistente nell'obbligo a carico dell'immigrato di presentare la documentazione attestante il sostegno economico fornito al familiare nel paese di origine, allo scopo di dimostrare che si tratta di familiare a carico. Una disposizione di questo tipo, come osservato dal Consiglio di Stato, sarebbe illegittima in quanto introduce un requisito non considerato dalla norma primaria, in grado di rendere "di fatto inutilmente più oneroso, sino a comprimerlo, il diritto al ricongiungimento e all'unità familiare": si pensi, nota il Consiglio, al caso del figlio minore che sia stato temporaneamente mantenuto da altri familiari nel paese di origine, al fine di consentire il primo ambientamento al genitore immigrato nel nostro paese. In tal caso, si sarebbe di fatto impedito il ricongiungimento della famiglia.

Se questa disposizione, a seguito della censura proposta nel parere richiamato è stata espunta dal testo, un'altra simile è rimasta in riferimento alla domanda di ricongiungimento con i genitori a carico e con i figli maggiorenni invalidi, e per ciò non in grado di mantenersi. Anche per queste richieste, occorrerà presentare la documentazione prodotta dalle autorità locali e da privati concernente la condizione economica nel paese di origine dei familiari con i quali si chiede il ricongiungimento: la documentazione sarà "valutata dall'autorità consolare alla luce dei parametri locali". Sul punto il Consiglio di Stato aveva sottolineato la genericità del parametro di valutazione indicato, che avrebbe comportato disparità di trattamento per i diversi indirizzi interpretativi degli uffici, e una eccessiva discrezionalità all'amministrazione. Inoltre, la norma primaria (art. 29, comma 1, lettere b-bis e c del testo unico n. 286) non considera l'indigenza economica in sé, ma correlata ai gravi motivi di salute che costituiscono l'oggetto delle attestazioni richieste: di qui l'esigenza di parametri oggettivi per le valutazioni dei consolati.

Se si considera il dato secondo il quale il flusso di ingressi regolari motivati da ricongiungimenti familiari ha costituito negli anni precedenti alla regolarizzazione del 2002 il 35-40 % circa del totale degli ingressi annuali, è evidente che le disposizioni ora sinteticamente richiamate incidono in modo rilevante sull'esercizio di questo diritto fondamentale⁶. Una conseguenza di questo indirizzo potrà verificarsi in relazione al processo di integrazione degli immigrati "regolarizzati", che possono ora avviare domande di ricongiungimento: in questo senso, gli ostacoli procedurali

⁵ Più estesamente, si veda N. Zorzella, Modifica e restrizione del diritto all'unità familiare nella nuova legge n. 189/2002, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2002, 3, 58 ss..

⁶ Si vedano, nel dettaglio, i dati annualmente pubblicati su Immigrazione - Dossier statistico a cura della CARITAS e il *Rapporto annuale sulle migrazioni* a cura della Fondazione ISMU, Milano.

introdotti dal nuovo regolamento confermano l'esistenza di un progetto di "integrazione subalterna"⁷.

Accanto a queste significative disposizioni, il regolamento disciplina le procedure per l'acquisizione del permesso di soggiorno (artt. 8 ss.). Peraltro, l'innovazione costituita dallo sportello unico è ancora lontana dalla concreta realizzazione. Le procedure indicate dalle disposizioni in questione appaiono quanto mai gravose, e certamente lontane dalla semplificazione che sarebbe quanto mai necessaria per evitare di dover ricadere, di qui a poco, in altri provvedimenti di sanatoria conseguenti alla rilevazione di vaste sacche di immigrati clandestini che pur occupati non sono in grado di osservare tutte le prescrizioni richieste per l'ingresso regolare⁸.

Gli articoli da 4 a 9 della l. n. 189/2002, dedicati alla materia dell'ingresso ed in particolare a quell'istituto del "contratto di soggiorno" che negli auspici dei promotori della legge avrebbe dovuto garantire l'effettiva occupazione del lavoratore immigrato regolare, potranno trovare compiuta attuazione solo dopo l'entrata in vigore degli articoli che vanno da 4 a 16, e da 22 a 38 del nuovo regolamento, che disciplinano la materia dei visti, del contratto di soggiorno, del rilascio dei permessi e della carta di soggiorno, nonché delle procedure, delle liste e dello sportello unico dell'immigrazione, che avrebbe dovuto costituire il principale strumento di semplificazione delle procedure di ingresso. La rilevanza di questo aspetto è stata più volte sottolineata da studiosi ed operatori, che hanno osservato come le difficoltà burocratiche nell'ingresso regolare costituiscono uno dei fattori che incentivano l'immigrazione clandestina.

La conferma di questo ritardo è testimoniata dalla circolare congiunta del Ministero dell'interno e del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 28 febbraio 2005, che contiene le linee guida per l'adozione dello sportello unico per l'immigrazione. Innanzitutto essa prende atto della "novità" del regolamento e testimonia dell'assenza di reali politiche innovatrici adottate finora.

In secondo luogo, ribadisce le disposizioni sulla composizione della nuova struttura già previste dalla legge, affermando che ogni sportello sarà diretto da un dirigente della carriera prefettizia o da un dirigente della direzione provinciale del lavoro, e composto da almeno un rappresentante della prefettura, da almeno uno della direzione provinciale del lavoro e da almeno un appartenente ai ruoli della polizia di stato.

Quanto alla effettiva costituzione, visto il tempo trascorso dall'approvazione della legge, si sarebbe potuto intervenire con immediatezza. Al contrario, la circolare sottolinea che gli sportelli saranno costituiti con successivi decreti prefettizi, nei quali verrà indicato il responsabile di ogni struttura, da individuare in attuazione di direttive adottate congiuntamente dai Ministri dell'interno e del

⁷ Si veda ISMU, *Rapporto sulle migrazioni 2004*, Milano, 2003, 126.

⁸ Sul dato strutturale rappresentato dall'ingresso irregolare in Italia, si veda ISMU, *Rapporto sulle migrazioni 2004*, Milano, 2005, 304.

lavoro. Per espressa disposizione è stabilito il divieto di emanare i decreti istitutivi prima dell'adozione delle direttive richiamate.

Inoltre, in base all'art. 24 del regolamento approvato con il d.P.R. n. 334/2004, l'operatività degli sportelli è subordinata all'emanazione di separati decreti del Ministro dell'interno, con il concerto o d'intesa, a seconda dei casi, con le amministrazioni interessate, concernenti: la modulistica; la definizione dei dati da inserire nell'archivio degli sportelli; le modalità di gestione e di funzionamento degli archivi informatizzati, anche ai fini della protezione dei dati personali; la disciplina delle procedure di accesso agli archivi e di consultazione dei dati, individuando i soggetti autorizzati.

Questa ulteriore complessa procedura, parcellizzata in almeno sei distinti e successivi provvedimenti (i quattro decreti ministeriali indicati, le direttive, i decreti prefettizi istitutivi) conferma che gli sportelli non sono operativi, e che alla necessità di semplificare celermente procedure delle quali si lamenta da tempo la farraginosità e la lentezza siano state ancora una volta anteposte le esigenze di definizione dei "confini" dell'azione delle due amministrazioni centrali interessate.

La conclusione è confermata dalle indicazioni che si ricavano dalla stessa circolare, che definisce quella attuale come una fase ancora di transizione, e che indica la struttura e le funzioni degli sportelli. Essi svolgeranno solo attività di *front-office*, mentre l'attività istruttoria di *back-office* relativa ai procedimenti finalizzati al rilascio dei nulla-osta al lavoro, al ricongiungimento familiare continuerà ad essere svolta dai competenti uffici delle direzioni provinciali del lavoro e delle questure: la conclusione di tali procedure avverrà "in una apposita riunione dei componenti dello sportello unico". Le attività restano separate e la fase finale del procedimento, per come prefigurata, rischia di sovrapporsi alle fasi precedenti. Inoltre, nella concezione dello sportello in questione non si persegue l'istituzione di un unico interlocutore e un unico procedimento comprensivo di tutte le autorizzazioni richieste, invece delle numerose da richiedere ad amministrazioni diverse. Lo stesso Documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione 2004-2006, approvato (anch'esso in ritardo) nel maggio 2005 non può fare a meno di rilevare che lo sportello non è operativo.

Un altro sintomo delle difficoltà di attuazione della legge n. 189 concerne il profilo relativo alla garanzia dell'alloggio degli immigrati: questa garanzia, accanto alla certezza di un rapporto di lavoro, costituiva una premessa per una revisione della normativa precedente improntata alla tutela della sicurezza.

L'art. 22, comma 2 del testo unico n. 286/1998, nel testo previgente, prevedeva infatti l'obbligo per il datore di lavoro, contestualmente alla domanda di autorizzazione al lavoro, di esibire idonea

documentazione che indicasse “le modalità della sistemazione alloggiativa per il lavoratore straniero”. Questa disposizione è stata ulteriormente specificata nel regolamento di attuazione adottato con il d.P.R. n. 394/1999, che all’art. 30 aveva previsto che il datore dovesse indicare “le modalità di alloggio” dello straniero, senza porre a suo carico ulteriori oneri.

La formulazione adottata dall’art. 6 della legge n. 189, che qualifica l’obbligo del datore quale una vera e propria “garanzia”, ha suscitato peraltro notevoli dubbi circa la sua reale portata innovativa, dal momento che se tale disposizione fosse stata da intendersi in senso letterale, si doveva concludere che il datore fosse personalmente obbligato a reperire un alloggio ed a farsi garante verso l’amministrazione della sua disponibilità a favore dello straniero, mediante la partecipazione al contratto di locazione ovvero disponendo di un bene di sua proprietà. Una interpretazione siffatta, a causa degli oneri che ne conseguono per il datore, varrebbe a diminuire nettamente la sua propensione ad assumere immigrati, incidendo negativamente sugli ingressi regolari e favorendo l’ulteriore ricorso al lavoro nero, già così diffuso anche in riferimento al mercato del lavoro nel quale sono occupati gli stranieri. Il dubbio era confermato dalla previsione del comma 2 dell’art. 6 della legge n. 189 che rinviava al regolamento di attuazione per la specificazione delle modalità della prestazione della “garanzia” da parte del datore.

La portata innovativa di tale garanzia scompare del tutto nel nuovo regolamento, che all’art. 8 si limita a disporre che il datore di lavoro, al momento della richiesta di assunzione dell’immigrato, deve “indicare” un alloggio fornito dei requisiti igienici e dell’abitabilità. Si tratta quindi di una mera dichiarazione dalla quale non derivano obblighi ulteriori per il datore, come si evince indirettamente dalla disposizione prevista nello stesso articolo, laddove disciplinando il dovere del datore di finanziare l’eventuale rientro dell’immigrato nel paese di origine, si afferma che il datore “si impegna nei confronti dello Stato”, con una dichiarazione giuridicamente rilevante ai fini della costituzione di una vera obbligazione.

Deve quindi ritenersi che la prassi già instaurata in questi anni, anche a causa delle oggettive condizioni nelle quali operano le imprese, non subirà modifiche rilevanti.

Immigrazione e riforma del Titolo V

Infine, l’approvazione del regolamento induce una riflessione sulle conseguenze della riforma del Titolo V nella materia, ed in particolare sulla possibile incidenza di una fonte secondaria in ambiti in cui la competenza statale si interseca con ambiti rimessi alle competenze regionali, concorrente ed esclusiva. Il problema è stato affrontato dal Consiglio di Stato nel parere del 17 maggio 2004 e merita di essere approfondito.

La legge cost. n. 3/2001 ha infatti inserito la materia immigrazione tra quelle di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lett. b): questa norma qualifica per la prima volta la materia a livello costituzionale, e la distingue dalle materie confinanti relative al diritto di asilo e alla condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea (art. 117, secondo comma lett. a). Come noto, lo stesso art. 117 attribuisce allo Stato potestà regolamentare in queste materie. Un problema può sorgere ove si consideri che l'immigrazione non riguarda soltanto la disciplina dell'ingresso, della durata del soggiorno e delle espulsioni, ma tocca materie che riguardano gli immigrati come persone durante il periodo di permanenza. Quando, nei testi normativi o programmatici, si fa riferimento all'integrazione sociale degli stranieri si richiama l'attivazione di competenze che vanno dall'istruzione alla formazione, alla sanità, ai servizi sociali ed ai servizi per l'impiego. Si tratta quindi di ambiti di materie concorrenti o esclusive, sulle quali di norma non potrebbero incidere regolamenti statali.

Peraltro, come sottolineato dal Consiglio di Stato, nel caso di specie non può non rilevarsi che "la materia dell'immigrazione si proietta comunque su ambiti materiali che normalmente vengono considerati di competenza regionale, sino a ricomprenderli all'interno della materia di competenza esclusiva dello Stato, in ragione della prevalenza dei profili ad essa inerenti". Se la materia immigrazione va intesa in modo organico, come confermato dal rilievo costituzionale che ha assunto e dalla stessa legislazione ordinaria che la riguarda, in essa vanno ricompresi quei settori di competenze formalmente regionali che risultano funzionali ad una regolamentazione comprensiva delle politiche di integrazione e inserimento dello straniero.

Per questa via si legittima quindi l'intervento di una fonte secondaria in materie di competenza regionale, in quanto le disposizioni presenti in tali ambiti risultano correlate all'esigenza di disciplinare lo *status* ed i diritti di cui gode lo straniero durante il suo soggiorno. L'elemento finalistico vale ad estendere la materia immigrazione a questi ambiti.

Questa conclusione pare indirettamente confermata dal nuovo testo dell'art. 118, Cost. che, in tema di funzioni amministrative, demanda alla legge statale la disciplina di forme di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di immigrazione. Anche nell'esame di questa norma il Consiglio di Stato valorizza opportunamente le potenzialità offerte dalla disciplina regolamentare, superando la tesi dell'amministrazione dell'interno che riteneva, quale presupposto per la previsione di norme di coordinamento a livello di normazione secondaria, l'esistenza di una norma primaria di settore che specificamente indichi lo strumento di coordinamento al quale ricorrere. L'indirizzo del Consiglio di Stato, che rileva come il richiamo previsto all'art. 118 costituisce "un indice della speciale rilevanza del coordinamento nella materia dell'immigrazione", suggerisce la possibilità di introdurre forme di coordinamento anche ricorrendo alla fonte regolamentare, semprechè le forme

prescelte siano disciplinate da una norma di legge che valga a tipizzarle: in questo senso può farsi l'esempio dell'accordo, come regolato dall'art. 4 del d.lgs n. 281/1997, o le forme di "intesa forte" introdotte nella disciplina dei rapporti tra Stato e Regioni e richiamate dalla stessa Corte costituzionale quale strumento della leale cooperazione tra i livelli di governo.

Gli interventi della Corte costituzionale in tema di espulsioni amministrative

Accanto alla revisione delle procedure di ingresso, al fine di rendere più rigoroso l'accertamento dello stato di occupato dell'immigrato regolarmente soggiornante, la l. n. 189/2002 aveva tra i suoi scopi dichiarati quello di incidere sulla disciplina delle espulsioni, modificando il sistema della c.d. "detenzione amministrativa" degli immigrati clandestini allo scopo di accrescere l'effettività dei provvedimenti di allontanamento, e introducendo un complesso sistema di norme penali, sostanziali e processuali, al fine di sanzionare l'indebita permanenza dello straniero che non ottempererà all'espulsione⁹. Questa sezione della legge n. 189 è stata oggetto di una copiosa giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, ispirata dalla necessità di riaffermare le garanzie a tutela della libertà personale e più in generale connesse alla disciplina del processo.

Innanzitutto, rileva anche qui il dato quantitativo costituito dalle oltre 800 ordinanze di remissione di questioni di legittimità sollevate, che da solo testimonia la forte critica dei giudici a molte disposizioni della legge. Le questioni sollevate hanno riguardato varie disposizioni e profili che qui possono essere sintetizzati accorpendo i quesiti posti alla Corte costituzionale.

Una prima questione concerneva la legittimità del procedimento previsto per la convalida dell'accompagnamento coattivo disposto dall'autorità amministrativa. La convalida, ritenuta necessaria a seguito di una importante sentenza della Corte costituzionale¹⁰ che ha affermato che l'accompagnamento coattivo, in quanto misura che incide sulla libertà personale, deve sottostare alla garanzia prevista dall'art. 13 della Costituzione (convalida del giudice entro 48 ore), era stata disciplinata in modo puramente formale dal d.l. n. 51/2002, convertito dalla l. n. 106/2002: il controllo sulla legittimità dell'accompagnamento era meramente cartaceo da parte del giudice, spesso interpellato quando l'espulsione seguita all'accompagnamento coattivo era stata già eseguita. I giudici che hanno sollevato la questione ritenevano che la norma contenuta nel decreto legge che aveva anticipato l'approvazione della legge n. 189 si poneva in contrasto con la garanzia della libertà personale e con il diritto di difesa, in quanto l'immigrato non veniva ascoltato in ordine alla misura che lo riguardava (come invece la legge n. 40/1998, c.d. Turco-Napolitano, aveva previsto

⁹ Su questi profili, si veda R. Finocchi Ghersi, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, cit., e A.A.V.V. *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano, 2003.

¹⁰ La sentenza n. 105 del 2001 in *questa Rivista*, 2001, 11, 1121, con il commento di R. Finocchi Ghersi, *Trattenimento ed espulsione dello straniero clandestino*.

nel caso di trattenimento nei centri di permanenza temporanea, i c.d. C.P.T.), in violazione del principio del contraddittorio; inoltre, si censurava che l'esame istruttorio risultava incompleto.

Nel suo esame la Corte (sent. n. 222/2004) notava innanzitutto che nel sistema originario del d.lgs. n. 286/1998 (che recepiva interamente le norme della legge n. 40/1998), l'espulsione con accompagnamento alla frontiera "rappresentava un'eccezione e riguardava i casi di particolare pericolosità dello straniero", mentre la legge n. 189/2002 aveva generalizzato l'espulsione tramite accompagnamento. Permaneva inoltre, nella revisione introdotta dalla legge n. 189, l'istituto del trattenimento presso un C.P.T. nel caso non fosse possibile eseguire immediatamente l'espulsione con accompagnamento, ma mentre nella l. n. 40 questa forma di restrizione era nel massimo di trenta giorni, la legge n. 189 disponeva il raddoppio della sua durata, fino a sessanta giorni. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del sistema di convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera previsto dal d.l. n. 51/2002, osservando che "il percorso della presente decisione è interamente segnato dalla sentenza n. 105/2001": il legislatore del 2002 avrebbe quindi facilmente potuto individuare il confine già tracciato dalla Corte per la disciplina della convalida in questione.

La pronuncia del 2001 non investiva infatti direttamente la disciplina dell'accompagnamento in sé, ma lo considerava quale presupposto del trattenimento nel C.P.T.: in quella occasione la Corte condivise la premessa dalla quale muovevano i giudici *a quo*, quanto alla valutazione dell'accompagnamento quale misura che incide sulla libertà personale, ma ritenne la questione infondata dal momento che, vertendosi in casi nei quali all'accompagnamento era seguito il trattenimento, rilevò che l'art. 14 del testo unico n. 286 estendeva il controllo del giudice anche all'accompagnamento. Se per il trattenimento la normativa prevedeva una convalida "piena" entro le 48 ore come richiesto dall'art. 13 della Costituzione, con l'audizione dell'interessato e l'assistenza del difensore, la Corte riteneva quindi che tale controllo fosse esteso anche all'accompagnamento.

Nel motivare la *ratio* di questa disciplina, la sentenza n. 105 ribadiva che l'accompagnamento, in quanto atto di coartazione incideva sulla libertà personale, e pertanto poteva essere adottato con le cautele previste dall'art. 13 Cost.. Questa conclusione conduceva quindi a ritenere illegittima la generalizzata forma di espulsione con accompagnamento prevista dal disegno di legge che doveva sfociare nell'approvazione della legge n. 189, ed indusse il governo a varare il decreto legge n. 51, poi convertito nella legge n. 106/2002, che si limitava a prevedere l'obbligo del questore di comunicare il provvedimento di accompagnamento entro le 48 ore al tribunale competente. La successiva convalida era di tipo cartaceo, senza alcun contraddittorio.

L'illegittimità rilevata dalla Corte ha innanzitutto riguardato il fatto che "il provvedimento di accompagnamento alla frontiera è eseguito prima della convalida. ... Lo straniero viene allontanato coattivamente senza che il giudice abbia potuto pronunciarsi sul provvedimento restrittivo." In questa sequenza la Corte individua la "vanificazione" della garanzia del terzo comma dell'art. 13 Cost., e cioè la perdita di effetti del provvedimento nel caso di diniego o di mancata convalida ad opera dell'autorità giudiziaria. Inoltre, nella sentenza si sottolinea che oltre alla libertà personale è violato il diritto di difesa dello straniero "nel suo nucleo incompressibile", dal momento che la disposizione in questione non prevede che egli debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza del difensore.

Un altro gruppo di censure concerneva l'art. 14, c. 5-*quinquies* del testo unico n. 286/1998, aggiunto dalla legge Bossi Fini, che prevede l'arresto obbligatorio in flagranza nei confronti di coloro che essendo stati espulsi con semplice intimazione si trattengono nel territorio dello Stato in epoca successiva al termine per lasciare l'Italia. I giudici *a quo* hanno rilevato l'irragionevolezza della previsione dell'arresto, poiché il reato di indebita permanenza è punito dalla stessa legge Bossi Fini come una semplice contravvenzione, laddove la grave misura dell'arresto in flagranza è prevista per reati gravissimi, quali quelli previsti dall'art. 380 c.p., per i quali si prevede l'obbligatorietà dell'arresto (es. rapine, reati contro la personalità dello Stato, contro l'incolumità pubblica ecc.). Mentre nel caso dei reati indicati, all'arresto obbligatorio segue di norma una misura cautelare rappresentata dal provvedimento di cattura emanato dal giudice, nel caso dell'illecito contravvenzionale dello straniero che si trattiene nel territorio non può seguire, ovviamente, alcun provvedimento di cattura, essendo il reato configurato come una semplice contravvenzione, punita con l'arresto da sei mesi ad un anno. Pertanto, osservano i giudici, l'arresto in flagranza non può che sfociare in una immediata liberazione dell'arrestato, in attesa della celebrazione del processo. L'arresto ha quindi una funzione sanzionatoria prima del processo, una sostanziale inutilità a fini penali e viola il principio di uguaglianza in quanto reati più gravi non sono sanzionati con l'arresto obbligatorio, in questo caso previsto per un semplice reato contravvenzionale. Ne è seguita la dichiarazione di incostituzionalità con la sentenza n. 223/2004, che accogliendo l'impostazione dei giudici remittenti ha sottolineato che la disposizione in esame "si risolve in una limitazione provvisoria della libertà personale priva di qualsiasi funzione processuale, ed è quindi, sotto questo aspetto manifestamente irragionevole".

La Corte ha anche osservato che l'arresto obbligatorio in questione non trova alcuna valida giustificazione neppure se valutata come misura eventualmente finalizzata ad agevolare l'espulsione amministrativa dello straniero che non abbia ottemperato all'ordine di allontanarsi dal territorio dello Stato, dal momento che tale procedimento amministrativo, che prevede l'accompagnamento

coattivo alla frontiera e l'eventuale trattenimento in un C.P.T. ha un suo autonomo corso, e si attiva all'esito della scarcerazione che inevitabilmente segue all'arresto obbligatorio censurato. L'osservazione della Corte assume particolare rilievo in quanto conferma l'opinione, più volte avanzata nel dibattito che ha preceduto l'approvazione della Bossi-Fini, della sostanziale inadeguatezza degli strumenti penalistici in questo campo.

Una ulteriore questione riguarda l'indeterminatezza della fattispecie prevista dall'art. 14, c. 5-ter, che esclude la contravvenzione suddetta (indebito trattenimento dopo il termine per lasciare il territorio dello Stato), in caso sussista un "giustificato motivo". I giudici che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale hanno contestato che la legge non specificava quale fosse questo giustificato motivo. Si noti che l'espulsione con semplice intimazione è consentita qualora non sia possibile la esecuzione immediata dell'espulsione o il trattenimento dello straniero. In questi casi, entro soli 5 giorni allo straniero è intimato di lasciare l'Italia, e in caso di mancata ottemperanza può essere arrestato in base alle norme sopra indicate. I giudici hanno rilevato che dalla prassi amministrativa non emerge con chiarezza la ragione per la quale si procede spesso con la semplice intimazione, e non con l'espulsione immediata. In conseguenza di questo meccanismo, se lo straniero non si allontana spontaneamente entro 5 giorni entra nel circuito della repressione penale.

La questione è stata decisa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 5/2004, che pur dichiarando non fondata la questione di costituzionalità, ha affermato una interpretazione della norma impugnata che, secondo quanto si legge nella stessa pronuncia, "riduce notevolmente, in fatto, l'ambito applicativo della norma incriminatrice". La Corte ha infatti ritenuto, da un lato, che la norma sia legittima, ma in quanto il motivo che giustifica la mancata ottemperanza all'ordine di lasciare il paese possa comprendere motivi anche di natura soggettiva relativi alla condizione dell'immigrato.

Oltre ai motivi che emergono dalla legge, quali quelli indicati all'art. 14, c. 1, del d.lgs n. 286/1998, che riguardano la necessità di soccorso a favore dello straniero, le difficoltà nell'acquisizione dei documenti di viaggio, l'indisponibilità del vettore o di un mezzo di trasporto idoneo, la Corte ha affermato, in armonia con la giurisprudenza di merito consolidatasi nella materia ma finora priva di una legittimazione così autorevole, che il giudice possa ritenere "giustificato" il motivo derivante da stati soggettivi degli stranieri da espellere (es. condizione di "impossidenza" dello straniero, ovvero il mancato rilascio dei documenti da parte dell'autorità diplomatica).

Questi esempi, citati nella sentenza, non costituiscono comunque un elenco chiuso, e quindi il giudice di merito, e prima di lui l'autorità di pubblica sicurezza sarà obbligata a valutarli prima di considerare perseguibile penalmente la mancata ottemperanza all'ordine di allontanarsi dal territorio

dello Stato da parte dello straniero. Ne deriva in pratica che l'area applicativa della norma incriminatrice risulta notevolmente ridotta, e più in generale questa vicenda conferma l'inadeguatezza dell'uso dello strumento penalistico nel contrasto dell'immigrazione clandestina.

La sanatoria per gli immigrati clandestini

Non è un caso se la più compiuta attuazione delle previsioni contenute nella l. n. 189/2002 si sia registrata in un ambito contrassegnato da indirizzi normativi di segno opposto a quello "rigorista" basato su misure penalistiche contro l'immigrazione clandestina e su norme procedurali finalizzate a limitare l'immigrazione regolare. La "sanatoria" prevista dall'art. 33 della stessa legge, dapprima limitata al lavoro domestico e poi estesa dal decreto legge n. 195/2002 (conv. dalla legge n. 222/2002) a tutti i lavoratori immigrati non in regola con le norme sull'ingresso, ha infatti rappresentato una evidente contraddizione con le politiche restrittive contenute nella legge n. 189, consentendo la regolarizzazione di oltre 650.000 immigrati che fino ad allora si trovavano nelle condizioni per essere perseguiti dalle norme sulle espulsioni. Si consideri la rilevanza di questo dato quantitativo comparandolo con il totale di 2,6 milioni di stranieri extracomunitari regolarmente soggiornanti secondo stime recenti: più di un quinto del totale della presenza straniera ha trovato origine nella sanatoria disposta dalla legge Bossi Fini e dal decreto legge collegato¹¹.

Inoltre, nell'attuazione delle procedure di regolarizzazione è emerso che, in contraddizione con l'orientamento restrittivo della legge, vari dubbi applicativi sono stati risolti con decisioni che hanno favorito l'accoglimento della domanda di sanatoria. La circolare del Ministero dell'interno 31 ottobre 2002 ha equiparato la posizione dei lavoratori stranieri, licenziati da datori che non intendevano regolarizzarli (nella sanatoria in esame la domanda doveva essere presentata dal datore di lavoro), a quella dei lavoratori regolarmente soggiornanti che hanno perduto il posto di lavoro (art. 22 del testo unico n. 286/1998): pertanto a questi stranieri irregolari può essere concesso un permesso normalmente attribuito a quelli che, regolarmente occupati, perdano il posto di lavoro per licenziamento o altre cause.

Sulla materia è intervenuta anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 78/2005, che ha deciso la questione relativa all'art. 1, comma 8, lett. c) del decreto legge n. 195/2002 (conv. nella legge n. 222/2002), che non consentiva di procedere alla regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari che

¹¹ In un recente intervento, M. Livi Bacci ha ipotizzato che a fine 2004 la presenza straniera complessiva, inclusi gli irregolari e/o clandestini sia stimabile in 3 milioni di unità. Lo stesso autore sottolinea come nell'ultimo decennio la presenza straniera si è triplicata, al ritmo di 160.000 persone in più all'anno: ma questo ritmo ha sicuramente accelerato il passo negli ultimi anni, se si tiene conto che gli oltre 650.000 regolarizzati nel 2002-2003 erano immigrati di recente arrivo in Italia. L'intervento è raccolto negli atti del convegno Immigrati e italiani: il futuro è convivenza, tenutosi il 20-21 febbraio 2004 cura del Dipartimento welfare dei Democratici di Sinistra.

fossero stati semplicemente denunciati per uno dei reati previsti dagli artt. 380 e 381 c.p.p.. Anche in questo caso la norma impugnata rivelava la “doppia anima” della legge, e la contraddizione tra norme di favore per l’integrazione dei lavoratori e un rigorismo spinto all’eccesso, che anche in questo caso non ha retto all’impatto con i principi costituzionali.

La Corte ha infatti accolto la questione, sollevata da vari giudici ordinari e amministrativi, in riferimento alla violazione del principio di ragionevolezza. Pur riconoscendo la discrezionalità del legislatore nell’individuazione dei criteri per l’ottenimento dell’autorizzazione all’ingresso nel territorio statale, la sentenza sottolinea la “intrinseca irragionevolezza” della norma in questione. Nel nostro ordinamento la denuncia, pur riferita a fattispecie criminose, “è atto che nulla prova riguardo alla colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore” ed obbliga soltanto gli organi di polizia a “verificare se e quali dei fatti esposti in denuncia corrispondano alla realtà e se essi rientrano in ipotesi penalmente sanzionate”.

In questo quadro, l’irragionevolezza risiede nelle gravissime conseguenze che derivano dalla mancata regolarizzazione, alla quale consegue l’espulsione, anche in presenza di “denunce non veritiere per il perseguimento di finalità egoistiche del denunciante”.

Anche la giurisprudenza ordinaria ha assunto un indirizzo favorevole all’esito positivo della procedura di regolarizzazione. In particolare, un consolidato orientamento della Corte di cassazione ha affermato che la semplice presentazione della domanda di emersione dal lavoro irregolare “determina ex sé la sospensione del potere espulsivo del prefetto (salva l’ipotesi straordinaria dell’espulsione dello straniero che risulti pericoloso per la sicurezza dello Stato, che è disposta in casi eccezionali dal Ministro dell’interno)” (Cass. n. 6998/2004, 6999/2004): ne deriva quindi che l’annullamento dei provvedimenti di espulsione che siano stati adottati nella pendenza della procedura di regolarizzazione, anche se proposta dopo l’adozione di un provvedimento di espulsione, ha l’effetto di revoca *ex tunc* del decreto che dispone l’allontanamento.

Le conclusioni di Tampere II e la Costituzione europea

Nel prossimo futuro è lecito attendersi che l’incidenza delle scelte approvate in sede europea, specie se il progetto di Trattato costituzionale proseguirà il suo cammino, sarà maggiore di quanto avvenuto finora. In questo quadro, se non possono qui ripercorrersi nel dettaglio le cause di queste difficoltà, ed enumerare i provvedimenti adottati, specie nell’ambito delle norme contro le discriminazioni, è opportuno valutare l’indirizzo presente nelle decisioni politiche più recenti e la valenza per la materia in questione delle norme del nuovo Trattato.

Le difficoltà verificatesi nell'ultimo quinquennio nel processo di attuazione delle proposte deliberate nel Consiglio straordinario di Tampere del 1999, specie nell'ambito delle problematiche connesse all'asilo e all'immigrazione, non sembrano essere state ignorate nel recente Consiglio straordinario tenutosi nel novembre 2004. Nelle sue conclusioni si prende realisticamente atto della necessità di adottare un nuovo programma che consenta di affrontare le “nuove sfide” cui è chiamata l'Unione in questi settori.

Questa premessa sembra necessaria per valutare appieno le potenzialità individuabili nelle due novità costituite, da un lato, dalle conclusioni del Consiglio del 2004 e dall'altro dal testo del Trattato che ha adottato la Costituzione europea (d'ora in avanti TC nel testo). Se infatti è indubbio che la “solita distanza europea tra il dire e il fare” è verificabile anche in questo settore, soprattutto a causa dei veti posti dagli Stati all'esercizio delle competenze dell'Unione e non dall'inerzia della Commissione¹², il rilievo che assume il TC in primo luogo, ed il richiamo ripetuto nelle conclusioni del Consiglio alle garanzie dei diritti fondamentali, costituiscono fattori innovativi da non sottovalutare.

Da un lato infatti, i diritti fondamentali, per loro natura si estendono anche alle persone provenienti dai paesi terzi, come dimostra la giurisprudenza costituzionale dei paesi membri dell'Unione, e quella italiana in particolare: si pensi alle garanzie a presidio della libertà personale, o al principio di parità di trattamento sui luoghi di lavoro o al diritto al ricongiungimento familiare. Dall'altro, le conclusioni adottate dal Consiglio nel 2004 indicano significativamente la Carta dei diritti, quale parametro da rispettare in relazione alle misure da adottare in materia di immigrazione e asilo. E ciò induce ulteriormente a collegare queste conclusioni al contenuto del TC, che ha raggiunto uno dei risultati più rilevanti provvedendo all'incorporazione della Carta europea dei diritti fondamentali.

Il positivo collegamento tra questi tre elementi, costituiti dall'indirizzo del Consiglio, dai contenuti della Carta e dalla sua incorporazione nel TC, produce due conseguenze sul terreno delle politiche in tema di immigrazione e asilo.

In primo luogo, si osserva come nell'ambito dell'attuazione del programma dell'Aia, adottato dal Consiglio, “devono essere pienamente rispettati i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali di cui alla parte II del Trattato costituzionale, comprese le note esplicative, nonché dalla Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati”¹³.

Il richiamo al rispetto della Carta non pare casuale, e può invece essere ricondotto a quell'orientamento che finora si è espresso in alcune significative decisioni giurisdizionali, secondo il quale i principi della Carta, pur nell'attuale fase transitoria in attesa dell'approvazione del Trattato

¹² Si veda G. Amato, *Immigrati, la Ue bloccata da troppi vincoli nazionali*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 agosto 2004, 1.

¹³ Si vedano le Conclusioni della Presidenza – Consiglio europeo di Bruxelles, 4/5 novembre 2004.

costituzionale, costituiscono già un punto di riferimento per la definizione del comune patrimonio costituzionale europeo¹⁴.

Inoltre, sotto il profilo del contenuto, come è stato rilevato da vari autori e malgrado le intenzioni riduttive originarie, che negavano il suo valore giuridico, la Carta contiene una serie di norme di principio che ampliano la tradizionale sfera dei diritti fondamentali. E ciò rileva anche in riferimento alle persone immigrate. In tal senso può richiamarsi il valore della dignità umana, dichiarata inviolabile dall'art. II 61 del TC (che incorpora la Carta), e che trova la sua esplicitazione nella "spiegazione" allegata, dove si afferma che "la dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali", e dove si richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ne ha sancito l'integrazione nel diritto dell'Unione.

Altre norme previste dalla Carta che assumono rilievo soprattutto quali presidi di garanzia della libertà personale sono quelle concernenti i diritti di libertà assicurati dall'art 5 della CEDU, incorporati nella Carta e recepiti dall'art. II 66 del Trattato costituzionale: come noto queste disposizioni indicano i casi nei quali è ammessa la restrizione della libertà personale, e tra queste è da richiamare la condizione di chi tenta di entrare illegalmente nel territorio di uno Stato ovvero sia oggetto di una procedura di espulsione.

In questo ambito è anche da richiamare l'art. II 79 della Costituzione, che vieta le espulsioni collettive e che nella logica delle norme dei protocolli CEDU, da cui trae origine, è finalizzato a garantire che ogni decisione di espulsione formi oggetto di un esame specifico e che non sia consentito espellere una pluralità di persone in quanto aventi una determinata nazionalità. Nella stessa prospettiva di tutela il par. 2 del medesimo articolo vieta le espulsioni verso paesi in cui esista un rischio serio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti degradanti: la norma recepisce i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 della CEDU.

Ancora sul versante delle norme di protezione, occorre riferirsi all'art. II 65 TC, che al par. 3 prevede il divieto della tratta degli esseri umani. Come si legge nelle "spiegazioni" allegate, la norma deriva dalla garanzia prevista per la tutela della dignità della persona, e trova una definizione del fenomeno nell'allegato della Convenzione Europol. Tra gli aspetti applicativi vanno richiamati il cap. VI della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che prevede l'impegno all'adozione di misure contro chiunque agevoli a scopo di lucro l'immigrazione clandestina, e la decisione quadro del Consiglio del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani.

¹⁴ Per una ricognizione di tali sentenze, che vanno da quelle della Corte di Giustizia delle comunità europee ad alcune significative conclusioni dell'Avvocato generale, al Tribunale costituzionale spagnolo, ed alla stessa Corte costituzionale italiana, si veda S. Gambino, *Diritti fondamentali europei e Trattato costituzionale*, pubblicato nella rivista on-line ASTRID-Rassegna n. 1/2005.

Sul versante dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e “spendibili” nell’ambito delle politiche di integrazione degli immigrati, sono invece da richiamare le disposizioni sulla non discriminazione, sulla libertà di circolazione, di lavoro e di associazione. In particolare, l’art. II 81 TC, prevedendo il divieto di qualunque discriminazione fondata sul sesso, la razza, il colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali, si indirizza agli organi dell’Unione ai fini dell’esercizio delle loro competenze, e si affianca all’altra norma di cui all’art. III 124 che consente all’Unione l’emanazione di leggi europee per stabilire misure necessarie a combattere le discriminazioni.

Infine, l’art. II 75 TC assicura ai cittadini dei paesi terzi autorizzati al lavoro negli Stati membri la parità di trattamento con i lavoratori europei, e l’art. II 72 TC garantisce ad ogni individuo il diritto di riunione e di associazione, secondo una formulazione che corrisponde, secondo le “spiegazioni” allegate, a quella dell’art. 11 della CEDU e che comprende pertanto anche la costituzione e l’adesione ad organizzazioni sindacali¹⁵.

Nella prospettiva dell’esame delle norme del Trattato costituzionale una ulteriore novità è rappresentata dalla disciplina delle competenze in materia di immigrazione e asilo. Queste si inseriscono nell’ambito dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, che è classificato dall’art. I 14 TC tra i settori di competenza concorrente nei quali possono intervenire leggi e leggi quadro europee, accanto alla disciplina statale, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

L’immigrazione e l’asilo rientrano quindi a pieno titolo tra le competenze dell’Unione, e come per altri settori viene superata la suddivisione tra i “pilastri” che fino al Trattato di Amsterdam aveva limitato formalmente la competenza europea in questi ambiti.

Inoltre, l’art. I 42 ha provveduto a “costituzionalizzare” le conclusioni del vertice di Tampere del 1999, specificando che l’Unione costituisce uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso l’adozione di leggi e leggi quadro intese a ravvicinare le normative degli Stati membri nelle materie di cui alla parte III (tra cui sono comprese l’asilo e l’immigrazione) e favorendo la reciproca fiducia tra gli Stati mediante il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziali ed extragiudiziali; la creazione dello spazio comune in questione è anche significativamente richiamato all’art. I 3 tra gli obiettivi dell’Unione, e ciò fa ritenere che il rispetto dei diritti fondamentali non costituisca più soltanto “un mero limite imposto all’azione delle istituzioni comunitarie” ma che esso debba essere interpretato secondo un indirizzo dinamico, secondo il quale le istituzioni europee sono chiamate

¹⁵ Più in generale, sui diritti fondamentali si veda M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea*, Bologna, 2004, 57 ss.

ad un ruolo promozionale, come indicato dall'art. 51 della Carta (II 111 TC), che specifica che gli organi europei sono chiamati a rispettare i diritti (sanciti dalla stessa Carta), osservarne i principi e promuoverne l'applicazione secondo le rispettive competenze.

Anche per questi richiami è quindi importante il riferimento ai diritti fondamentali operato nelle conclusioni del Consiglio del novembre 2004 da cui si è partiti.

L'esercizio delle competenze condivise in tema di circolazione dei cittadini dei paesi terzi costituirà quindi un banco di prova per l'Unione in questa materia. L'art. 45 della Carta (II 105 TC), oltre a garantire il diritto di libera circolazione e soggiorno per i cittadini europei, prevede che tale libertà possa essere estesa ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro.

In tal senso, l'attuazione di questa norma si collega all'esercizio delle competenze attribuite all'Unione dalla parte III, artt. 265 ss. TC, dedicata alle politiche relative ai controlli delle frontiere, all'asilo e all'immigrazione. L'area delle politiche richiamate e delle competenze che ne derivano sono quindi sistematizzate nell'ambito del TC, confermando gli esiti del Trattato di Amsterdam che aveva "comunitarizzato" questi settori; è inoltre previsto il passaggio alla procedura di codecisione, ferma restando la potestà degli Stati nella determinazione delle rispettive quote di immigrazione, in relazione alle esigenze dei rispettivi mercati del lavoro.

In particolare, l'art. III 265 richiama le competenze relative alla disciplina dei visti di breve durata, alla libertà di circolazione negli Stati membri per coloro che ne siano titolari, mentre l'art. III 267 è dedicato all'area delle competenze concernenti l'immigrazione di lunga durata, finalizzate allo sviluppo di "una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione clandestina e della tratta degli esseri umani". Oltre ai visti, anche per ricongiungimento familiare, questa materia comprende la definizione dei diritti degli immigrati regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, compresa la libertà di circolazione, le misure di allontanamento e di rimpatrio. A questo fine, l'Unione è abilitata a concludere accordi di riammissione nei paesi terzi di stranieri irregolari; inoltre, può varare misure di incentivazione all'integrazione.

Una nuova disposizione (art. III 268), che assume particolare rilievo per l'Italia, prevede che le politiche dell'Unione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione di responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Questa solidarietà potrà attivarsi in presenza di emergenze caratterizzate dall'afflusso straordinario e improvviso di cittadini di paesi terzi in uno Stato membro.

Infine, devono segnalarsi le competenze in tema di asilo, sottolineando il richiamo alla convenzione di Ginevra e ai protocolli relativi allo status di rifugiato. A questo fine la normativa europea dovrà disciplinare in modo uniforme tale status, prevedendo anche particolari forme di protezione sussidiaria a favore di coloro che pur non presentando i requisiti per l'asilo europeo necessitano di protezione internazionale, così come forme di protezione temporanea degli sfollati in caso di afflusso massiccio. Anche le relative procedure dovranno essere regolate secondo principi comuni.

Quali prospettive per una nuova revisione della legge sull'immigrazione ?

Se la valenza, anche simbolica, assunta dalla legge Bossi Fini nell'ambito del dibattito politico italiano negli ultimi anni, oltre alle disfunzioni evidenti nella sua attuazione, conducono a ritenere che ad un eventuale cambio della maggioranza politica farà seguito una nuova riforma, i contenuti cui essa dovrebbe ispirarsi restano ancora indefiniti. Per molti versi, può osservarsi che la situazione attuale appare ancor più problematica di quella nella quale, all'inizio della scorsa legislatura si decise di avviare un processo organico di riforma sfociato nella approvazione della legge n. 40/1998 e nel successivo testo unico n. 286. In quella fase era univocamente avvertita l'esigenza di uscire dall'emergenza di una legislazione per decreti che si era succeduta per anni¹⁶. Attualmente la situazione appare contraddittoria e per alcuni versi paradossale: si è proceduto alla revisione della l. n. 40/1998, oltre che con la l. n. 189/2002 con una serie di decreti legge che hanno suscitato varie critiche, tra i quali quello che ha attribuito competenza ai giudici di pace in materia di espulsioni¹⁷; è stata realizzata una sanatoria di vastissima portata (la più ampia tra quelle attuate in Europa), e la l. n. 189/2002 è rimasta in buona misura inapplicata, se si pensa alle difficoltà descritte in relazione alle norme sulle procedure di ingresso. A ciò si aggiunga che l'intera parte della legge dedicata alla riforma del diritto di asilo non ha trovato alcuna attuazione: il relativo regolamento è stato approvato con D.P.R. n. 303/2004, ed è entrato in vigore nel maggio 2005. Infine, le norme sulle espulsioni sono state ritenute illegittime dalla Corte costituzionale, e l'intera strumentazione del collegamento tra espulsione amministrativa e sanzioni penali attende una revisione complessiva. L'assenza di una benché minima programmazione nella materia è confermata dal Documento

¹⁶ Su questi sviluppi, legati alla legislazione dell'emergenza degli anni Novanta del secolo scorso, si veda R. Finocchi Ghersi, *Il testo unico sull'immigrazione*, in *questa Rivista*, 1999, 1, 5. Sottolineno come la fase attuale rappresenti un "convulso susseguirsi di normative che continuano a caratterizzare le politiche migratorie nel nostro Paese" L. Pepino, A. Caputo, *Giudice di pace, riserva di giurisdizione e libertà dagli arresti*, in *Questione Giustizia*, 2005, 1, 9.

¹⁷ Il riferimento è al decreto legge n. 241/2004, conv. dalla legge n. 271/2004, per il cui commento si rinvia allo scritto citato alla nota che precede. Il decreto è stato adottato a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 222/2004, (v. *supra* nel testo), ed ha attribuito al giudice di pace la competenza sui ricorsi avverso i provvedimenti di espulsione amministrativa e sulle convalide dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento nei centri di permanenza temporanea.

programmatico relativo alla politica dell'immigrazione per il triennio 2004-2006, approvato nel maggio 2005 e contenente dati e una base conoscitiva ampiamente superata in quanto riferita ancora al biennio 2002-2003.

In questo quadro, l'esigenza di riformare le procedure per l'ingresso regolare degli stranieri immigrati è da tempo avvertita. Nella prima fase di attuazione della l. n. 40/1998, lo strumento dello "sponsor" quale garante di ingressi per ricerca di lavoro era inteso come valvola permanente per facilitare gli ingressi regolari e limitare il ricorso alla clandestinità per gli immigrati che a determinate condizioni possono procurarsi un lavoro o un'altra forma di garanzia che ne consenta l'emersione". Ma il problema, specie dopo l'eliminazione da parte della legge n. 189 di questo strumento, indubbiamente permane ed è aggravato dalla riduzione del numero degli ingressi consentiti annualmente con le quote e dalla politica a favore dell'immigrazione per lavoro stagionale dell'attuale governo. In questa materia pare necessario, in prospettiva, intervenire su più fronti.

In primo luogo, occorre semplificare in modo radicale le procedure relative all'ingresso, al visto, al rinnovo del permesso ed al ricongiungimento familiare. In questo senso si dovrebbero eliminare o rivedere comunque tutte le prescrizioni che collegano il permesso a requisiti di reddito, introdurre forme di silenzio-assenso ed il rispetto di termini perentori, nonché un vero sportello unico che elimini le duplicazioni (visto, permesso, autorizzazione al lavoro). E' giusto riconoscere che in questa area l'innovazione della legge Turco-Napolitano fu limitata allo "sponsor" che ebbe però vita molto breve. Questo strumento dovrebbe essere riproposto, accanto alla possibilità di convertire i permessi brevi (anche per turismo) in permesso di lavoro. In questa direzione si muovano alcune proposte della CGIL.

L'obiezione da tener presente è che un sistema di questo tipo rischia di vanificare del tutto il sistema basato sulle quote, che invece merita di essere conservato, anche se con significativi correttivi rispetto alla situazione attuale. A questo scopo le quote potrebbero diventare uno strumento più flessibile, escludendo dalla loro area applicativa il lavoro domestico e di cura, per il quale dovrebbero operare gli strumenti cui si è fatto riferimento, e consentendo accordi di programma tra Regioni, associazioni datoriali ed enti locali per l'ingresso di manodopera anche in deroga. E' comunque opportuno che permanga uno strumento di governo del fenomeno migratorio, che in prospettiva dovrebbe sollecitare una riforma dell'amministrazione del settore sottraendone il monopolio al Ministero dell'interno.

Per evitare una eccessiva "visibilità politica" all'atto annuale di determinazione delle quote, che sollecita polemiche e spinte che riducono il numero degli ingressi consentiti, si potrebbe stabilire

nel documento programmatico triennale una quota annuale permanente, basata sulla serie storica degli ingressi verificatisi nell'ultimo quindicennio.

Infine, si osserva che il tema dell'assetto organizzativo e funzionale delle amministrazioni pubbliche che esercitano competenze in riferimento al fenomeno dell'immigrazione è rimasto in questi anni ai margini del dibattito che si è sviluppato nella materia.

Le analisi, specie in ambito giuridico e istituzionale, sono state rivolte soprattutto agli aspetti legati alla sicurezza e, per converso, all'esame critico delle norme che dovrebbero garantire l'immigrato, anche se clandestino, nel procedimento di espulsione. In questo senso, può ritenersi che l'attenzione degli studiosi sia stata condizionata dalle contrapposizioni del dibattito politico, che si è svolto pressoché interamente su questi temi.

In primo luogo, occorrerebbe procedere ad una ricognizione delle funzioni e della loro dislocazione nei vari livelli di governo. Da questo esame emerge l'alto grado di frammentazione attualmente esistente. Per giungere a proposte operative appare necessario esaminare l'impatto che le recenti riforme amministrative e costituzionali (riforma del titolo V della Costituzione) hanno prodotto sull'assetto, almeno formale, dei livelli di governo interessati. Queste norme di riforma sono contenute sia in atti generali, sia nelle leggi sull'immigrazione (es. disposizioni sullo "sportello unico").

Il profilo che sembra emergere è quello di una sostanziale estraneità dell'amministrazione dell'immigrazione ai processi di riforma in atto. Gli indirizzi recenti, favoriti anche dalle reiterate sanatorie di immigrati clandestini, sono indirizzati verso l'accentramento delle decisioni in capo al Ministero dell'interno, con la conseguente emarginazione di nuove funzioni, quali quelle connesse con l'integrazione dell'immigrazione di lungo periodo. Il fenomeno resta quindi dominato dalle esigenze di sicurezza, che seppure rilevanti non paiono in grado di fondare le basi di un assetto di governo dell'immigrazione nel quale possano esprimersi le esigenze di programmazione, selezione degli ingressi e di sostenibilità sociale del fenomeno.

Da questo esame scaturisce la necessità di una riforma amministrativa basata sulla razionalizzazione dell'assetto funzionale nei vari livelli di governo, allo scopo di superare la frammentazione attualmente esistente. La proposta potrebbe anche configurare il superamento del modello ministeriale ed il ricorso ad un'agenzia che, sul modello nordamericano, contribuisca allo scopo perseguito.

Un ultimo aspetto problematico, anch'esso connesso all'amministrazione, concerne la gestione dei Centri di permanenza temporanea. Qui il legislatore del 1998 scelse di istituire queste strutture finalizzate ai trattenimenti temporanei dello straniero da espellere al di fuori delle strutture penitenziarie, proprio per escludere l'assimilazione al carcere. Il paradosso è stato rappresentato

dall'attuazione che ne è seguita. Nell'ispirazione originaria la gestione avrebbe potuto essere realizzata anche con organismi associativi e del terzo settore, laddove in realtà essa è rifluita solo sugli organismi di pubblica sicurezza, con la conseguenza di contribuire all'incertezza delle garanzie e dello stato delle persone trattenute, in molti casi più disagiata e precaria di quanto non avvenga negli istituti di pena.