

## TECNICHE LEGISLATIVE E RISPETTO DI OBBLIGHI COMUNITARI NEI RECENTI INTERVENTI NORMATIVI IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

di *Adelina Adinolfi\**

SOMMARIO: 1. I recenti sviluppi normativi: finalità e strumenti di intervento. 2. Le tecniche normative utilizzate. 3. La compatibilità delle nuove normative con gli obblighi comunitari: qualità della normazione e attuazione di direttive. 4. La compatibilità con gli obblighi comunitari rispetto al contenuto dei recenti interventi normativi.

### 1. *I recenti sviluppi normativi: finalità e strumenti di intervento.*

La volontà politica di apportare con urgenza delle modifiche alle disposizioni vigenti in materia di immigrazione ha condotto, in un periodo di circa sei mesi, ad adottare un'ampia gamma di misure, assai varie per il contenuto e per le fonti utilizzate, miranti a rendere più rigorosi i requisiti per l'ingresso e il soggiorno degli stranieri. Tali misure – previste dal cd. “pacchetto sicurezza”<sup>1</sup> – si prestano a rilievi critici non solo in merito alla loro congruità rispetto al fine perseguito, ma anche sotto il profilo della tecnica normativa utilizzata nonché della conformità agli obblighi comunitari.

L'obiettivo generale di contenere il flusso migratorio e di arginare i fenomeni di criminalità posti in essere da immigrati si è tradotto, infatti, in

---

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Firenze.

<sup>1</sup> Tale “pacchetto”, adottato dal Consiglio dei ministri il 21 maggio 2008, comprende un decreto-legge (decreto-legge 23 maggio 2008 n. 92, “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, convertito con modificazioni dalla legge 23 luglio 2008 n. 125, in *Gazz. uff.* n. 173 del 2008), due disegni di legge (uno sulla sicurezza pubblica (d.d.l. Senato n. 733), presentato il 3 giugno 2008, e l'altro volto a prevedere l'adesione dell'Italia alla Convenzione di Prüm sull'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (d.d.l. Senato n. 995), presentato il 15 luglio 2008) e tre schemi di decreti legislativi: decreto legislativo recante modifiche al d.lgs 6 febbraio 2008 n. 30 sull'attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; decreto legislativo recante modifiche al d.lgs dell'8 gennaio 2007 n. 5 sull'attuazione della direttiva 2003/86/CE in materia di ricongiungimenti familiari dei cittadini stranieri; decreto legislativo recante modifiche e integrazioni al d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 sull'attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato.

normative - spesso prive di un adeguato coordinamento - attraverso le quali si è provveduto a modificare ed integrare, sotto disparati profili, le disposizioni vigenti. Alcune misure risultano, in definitiva, una “contro-riforma”, giacché eliminano delle modifiche in precedenza apportate alla cd. legge Bossi-Fini<sup>2</sup> ripristinandone, così, per certi aspetti, il testo originario; altre disposizioni aggiungono condizioni ulteriori o modificano quelle vigenti riguardo ai requisiti dell’ingresso o ai presupposti per il ricongiungimento familiare; altre ancora interessano il diritto penale, prevedendo nuove ipotesi di espulsione quale pena accessoria ad una misura di sicurezza ed introducendo la “aggravante di clandestinità” rispetto alla determinazione dell’entità della pena prevista per alcuni reati.

Tali nuove disposizioni, quindi, si configurano, per la tecnica utilizzata, quali mere “correzioni” - spesso apparentemente di dettaglio – delle normative in vigore ovvero come misure destinate ad affrontare situazioni di emergenza, talvolta peraltro di limitato carattere territoriale<sup>3</sup>; esse producono, tuttavia, conseguenze rilevanti rispetto alla disciplina dell’immigrazione nel suo complesso, ed incidono sul rispetto di obblighi comunitari, determinando situazioni di palese inadempimento o almeno di dubbia compatibilità. I recenti interventi normativi, inoltre, a motivo della soluzione tecnica prescelta, che porta ad innestare nuovi requisiti e condizioni in atti pre-vigenti, rendono assai difficile la ricostruzione della disciplina effettivamente applicabile e prescindono da qualsiasi strategia organica:

---

<sup>2</sup> Legge n. 189 del 30 luglio 2002, in *Gazz. uff.*, 26 agosto 2002, n. 199. Tale legge aveva a sua volta apportato delle modifiche al testo unico sull’immigrazione del 1998 (decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 recante “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, in *Gazz. uff.* n. 191 del 18 agosto 1998, suppl. ord. n. 139). Cfr., su tali sviluppi normativi, B. NASCIMBENE, *Orientamenti e norme nazionali in materia di immigrazione. L’incidenza del diritto internazionale e comunitario. Le iniziative di riforma e le modifiche in corso*, in *Rivista italiana dir. pubbl. com.*, 2008, p. 719 ss.

<sup>3</sup> Ci si intende riferire alla dichiarazione dello stato di emergenza adottata, per la durata di un anno, al fine di fronteggiare la situazione determinatasi in alcune regioni in relazione ad insediamenti di comunità nomadi. Tale dichiarazione è stata inizialmente adottata per le regioni Campania, Lazio e Lombardia (decreto del presidente del Consiglio dei ministri del 21 maggio 2008, in *Gazz. uff.* del 26 maggio 2008 n. 122), e poi estesa a tutto il territorio nazionale (fino al 31 dicembre 2008) a motivo delle “dimensioni sempre più preoccupanti” del “persistente afflusso di stranieri extracomunitari irregolari” (decreto del presidente del Consiglio dei ministri del 25 luglio 2008, in *Gazz. uff.* del 28 luglio 2008 n. 175). A tale dichiarazione hanno fatto seguito alcune ordinanze (ordinanze del presidente del Consiglio dei ministri nn. 3676, 3677 e 3678, del 30 maggio 2008, recanti “Disposizioni urgenti di protezione per fronteggiare lo stato di emergenza in relazione agli insediamenti di comunità nomadi” da applicarsi, rispettivamente, nel territorio delle regioni oggetto della dichiarazione di stato di emergenza del 21 maggio, *Gazz. uff.* del 31 maggio 2008, n. 127), in base alle quali sono stati tra l’altro previsti il “monitoraggio dei campi autorizzati in cui sono presenti comunità nomadi...” e “l’identificazione e censimento delle persone anche minori di età...” presenti in tali campi.

ciò anche per la logica essenzialmente “emergenziale” alla quale tali interventi sono improntati. Se questa scelta si presta a rilievi critici di carattere generale circa la qualità della legislazione, nella specifica materia dell’ingresso e del soggiorno dello straniero essa comporta conseguenze particolarmente pregiudizievoli; in tale materia, infatti, si impone l’esigenza di una disciplina di carattere organico e chiaramente definita, sia per evitare la varietà della prassi (che si accentua in presenza di normative di difficile lettura), sia perché sussistono profonde interrelazioni tra le diverse regole che compongono il quadro normativo.

## 2. *Le tecniche normative utilizzate.*

Tra le disposizioni recentemente adottate, un primo gruppo ha recato modifiche a decreti legislativi di attuazione di direttive comunitarie<sup>4</sup>. Tale tecnica è stata seguita al fine di rendere più rigorose le normative di attuazione della direttiva concernente le procedure per il riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato<sup>5</sup> e della direttiva sul ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi<sup>6</sup>. In entrambi i casi l’esercizio del potere normativo è stato fondato sull’art. 1, comma 5, della legge comunitaria per il 2004<sup>7</sup>, ai sensi del quale, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di attuazione di direttive previsti dalla stessa legge, “il Governo può emanare...disposizioni integrative e correttive” dei medesimi. Una particolare tecnica è stata seguita, tuttavia, riguardo al decreto legislativo “correttivo” sul ricongiungimento familiare; infatti,

---

<sup>4</sup> Si tratta del decreto legislativo 3 ottobre 2008 n. 159 “recante modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 28 gennaio 2008 n. 25, recante attuazione della direttiva 2005/85/CE relativa alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato” e del decreto legislativo del 3 ottobre 2008 n. 160 “recante modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 gennaio 2007 n. 5, recante attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare” (*Gazz. uff.* del 21 ottobre 2008, n. 247). Una ricostruzione della prassi relativa ai decreti “correttivi” in materia di immigrazione è compiuta da R. ZACCARIA e E. ALBANESI (*La delega legislativa tra teoria e prassi*, relazione al seminario *La delega legislativa*, Corte costituzionale, 24 ottobre 2008), poiché questa appare emblematica dei “varchi nel sistema delle fonti che consentono al governo di eludere agevolmente i limiti di cui all’art. 76 Cost.....”, p. 6.

<sup>5</sup> Direttiva 2005/85/CE del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, in *GUUE* L 326 del 1° dicembre 2005, p. 13 ss. (attuata nell’ordinamento italiano con il decreto legislativo n. 25 del 2008).

<sup>6</sup> Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *GUUE* L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12 ss. (attuata nell’ordinamento italiano con il decreto legislativo n. 5 del 2007).

<sup>7</sup> Legge 18 aprile 2005 n. 62, “Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004”, *Gazz. uff.* n. 96 del 27 aprile 2005, suppl. ord. n. 76.

nell'imminenza della scadenza del termine previsto dalla legge comunitaria, con il decreto-legge n. 112 del 25 giugno 2008 "recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" (convertito dalla legge n. 133 del 6 agosto 2008)<sup>8</sup>, si è prorogato di un periodo di tre mesi il termine per l'esercizio del potere delegato. E' stato esteso, così, ricorrendo alla decretazione d'urgenza, il termine della delega rispetto a quanto previsto dalla legge comunitaria, consentendo, in sostanza, l'esercizio del potere normativo da parte del governo oltre il termine che era apparso congruo, in via generale, nella legge che tale potere ha conferito<sup>9</sup>.

Per il loro contenuto, le nuove disposizioni non sembrano presentare carattere meramente correttivo o integrativo, ma perseguono il fine, peraltro ben esplicitato nelle relazioni illustrative degli stessi decreti<sup>10</sup>, di rendere più restrittivi i requisiti previsti per l'ingresso degli stranieri e di evitare un uso abusivo, rispettivamente, del ricongiungimento familiare e della richiesta di asilo. In effetti, sarebbe difficile sostenere, ad esempio, il carattere meramente correttivo o integrativo della disposizione che eleva il limite di reddito necessario ai fini del ricongiungimento<sup>11</sup>, ovvero di quella che consente l'ingresso dei figli maggiorenni a

---

<sup>8</sup> Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112, in *Gazz. uff.* del 21 agosto 2008, suppl. ord. n. 196; la stessa legge ha altresì prorogato il termine per l'esercizio del potere di delega integrativa e correttiva del decreto legislativo di attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. E' del tutto evidente come difetti un collegamento tra l'oggetto del decreto-legge e quello delle normative interessate dalla proroga del periodo di delega; in merito alla mancanza di collegamento rispetto a determinate disposizioni inserite in un decreto-legge sulla finanza pubblica, si veda da ultimo l'orientamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 128 del 16 aprile 2008.

<sup>9</sup> Sulla prassi recente diretta ad utilizzare il decreto-legge ai fini della proroga di termini previsti da disposizioni legislative cfr. G. TARLI BARBIERI, *Analisi di alcuni casi emblematici di patologie del decreto legge milleproroghe*, in questa Rivista, 2008, n. 2.

<sup>10</sup> Nella relazione relativa al decreto sul ricongiungimento familiare si legge che "sono introdotte alcune condizioni limitative dell'esercizio del diritto al ricongiungimento...", nella relazione tecnico-normativa che "il provvedimento mira a rendere più rigorose le condizioni per il ricongiungimento familiare" (par. B) e nell'analisi di impatto della regolamentazione che "le nuove disposizioni mirano a circoscrivere e rendere più rigorose le condizioni per l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare". Nella relazione relativa al decreto sul riconoscimento dello *status* di rifugiato si afferma che questo tende "al fine di evitare che la domanda di asilo sia lo strumento per permanere in Italia senza averne i requisiti"; si veda anche il Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 18 del 23 settembre 2008 ([www.governo.it](http://www.governo.it)) nel quale è indicato che tale decreto è "teso ad evitare strumentalizzazioni nella presentazione della domanda di asilo".

<sup>11</sup> L'art. 7 del decreto n. 160 del 2008 eleva i requisiti di reddito rispetto a quelli previsti dal decreto n. 5 del 2007: mentre quest'ultimo consentiva il ricongiungimento con un familiare a condizione che lo straniero disponesse di un reddito non inferiore all'assegno sociale, con le modifiche ora introdotte occorre invece che tale importo sia aumentato della metà per ogni familiare

carico dello straniero solo nel caso della loro “invalidità totale”<sup>12</sup>. E’ evidente come in tal modo si inseriscano, in realtà, nell’ordinamento nazionale nuove disposizioni, che modificano in modo significativo, rendendoli più rigorosi, i presupposti per il ricongiungimento familiare. Inoltre, se è vero che restano formalmente invariate le categorie dei familiari con i quali, in base al decreto legislativo 5/2007, può essere ottenuto il ricongiungimento<sup>13</sup>, si incide tuttavia sulla loro concreta definizione; ciò risulta con evidenza rispetto alla disposizione che preclude il ricongiungimento con il coniuge qualora questi abbia età inferiore ai diciotto anni. In tale ipotesi la “correzione” si esplica, in sostanza, nella soppressione di un diritto che, a certe condizioni, era invece riconosciuto sulla base del decreto legislativo novellato.

Rispetto alla qualificazione delle disposizioni aventi carattere correttivo o integrativo, la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato come sia consentito intervenire “solo in funzione di correzione o integrazione delle norme delegate già emanate, e non già in funzione di un esercizio tardivo ....della delega ‘principale’”<sup>14</sup>; occorre, inoltre, che “si rispettino pienamente i medesimi principi e criteri direttivi già imposti per l’esercizio della medesima delega ‘principale’”. Alcune indicazioni si riscontrano nel parere del Consiglio di Stato del 6 giugno 2007 ove si afferma che il potere correttivo può consistere nel “garantire la qualità formale, e in particolare l’eliminazione di illegittimità costituzionali o comunitarie nonché di errori tecnici, illogicità, contraddizioni”<sup>15</sup>. Nel caso che qui interessa, è palese come non si sia certo realizzato un miglioramento formale della qualità della normativa vigente, poiché le modifiche apportate rendono più complessa - e per certi versi oscura<sup>16</sup> - la formulazione dei decreti novellati. Né si potrebbe sostenere

---

da ricongiungere (per cui, ad es., ai fini del ricongiungimento con tre familiari occorre un reddito pari ad almeno due volte e mezzo l’assegno, mentre in base alla normativa previgente l’importo era in tal caso pari al doppio dell’assegno).

<sup>12</sup> Alla disposizione enunciata dal decreto n. 5 del 2007 che, riproducendo testualmente la direttiva, prevede che i figli maggiorenni a carico sono ammessi al ricongiungimento “qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute”, si aggiunge ora “che comporti invalidità totale”.

<sup>13</sup> Nell’analisi di impatto della regolamentazione si evidenzia che “il provvedimento modifica la disciplina del ricongiungimento familiare dei cittadini stranieri..... lasciando invariate le categorie di familiari per i quali si può chiedere il ricongiungimento e intervenendo, in senso restrittivo, sui presupposti dell’esercizio del diritto”.

<sup>14</sup> Sentenza n. 206 del 26 giugno 2001. Cfr. in merito N. LUPO, *Un criterio (ancora un po’ incerto) per distinguere tra decreti legislativi correttivi “veri” e “falsi”*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2661 ss.

<sup>15</sup> Adunanza generale, 6 giugno 2007, n. 1750, par. 3.2.

<sup>16</sup> Si veda quanto indicato poco oltre, nel par. 3.

che i recenti decreti provvedano ad estendere l'oggetto dei decreti legislativi modificati – come sarebbe ammissibile secondo l'indicato parere del Consiglio di Stato<sup>17</sup> – poiché essi portano invece a sopprimere dei diritti in precedenza enunciati o a limitare, rendendola più gravosa, la possibilità del loro esercizio. E' da escludere, inoltre, che i nuovi decreti tendano alla eliminazione di incompatibilità con il diritto comunitario giacché le modifiche da essi introdotte, piuttosto che procedere in tal senso, suscitano invece, come si accennerà poco oltre, alcuni dubbi di conformità rispetto ad obblighi posti da direttive comunitarie già attuate. Si potrebbe anzi osservare che i recenti decreti, benché la legge comunitaria abbia conferito il potere delegato al fine di consentire l'attuazione di direttive, non tendono ad apportare le modifiche necessarie per l'adempimento di obblighi comunitari, bensì rivedono in senso restrittivo la normativa di attuazione<sup>18</sup>.

Altre norme in materia di immigrazione sono state introdotte mediante il ricorso allo strumento del decreto-legge, giustificando i requisiti di straordinaria necessità ed urgenza con l'esigenza di "introdurre disposizioni volte ad apprestare un quadro normativo più efficiente per contrastare fenomeni di illegalità diffusa collegati all'immigrazione illegale e alla criminalità organizzata"<sup>19</sup>. Si può tuttavia rilevare come con il decreto-legge n. 92/2008 - che presenta peraltro un contenuto alquanto eterogeneo<sup>20</sup> – si tenda, in effetti, ad affrontare situazioni di irregolarità già da tempo diffuse, in particolare prevedendo l'espulsione di stranieri che si rendano responsabili di determinati reati. Il carattere di "urgenza" pare collegato, piuttosto, alla volontà politica di adottare delle misure rigorose a motivo delle reazioni manifestate dall'opinione pubblica in seguito alla commissione di alcuni reati da

---

<sup>17</sup> Nel quale si legge che "non sembra che si possa andare oltre al semplice ampliamento dell'oggetto del primo decreto legislativo a quei profili della materia delegata ... trascurati in prima attuazione" (par. 3.2).

<sup>18</sup> L'uso "distorto che, nel caso concreto, è stato fatto del potere correttivo ed integrativo delegato al Governo" è stato rilevato da R. Zaccaria nell'ambito del comitato legislazione della Camera dei deputati (riunione del 2 luglio 2008).

<sup>19</sup> Così il già citato decreto-legge n. 92 del 23 maggio 2008, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica; la legge di conversione del decreto-legge (sulla quale è stata posta la questione di fiducia) ha, con un emendamento, interamente sostituito il testo del decreto-legge. Occorre peraltro considerare che, secondo un recente orientamento della Corte costituzionale, la legge di conversione non avrebbe "efficacia sanante" allorché difettino i requisiti di cui all'art. 77, secondo comma, della Costituzione (sentenza n. 171 del 2007; cfr. anche la sentenza n. 128 del 16 aprile 2008).

<sup>20</sup> L'atto concerne anche la sicurezza stradale, motivando a tale riguardo il ricorso al decreto-legge con la necessità di "tutelare la sicurezza della circolazione stradale in relazione all'incremento degli incidenti stradali e delle relative vittime".

parte di stranieri; tale orientamento si fonda, quindi, sul presupposto che tali reati siano da porre in relazione con l'inadeguatezza degli strumenti sanzionatori piuttosto che con la difficoltà di garantire in modo efficace il controllo del territorio e la prevenzione dei comportamenti criminosi. Considerazioni non dissimili, sotto il profilo del requisito dell'urgenza, potrebbero svolgersi in relazione ad un recente decreto-legge, adottato il 2 ottobre scorso, con il quale si provvede a stanziare dei finanziamenti per l'ampliamento dei centri di identificazione temporanea<sup>21</sup>; l'urgenza è giustificata, nel decreto, con il fine di "fronteggiare l'intensificarsi del fenomeno di immigrazione clandestina", nonché con quello di "garantire la più rapida attuazione della normativa europea". In mancanza di un preciso riferimento alla "normativa europea" alla quale si vorrebbe dare attuazione, si può presumere che dovrebbe trattarsi della proposta di direttiva sul rimpatrio alla quale – con insolita sollecitudine – si intenderebbe dare seguito, prima ancora della sua emanazione<sup>22</sup>, attraverso la decretazione d'urgenza; tale proposta non prevede, comunque, che debbano essere istituiti né ampliati centri di identificazione, ma richiede che il trattenimento in questi ultimi sia previsto "soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l'allontanamento", per un periodo che non può di regola superare i sei mesi<sup>23</sup>.

### 3. *La compatibilità delle nuove normative con gli obblighi comunitari: qualità della normazione e attuazione di direttive.*

Le disposizioni adottate apportano, come si è sopra indicato, modifiche a decreti legislativi di attuazione di direttive comunitarie o, comunque, incidono su settori nei quali rilevano obblighi posti dal Trattato istitutivo. Esse devono perciò essere valutate sotto il profilo della conformità dell'ordinamento nazionale agli

---

<sup>21</sup> Decreto-legge 2 ottobre 2008 n. 151, *Gazz. uff.* 2 ottobre 2008, n. 231. Il disegno della legge di conversione (Atti Senato n. 1072), sottoposto all'esame delle commissioni riunite affari costituzionali e giustizia, è stato approvato dal Senato il 30 ottobre 2008.

<sup>22</sup> In applicazione della procedura di co-decisione, il Parlamento europeo ha adottato la proposta il 18 giugno 2008, ma a ciò non ha poi fatto seguito la necessaria approvazione da parte del Consiglio. Rinvio in proposito, per alcune osservazioni sull'incidenza che tale proposta (se adottata) potrebbe produrre negli ordinamenti interni, al mio commento *Linea comune sul rimpatrio dei clandestini indebolita dall'ampia flessibilità normativa*, in *Guida al diritto*, 19 luglio 2008, n. 29, p. 6 s.

<sup>23</sup> Gli Stati membri possono prolungare il trattenimento per un periodo "non superiore ad altri dodici mesi" qualora, "nonostante siano stati compiuti tutti gli sforzi che è lecito aspettarsi", la procedura si protragga a causa dalla mancata cooperazione da parte dello straniero o di ritardi nell'ottenimento della documentazione da parte dello Stato terzo (art. 15).

obblighi comunitari. Peraltro, i nuovi decreti legislativi, adottati sulla base della legge comunitaria, devono conformarsi ai principi e criteri direttivi enunciati da quest'ultima e, quindi, devono tendere, anche ai fini del rispetto delle condizioni della delega, a dare puntuale attuazione agli obblighi posti dalle stesse direttive<sup>24</sup>.

Nella valutazione della conformità agli obblighi comunitari, un primo profilo attiene alla tecnica normativa utilizzata: intervenendo su disposizioni vigenti che erano talora già state in precedenza novellate, si è resa assai ardua la lettura del “testo unico” sull’immigrazione (decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286) che aveva in origine, invece, proprio la funzione di assicurare una disciplina di carattere organico e coerente. Del resto, varie disposizioni del testo unico già erano in precedenza state modificate<sup>25</sup>. Si può ricordare, ad esempio, che rispetto al ricongiungimento familiare le recenti misure “correttive” interessano un decreto legislativo (il decreto 8 gennaio 2007 n. 5) che, a sua volta, aveva sostituito un articolo del testo unico sull’immigrazione ed altresì aggiunto a quest’ultimo un nuovo articolo (l’art. 29 *bis*)<sup>26</sup>. Una situazione di scarsa chiarezza si riscontra anche in merito alle disposizioni di attuazione della direttiva 2004/38 sull’ingresso e soggiorno dei cittadini di Stati membri: la direttiva, infatti, è stata attuata con il decreto legislativo n. 30 del 2007, che è stato modificato dapprima da due decreti-legge del 2007 decaduti per mancata conversione<sup>27</sup>, e poi dal decreto legislativo

---

<sup>24</sup> La legge comunitaria 2004 enuncia, riguardo all’esercizio del potere conferito al governo per l’attuazione delle due direttive in questione, solo i principi e criteri direttivi di carattere generale indicati dall’art. 2 “in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare” (art. 2, par. 1), senza stabilire criteri specifici di delega legislativa. Giacché la direttiva sul ricongiungimento familiare e quella sulla procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato enunciano, come si indicherà poco oltre (*infra*, par. 4), delle disposizioni che, essendo assai flessibili, lasciano un’ampia discrezionalità agli Stati membri, ne deriva, in sostanza, uno spazio di apprezzamento assai vasto per il governo, poiché questo non trova, nelle direttive da attuare, criteri rigorosi per l’esercizio del potere normativo delegato. Inoltre, è stato notato che il decreto n. 159/2008 concerne anche aspetti del trattamento dei richiedenti asilo che non sono oggetto della direttiva 2005/85/CE: R. ZACCARIA, E. ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, cit., p. 23.

<sup>25</sup> In definitiva, il testo unico si configura come una “normativa base”, che viene modificata rendendola più ampia o più restrittiva secondo l’orientamento politico del momento. Sulle varie modifiche apportate al testo unico cfr. B. NASCIBENE, cit., p. 726.

<sup>26</sup> Decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 recante “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, in *Gazz. uff.* n. 191 del 18 agosto 1998, suppl. ord. n. 139.

<sup>27</sup> Decreto-legge del 1° novembre 2007, n. 181 (“Disposizioni urgenti in materia di allontanamento dal territorio nazionale per esigenze di pubblica sicurezza”, in *Gazz. Uff.* n. 255 del 2 novembre 2007) e decreto-legge del 29 dicembre 2007 n. 249 (“Misure urgenti in materia di espulsioni e di allontanamenti per terrorismo e per motivi imperativi di pubblica sicurezza”, in *Gazz. Uff.* n. 1 del 2 gennaio 2008).

2008 n. 32<sup>28</sup>; il “pacchetto sicurezza” comprende uno schema di decreto legislativo diretto ad introdurre ulteriori modifiche a tali disposizioni<sup>29</sup>.

Si può facilmente rilevare come la stratificazione normativa che risulta dai nuovi interventi legislativi appaia in contrasto con i principi, enunciati dalla Corte di giustizia, alla stregua dei quali le normative interne di attuazione di direttive comunitarie devono rispondere a criteri di chiarezza e trasparenza. Infatti, gli Stati membri sono tenuti, in attuazione di obblighi comunitari, ad adottare “disposizioni atte a delineare situazioni abbastanza precise, chiare e trasparenti per consentire ai singoli di conoscere i propri diritti e di avvalersene”<sup>30</sup>. Tale esigenza è funzionale, nella giurisprudenza della Corte, alla tutela effettiva delle persone riguardo ai diritti conferiti da norme comunitarie. Un analogo orientamento è stato seguito dalla Corte di giustizia anche in ipotesi nelle quali la formulazione oscura della norma poteva dare luogo ad interpretazioni giurisprudenziali non conformi agli obblighi comunitari<sup>31</sup>. La mancanza di chiarezza dell’assetto normativo e la variabilità della prassi che può derivarne potrebbe già di per sé, quindi, determinare un intervento della Commissione volto a contestare una violazione di obblighi comunitari.

#### 4. *La compatibilità con gli obblighi comunitari rispetto al contenuto dei recenti interventi normativi.*

Sotto il profilo della conformità dei contenuti normativi agli obblighi posti da direttive comunitarie, occorre anzitutto considerare se siano ammissibili disposizioni nazionali che rendano più gravose le condizioni, già previste dalla normativa di attuazione, per l’esercizio di un diritto attribuito in virtù di direttive. E’ vero che tali disposizioni possono essere comunque conformi ai “requisiti minimi” posti dalle direttive comunitarie; una tale situazione si può facilmente verificare in relazione a direttive che (come quelle sul ricongiungimento familiare e sul riconoscimento dello *status* di rifugiato) lasciano un ampio spazio discrezionale agli Stati membri, consentendo di subordinare ad una varietà di condizioni l’esercizio

---

<sup>28</sup> In merito alla conformità della normativa italiana alla direttiva 38/2004/CE cfr. M. DI FILIPPO, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l’ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell’attuazione della direttiva 2004/38/CE*, in *Rivista dir. internaz.*, 2008, p. 420 ss.

<sup>29</sup> Cfr. *infra*, par. 4.

<sup>30</sup> Così la sentenza 30 maggio 1991, *Commissione c. Germania*, causa C-59/89 in *Raccolta*, p. I-2607 ss., par. 28.

<sup>31</sup> Ciò ha portato la Corte di giustizia a dichiarare l’inadempimento dell’Italia nella sentenza 9 dicembre 2003, *Commissione c. Italia*, causa C-129/00, in *Raccolta*, p. I-13637 ss.

dei diritti che sono da queste enunciati. L'adozione di normative più rigorose di quelle in precedenza emanate in attuazione di una direttiva può, quindi, risultare conforme agli obblighi posti da quest'ultima. Un limite al riguardo può configurarsi solo in relazione alle direttive che contengono una "clausola di non regresso", vietando al legislatore nazionale di abbassare, nell'occasione dell'attuazione di una direttiva, il livello di tutela già previsto nell'ordinamento. Tale clausola – che non si riscontra, tuttavia, nelle due direttive oggetto del recente intervento normativo – tende ad evitare che l'adozione di direttive che pongono obblighi di tutela meno elevati rispetto a quelli già previsti in uno Stato membro determinino una modifica *in pejus* dell'ordinamento nazionale. Benché dalla giurisprudenza comunitaria non risulti valorizzata la rilevanza pratica di tali clausole<sup>32</sup>, in presenza di queste potrebbe essere dichiarato inadempiente lo Stato membro che, dopo aver attuato la direttiva introducendo delle normative più favorevoli rispetto a quelle da essa richieste, con un successivo intervento normativo abbassi il livello di tutela, eventualmente attestandosi sul requisito minimo richiesto ai fini della conformità all'obbligo comunitario.

Riguardo ai contenuti dei recenti interventi normativi si prospettano, senza volere qui compierne un'analisi puntuale, vari dubbi di conformità rispetto agli obblighi comunitari. I rilievi maggiormente significativi concernono i limiti al soggiorno dei cittadini di Stati membri; in tal caso, infatti, gli obblighi che derivano dal diritto comunitario sono molto stringenti ed è perciò lasciato uno spazio discrezionale assai ristretto al legislatore nazionale. Per alcuni aspetti, la mancanza di conformità è del tutto evidente, come, ad esempio, riguardo all'espulsione "automatica" dei cittadini dell'Unione europea che abbiano commesso determinati reati, prevista dal decreto legge che ha modificato in tal senso l'art. 235 del codice penale<sup>33</sup>. Profili assai evidenti di non conformità si riscontrano altresì nello schema

---

<sup>32</sup> Secondo quanto risulta dalla sentenza 22 novembre 2005 resa nel caso *Mangold* (causa C-144/04, in *Raccolta*, 2005, p. I-9981 ss.), il divieto di *reformatio in peius* concernerebbe solo le misure nazionali volte all'attuazione di una direttiva e non altre normative nazionali che, con una diversa motivazione – in quel caso, l'obiettivo di incentivare l'occupazione dei lavoratori di età superiore ai 52 anni - , comportino un abbassamento del livello di tutela in precedenza stabilito. Più precisamente, l'obbligo degli Stati membri di non abbassare il livello di tutela opererebbe rispetto sia alla "iniziale trasposizione della direttiva" sia ad "ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto" (par. 51), ma non riguarderebbe una normativa che "non è in alcun modo collegata con l'applicazione" della direttiva (par. 52).

<sup>33</sup> La legge n. 125/2008 estende, infatti, le ipotesi di espulsione giudiziale apportando modifiche all'art. 235 del codice penale; si prevede che sia ordinato dal giudice l'allontanamento

di decreto legislativo tendente a modificare la normativa di attuazione della direttiva 2004/38<sup>34</sup>.

Gli schemi dei due decreti legislativi sul ricongiungimento familiare e sulla domanda di asilo sono stati sottoposti all'esame preliminare della Commissione comunitaria affinché ne valutasse la compatibilità con le direttive. Tale procedura risponde, del resto, ad un obbligo che era già stato posto da una decisione adottata dalla Commissione nel 1985 e successivamente ridefinito da ulteriori decisioni<sup>35</sup>. La

---

“oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea sia condannato alla reclusione per un tempo superiore ai due anni” (art. 1, par. 1, lett. a). Com'è evidente, tale disposizione è in contrasto con il principio affermato dalla Corte di giustizia secondo il quale il Trattato non consente “un collegamento sistematico e automatico tra una condanna penale e un provvedimento di espulsione” (sentenza 7 giugno 2007, *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-50/06, in *Raccolta*, 2007, p. 4383 ss., par. 46). Per un esame della conformità agli obblighi comunitari della legge n. 125/2008, mi permetto di rinviare allo scritto “*Pacchetto sicurezza e violazioni (...sicure) di obblighi comunitari*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 1116 ss.

<sup>34</sup> Lo schema di decreto prevede, tra l'altro, che i motivi imperativi di pubblica sicurezza che possono dare luogo all'allontanamento “sussistono in ogni caso se la persona non abbia provveduto alla iscrizione ... o alla richiesta della Carta di soggiorno...” (art. 1, par. 1, lett. h). Ciò è in palese contrasto con la direttiva 2004/38/CE che prevede che l'inadempimento dell'obbligo di iscrizione possa solo rendere “l'interessato passibile di sanzioni proporzionate e non discriminatorie” (art. 8, par. 2). La direttiva tende, peraltro, a codificare quanto risulta con chiarezza dalla giurisprudenza della Corte, secondo la quale il rilascio di un documento richiesto ai fini del soggiorno “va ... considerato non già come un atto costitutivo di diritti, ma come un atto destinato a comprovare, da parte di uno Stato membro, la posizione individuale del cittadino di un altro Stato membro nei confronti delle norme comunitarie”; perciò, “la semplice omissione, da parte del cittadino di uno Stato membro, delle formalità di legge relative all'ingresso, al trasferimento ed al soggiorno degli stranieri non può giustificare un provvedimento d'espulsione” (sentenza 8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, in *Raccolta*, p. 500 ss.). Pare, del resto, che tale schema di decreto legislativo non sarà adottato proprio in ragione delle obiezioni avanzate dalla Commissione europea; così risulta dalla audizione resa dal Ministro dell'interno, il 15 ottobre 2008, al “Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione”, nel corso della quale il Ministro ha affermato: “rispetto l'opinione del commissario europeo, anche se non la condivido, e quindi evito di modificare il decreto del 2007 semplicemente per dire che tra gli imperativi motivi di ordine pubblico la violazione della direttiva n. 38 del 2004 non comporta l'espulsione ma il semplice invito ad andarsene...” (resoconto stenografico, bozza non corretta, p. 23, in [www.camera.it](http://www.camera.it)).

<sup>35</sup> Decisione 85/381/CEE che istituisce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti degli Stati terzi, in *GUCE* L 217 del 14 agosto 1985. A seguito di una pronuncia della Corte di giustizia che ha annullato tale atto (sentenza 9 luglio 1987, causa 281/85, *Germania e al. c. Commissione*, in *Raccolta*, p. 3203 ss.), il contenuto è stato ripreso con alcune modifiche dalla decisione 88/384/CEE (*GUCE* L 183 del 14 luglio 1988). Questa impone agli Stati membri di informare la Commissione “in tempo utile e al più tardi al momento in cui i progetti sono resi pubblici” in merito ai “progetti di misure che essi intendono prendere nei confronti di lavoratori cittadini dei paesi terzi e dei loro familiari ...” (art. 1, par. 1); si prevede altresì che nel termine di due settimane la Commissione può richiedere che i progetti trasmessi formino “oggetto di concertazione tra gli Stati membri e la Commissione” (art. 2, par. 1). La decisione 2006/688/CE del 5 ottobre 2006, che istituisce un meccanismo d'informazione reciproca sulle misure degli Stati membri nei settori dell'asilo e dell'immigrazione (*GUUE* L 283 del 14 ottobre 2006, p. 40 ss.), ha esteso l'obbligo di comunicazione prevedendo che debbano essere trasmesse le misure che gli Stati intendono adottare “nei settori dell'asilo e dell'immigrazione” (e, quindi, non solo, come in base alla decisione del 1988, quelle concernenti i *lavoratori stranieri*), ma

circostanza che gli schemi dei decreti trasmessi dal governo alla Commissione abbiano “superato positivamente la verifica di compatibilità con l’ordinamento comunitario”<sup>36</sup> non esclude, tuttavia, che la prassi applicativa possa portare la Commissione ad una valutazione di non conformità dell’ordinamento nazionale. In particolare, si potrebbe configurare una violazione degli obblighi comunitari qualora l’applicazione dei nuovi requisiti per il ricongiungimento o per la richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato rendesse praticamente impossibile l’esame di una domanda o conducesse a protrarre l’*iter* oltre il termine massimo previsto, rispettivamente, dalle direttive<sup>37</sup>. Una tale evenienza si potrebbe verificare, ad esempio, riguardo all’esame del DNA di un minore, che il recente decreto richiede, in certi casi, al fine di accertare il rapporto di filiazione con lo straniero che chiede il ricongiungimento<sup>38</sup>. Un’ulteriore ipotesi potrebbe concernere, tra l’altro, la prassi applicativa relativa alla nuova regola enunciata dal decreto legislativo sulle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, in base alla quale la domanda può essere respinta anche quando risulta che “è stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l’esecuzione di un provvedimento di espulsione o respingimento”; ciò affida alle autorità competenti una valutazione ampiamente discrezionale (diretta, in definitiva, ad accertare l’intendimento soggettivo dello straniero) che potrebbe eventualmente risolversi in una violazione degli obblighi comunitari<sup>39</sup>.

---

lo condiziona al requisito che “dette misure siano di dominio pubblico e possano avere un impatto significativo su diversi Stati membri o sull’Unione europea in generale” (art. 2, par. 1).

<sup>36</sup> Presidenza del Consiglio dei ministri, comunicato-stampa del 23 settembre 2008, n. 18 ([www.governo.it](http://www.governo.it)). Nella relazione illustrativa del decreto sul ricongiungimento familiare si indica che il provvedimento, dopo il vaglio del Consiglio dei ministri nella seduta del 1° agosto 2008 “è stato inviato alla Commissione europea che non ha chiesto modifiche al testo”.

<sup>37</sup> La direttiva sul ricongiungimento familiare prevede che la domanda debba essere esaminata entro il termine di nove mesi (art. 5, par. 4), e quella sull’asilo “quanto prima possibile” (art. 23, par. 2).

<sup>38</sup> L’esame è previsto quando gli stati familiari “non possano essere documentati in modo certo mediante certificati o attestazioni rilasciati da competenti autorità straniere”; le ipotesi nelle quali esso dovrebbe essere effettuato sono enunciate dal decreto in modo generico, riferendosi al caso in cui manchi “una autorità riconosciuta” ovvero “sussistano fondati dubbi sulla autenticità” dei documenti rilasciati dalle autorità straniere. Per alcuni ulteriori rilievi circa la conformità del decreto legislativo 160/2008 agli obblighi comunitari mi permetto di rinviare al commento in *Guida al diritto*, novembre 2008.

<sup>39</sup> Dei dubbi di conformità delle disposizioni introdotte dal decreto legislativo n. 159 del 2008 rispetto alla direttiva sono espressi nel commento di M. CASTELLANETA, *Guida al diritto*, novembre 2008, la quale osserva, tra l’altro, che “con il nuovo decreto, una stretta rispetto ai diritti del rifugiato si è verificata perché, per il solo fatto di avere presentato un’istanza di asilo, il richiedente potrà subire una limitazione del diritto a circolare non prevista né nella direttiva 2005/85/Ce, né nel Dlgs 25/2008”.

Inoltre, giacché le due direttive sono assai flessibili nel loro contenuto, sarà determinante l'interpretazione che ne fornirà la Corte di giustizia allorché venga chiamata ad esprimersi sulla base di domande a titolo pregiudiziale; le direttive potrebbero, infatti, essere intese dalla Corte in modo tale da ostare ad alcune disposizioni recentemente inserite nell'ordinamento nazionale. Occorre considerare, in particolare, che l'interpretazione delle direttive e delle relative norme nazionali di attuazione deve essere effettuata assicurando il rispetto dei diritti fondamentali<sup>40</sup>, tra i quali un ruolo essenziale rivestono, riguardo al trattamento dello straniero, l'interesse superiore del minore, il divieto di trattamenti inumani o degradanti, il diritto al rispetto della vita familiare e della vita privata<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> In particolare la Corte, nel valutare la legittimità della direttiva sul ricongiungimento familiare, ha affermato che se è pur vero che essa “lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità, tale margine è sufficientemente ampio per consentire loro di applicare le regole della direttiva in senso conforme alle esigenze derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali”; sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03, in *Raccolta*, p. I-5769 ss. Cfr. sulla pronuncia C. FAVILLI, *La direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare e le due Corti europee*, in G. BRONZINI, F. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti*, Taranto, 2007. Si veda anche la sentenza del 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, in *Raccolta*, p. I-12971 ss. nella quale la Corte ha affermato, in riferimento alla direttiva 95/46/CE sulla tutela delle persone rispetto al trattamento dei dati personali, che giacché tale direttiva lascia agli Stati membri “un margine di manovra”, è “piuttosto nella fase di attuazione sul piano nazionale della normativa che traspone la direttiva 95/46 in singoli casi di specie che dev'esser trovato un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi di cui trattasi” (par. 85); di conseguenza, spetta alle autorità nazionali “non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme alla direttiva 95/46, ma anche provvedere a non fondarsi su un'interpretazione di quest'ultima che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità” (par. 86).

<sup>41</sup> Tali diritti si trovano enunciati, peraltro, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, pur essendo al momento priva di forza vincolante, può talora costituire un ulteriore riferimento di carattere interpretativo nella ricostruzione dei diritti fondamentali che la Corte trae dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. E' significativo che proprio nell'interpretazione della direttiva sul ricongiungimento familiare la Corte di giustizia abbia per la prima volta fatto riferimento alla Carta (sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, cit.) dichiarando che “se è pur vero che la Carta non costituisce uno strumento giuridico vincolante, il legislatore comunitario ha tuttavia inteso riconoscerne l'importanza affermando, al secondo ‘considerando’ della direttiva, che quest'ultima rispetta i principi riconosciuti non solamente dall'art. 8 della CEDU, bensì parimenti dalla Carta” (par. 38).