

**QUESTIONS RECENTES EN MATIERE DE DROIT DES
ETRANGERS**

APPORTS DE L'ANNÉE - 2011 - ITALIE

(Août 2011)

Prof. Cecilia CORSI

INDEX

- 1. INTRODUCTION**
- 2. DECISIONS RECENTES EN MATIERE DE SECURITE
PUBLIQUE : QUESTIONS DE CONSTITUTIONALITE ET DE
COMPATIBILITE AU REGARD DE LA LEGISLATION EUROPEENNE.
LA CIRCONSTANCE AGGRAVANTE DE CLANDESTINITE**
 - 2.1. Le delit d'entree ou de sejour irregulier sur le territoire national*
- 3. LA DIRECTIVE RETOUR ET L'ARRET DE LA COUR DE
JUSTICE DU 28 AVRIL 2011, CAS C-61/11**
 - 3.1. Le decret -loi n° 89 du 23 juin 2011, converti en loi n° 129 du 2 aout
2011*
- 4. LE PARTAGE DES POUVOIRS ENTRE ETAT ET REGIONS EN
MATIERE D'ASSISTANCE AUX RESSORTISSANTS ETRANGERS**
- 5. REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES**

1. INTRODUCTION

La réglementation de l'immigration et les règles relatives au statut juridique des étrangers se trouvent dans le décret législatif n°286 du 25 juillet 1998, consolidant toutes les dispositions (ci-après « décret législatif n°286 » ou « texte consolidé ») résultant de l'échelonnement de la réforme de 1998¹ ainsi que des durcissements ultérieurs survenus principalement en 2002 avec la loi dite Bossi-Fini²; avec les règles principalement conçues pour renforcer l'expulsion (en 2004³); avec de nouveaux durcissements règlementaires adoptés en vertu des lois sur la sécurité publique (en 2008 et 2009⁴), et enfin avec le décret-loi n° 89 du 23 juin 2011 converti en loi n°129 du 2 août 2011, transposant la directive relative au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

La loi n°40 du 6 mars 1998 représente la première réforme systématique approuvée par le parlement en matière d'immigration. Elle a fourni un nouveau règlement couvrant tous les aspects relatifs au statut des étrangers: l'entrée, le séjour, l'éloignement, une partie du droit du travail, le rassemblement familial, la protection des mineurs, la santé, l'éducation, le logement, la participation à la vie publique et l'intégration sociale. Comme indiqué dans le rapport accompagnant le projet de loi, le gouvernement s'était fixé trois objectifs principaux: combattre l'immigration clandestine et l'exploitation criminelle des flux migratoires; mettre en place une stratégie annuelle d'entrées limitées, programmées et réglées; et mettre en voie l'intégration des immigrés résidant légalement en Italie.

¹ La l. n°40 du 6 mars 1998, appelée «loi Turco-Napolitano».

² L. n° 189 du 30 juillet 2002, «Amendement à la loi sur l'immigration et l'asile».

³ D.I. du 14 septembre 2004 convertie en l. n° 271 du 12 décembre 2004, «Règlementations urgentes en matière d'immigration».

⁴ D.I. n° 92 du 23 mai 2008, convertie en l. n° 25 du 24 juillet 2008, «Mesures urgentes en matière de sécurité publique» et l. n° 94 du 15 juillet 2009, «Dispositions en matière de sécurité publique».

En 2002, après un débat houleux qui ne s'est pas limité aux salles du parlement, la nouvelle majorité de centre-droite a apporté certaines modifications à la loi de 1998: ces dernières ne viennent pas à changer le cadre global de la réforme précédente mais à apporter des modifications, qui, quoique importantes, se limitent principalement au droit d'entrée et de séjour pour raisons professionnelles et à ladite «police des étrangers», se focalisant essentiellement sur les modalités d'expulsion. En particulier, l'expulsion avec accompagnement à la frontière est devenue la façon «normale» d'exécuter un ordre de refoulement; la période d'interdiction de réadmission dans le pays a été rallongée (de dix ans) et les sanctions relatives à la violation de cette interdiction ont été renforcées. La mesure suivante a également été introduite: lorsqu'il n'est pas possible de placer l'étranger dans un centre de rétention, ou lorsque le refoulement avec conduite à la frontière n'a pas été possible, le préfet de police peut ordonner à l'étranger de quitter le territoire dans un délai de 5 jours. Sauf motif légitime, tout manquement à se conformer à cet ordre donne lieu à un constat d'infraction, assorti de l'arrestation obligatoire et immédiate de l'étranger et d'un procès en comparution immédiate. Une nouvelle forme de délit a ainsi été introduite par le fait de se trouver sur le territoire italien après une décision d'expulsion.

En 2004, à la suite de certaines décisions de la Cour constitutionnelle⁵, le législateur est à nouveau revenu sur le texte consolidé, d'une part, en adaptant la procédure d'expulsion immédiate avec accompagnement à la frontière aux garanties prévues par l'art. 13 de la Constitution (statuant que le juge doit confirmer l'expulsion immédiate de manière contradictoire avant l'exécution de la sanction elle-même)⁶, et d'autre part, contournant sensiblement l'arrêt n. 223/2004⁷, à régler à nouveau la sanction qui s'applique à celui qui,

⁵ Arrêt du 15 juillet, n. 222 et arrêt du 15 juillet 2004, n. 223.

⁶ L'accompagnement à la frontière étant une mesure coercitive affectant la liberté de la personne, est couvert par les garanties du troisième alinéa de l'art. 13 de la Constitution.

⁷ Comme déjà mentionné, le manquement à l'ordre du préfet de police de quitter le territoire suite à une ordonnance de renvoi était, selon la loi de 2002, sanctionné par une contravention. L'arrêt n. 223/2004 avait statué

sans motif justifié, ne se conforme pas à l'ordre du préfet de police de quitter le territoire national du fait de la mesure d'expulsion, transformant la simple infraction administrative en délit, celui-ci étant assorti de peines très lourdes (peines d'emprisonnement allant de une à quatre, ou, en cas de récidive, de un à cinq ans).

Il apparaît avec évidence que le thème de l'immigration et en particulier l'expulsion des étrangers avec accompagnement a été au centre des débats politiques ces dernières années. Il a malheureusement souvent été utilisé à des fins électorales ou propagandistes, tout comme les récents changements du cadre législatif (voir infra par. 2 et 2.1) introduits dans le cadre de mesures plus générales relatives à la protection de la sécurité publique, celles-ci étant dépourvues de toute systématisation, instrumentalisant le droit pénal, et dont certains aspects sont difficilement compatibles avec le cadre constitutionnel et européen, faisant écho à une rhétorique politique plutôt qu'une réflexion sur les réformes du cadre législatif.

Dans le cadre de ce rapport de synthèse nous porterons notre attention sur les questions qui ont suscité le plus de controverse et sur lesquels sont intervenus, d'une part la Cour constitutionnelle et d'autre part la Cour de Justice de l'Union européenne, cette dernière ayant forcé notre gouvernement à finalement appliquer la "directive retour" grâce à son jugement du 28 avril dernier (voir infra). Nous renvoyons le lecteur à la bibliographie pour des commentaires ponctuels sur toutes les modifications les plus récentes.

D'autres aspects du droit des étrangers mériteraient un examen critique, en commençant par la question de la programmation des flux d'entrées avec toutes ses

que l'arrestation obligatoire de l'étranger restant illégalement sur le territoire était illégitime, nos lois ne prévoyant pas des mesures préventives limitant la liberté personnelle en cas de simples contraventions, l'arrestation était donc sans recours sur le plan du droit judiciaire.

Le législateur, en violation substantielle du raisonnement de la Cour, a «saisi l'occasion» pour revoir les mesures punitives en transformant le fait de rester illégalement sur le territoire national suite à l'ordre de renvoi en délit.

contradictions et faiblesses et aux nombreuses régularisations qui ont caractérisé la politique italienne relatives à l'entrée à des fins professionnelles. Dans le même ordre d'idées, la politique de l'intégration, tant en ce qui concerne le débat sur la reconnaissance éventuelle des droits politiques et en particulier le droit de vote aux résidents de longue durée, ainsi que la reconnaissance et la jouissance des avantages sociaux mériteraient un compte-rendu.

En ce qui concerne le rapport de 2011 il est surtout opportun de s'attarder sur les questions les plus actuelles concernant la légalité du séjour et à l'éloignement des étrangers, celles-ci ayant non seulement fait l'objet d'interventions législatives récentes mais également de jugements de la Cour constitutionnelle et de la Cour de Justice de l'Union européenne.

Une autre question, parmi les nombreuses questions concernant l'immigration sur lesquelles il est opportun de se pencher dans ce rapport (voir infra par. 4) du fait des décisions récentes de la Cour constitutionnelle liées au traitement des étrangers irréguliers, est celle qui touche à la compétence du législateur (national ou régional) à régler le statut juridique des étrangers. Un contentieux a opposé l'état et les régions concernant les dispositions prévues au deuxième alinéa de l'article 117 de la Constitution a) et b) devant la Cour constitutionnelle, litige dans lequel l'état, en première instance, a réclamé sans succès la pleine et exclusive compétence en matière de traitement des étrangers même pour des matières qui relèvent de la compétence régionale. Ensuite, il a cherché (sans succès) à bloquer les dispositions législatives régionales prévoyant des mesures d'assistance pour des étrangers, y inclus ceux en infraction avec le droit de séjour.

Au-delà de la portée juridique de ce contentieux, le différend politique sous-jacent est également évident car certaines régions, politiquement non alignées avec le gouvernement de centre-droite ont tenté, à travers leur législation sur l'intégration des étrangers, de contrecarrer l'orientation poursuivie par le gouvernement central, refusant de créer une « terre brûlée » autour des étrangers qui séjourneraient irrégulièrement sur le territoire national en leur donnant accès aux services sociaux fondamentaux. Signalons qu'en réalité la loi nationale n°94/2009 a modifié le second alinéa de l'article 6 du décret

législatif n°286 afin d'empêcher l'accès des étrangers en situation irrégulière aux services publics excepté les services d'urgence ou de soins de santé essentiels même prolongés (voir art. 35 du texte consolidé) ainsi que ceux relatifs à l'obligation de scolarisation.

Il faut finalement rappeler que la question de l'immigration a été plus que jamais au cœur des débats puisque l'Italie s'est trouvée confronté à un flux exceptionnel de personnes originaires de pays du nord de l'Afrique. Cette situation difficile a fait l'objet de débats houleux non seulement entre les gouvernements italiens et français mais également vis-à-vis des institutions communautaires auxquelles l'Italie avait demandé un plus grand engagement dans la gestion de la crise⁸.

Par un décret du Président du Conseil des Ministres (d.p.c.m.) du 12 février 2011, le Gouvernement italien a déclaré l'état d'urgence suivi par une ordonnance (n°3924/2011) du Président du Conseil des Ministres le 18 février 2011 définissant les mesures à prendre afin de gérer l'état d'urgence humanitaire. Finalement, avec le d.p.c.m. du 5 avril 2011, en application de l'art. 20 du texte consolidé⁹, des mesures de protection temporaire pour raisons humanitaires ont été prises, permettant de délivrer des permis de séjour pour raisons humanitaires.

⁸ Voyez aussi la communication de la Commission sur la migration du 4 mai 2011, COM(2011) 248/def. présentant une série de propositions visant à assurer une stratégie cohérente de l'Union européenne.

⁹ En réalité, l'art. 20 prévoit que, nonobstant les dispositions du texte consolidé, le Président du Conseil des Ministres peut adopter un décret établissant les mesures de protections temporaires à prendre en cas d'importantes exigences humanitaires, à l'occasion de conflits, de désastres naturels et d'autres événements graves dans les pays hors de l'Union Européenne.

**2. DECISIONS RECENTES EN MATIERE DE SECURITE PUBLIQUE :
QUESTIONS DE CONSTITUTIONALITE ET DE COMPATIBILITE AVEC LA
LEGISLATION DE L'UNION EUROPEENNE. LA CIRCONSTANCE
AGGRAVANTE DE CLANDESTINITE**

Les modifications apportées aux règles du statut des étrangers à travers les lois de 2008 et 2009 sur la sécurité publique ont encore renforcé un peu plus le rôle du droit pénal comme instrument de la lutte contre l'immigration illégale moyennant des sanctions plus sévères, non seulement contre ceux qui facilitent l'entrée et le séjour irréguliers d'immigrés, mais également contre les immigrés eux-mêmes.

Une première modification de la loi introduite avec le décret de 2008 a été la dite « circonstance aggravante de clandestinité », en vertu de laquelle une nouvelle circonstance aggravante a été ajoutée à l'article 61 du Code Pénal: « le contrevenant ayant commis un crime alors qu'il se trouvait en situation irrégulière sur le territoire national ». Les doutes sur la constitutionnalité de cet article ont été immédiatement mis en avant, tant et si bien qu'on a simplement parlé de « droit pénal basé sur une typologie d'auteur » et la Cour constitutionnelle a confirmé l'inconstitutionnalité de l'article par son jugement n. 240 du 8 juillet 2010.

La Cour a relevé que les comportements antérieurs des sujets ne peuvent justifier des mesures pénales qui se basent sur une qualité personnelle, la transformant en « signe distinctif » et permettant de les traiter de manière différente au sein d'une catégorie de personnes donnée. Par ailleurs, La disposition contestée est contraire à la logique qui veut que la culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou par la gravité de la mise en danger du bien juridique, celui-ci étant protégé par des normes pénales qui sanctionnent les délits au cas par cas, alors que ladite mesure prévoit une présomption générale et absolue de la dangerosité du migrant irrégulier et prévoit un durcissement des peines qui ne s'applique qu'à une typologie d'auteur, indépendamment de l'évaluation des conditions dans lesquelles l'infraction a été commise. Enfin, la violation des lois sur le contrôle des flux migratoires ne peut introduire automatiquement et anticipativement une présomption de

dangérousité de la personne responsable, mais doit être le fruit d'une analyse au cas par cas des circonstances objectives et subjectives.

2.1 Le délit d'entrée et de séjour illegal sur le territoire national

L'un des innovations les plus controversées introduite par la loi nationale n° 94/2009 a été la prévision d'une nouvelle catégorie de crime : « de l'entrée et du séjour illégal des étrangers » (art. 10bis du texte consolidé). Il s'agit d'une contravention punissable, assorti d'une amende de 5.000 à 10.000 Euros, qui est appliqué à tout étranger se trouvant sur le territoire national en violation des lois sur l'entrée et le séjour. C'est le juge de paix qui est compétent et qui opère avec une procédure caractérisée par une rapidité considérable et un certain nombre de dispositions permettant d'expulser l'accusé : la loi prévoit en effet que le juge de paix, en prononçant la sentence pour le délit en question peut substituer l'amende par une expulsion. Comme cela a été mentionné, il s'agit encore d'une nouvelle version d'une mesure d'expulsion, cette fois ordonnée par un *juge honoraire* qui fonctionne en parallèle à l'expulsion administrative ordonnée par le préfet.

Cette mesure a fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle, qui l'a validée dans son jugement n. 250 du 8 juillet 2010 rejetant la question sur la constitutionnalité de cette mesure, affirmant que la punition d'un comportement est un choix législatif non contesté par la Cour (sauf s'il est manifestement illégitime et arbitraire) et que dans le cas présent il est évident que le bien juridique protégé est l'intérêt de l'état en matière de contrôle et de gestion des flux migratoires et que cette sanction ne s'appuie pas sur une simple condition personnelle ou sociale mais un comportement spécifique, c'est à dire la transgression de règles et que la Cour n'est pas habilitée à juger sous des aspects de rapports coûts/bénéfices

Le jugement de la Cour n'a cependant pas clos le débat juridique et politique entourant cette mesure qui continue à soulever pas mal d'incertitude, spécialement au regard de la législation européenne qui, avec la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 a adopté des mesures et des procédures communautaires encadrant l'éloignement des

ressortissants étrangers en séjour irrégulier¹⁰, applicables aux Etats membres. Le crime fait partie intégrale de cette répression pénale, qui, comme l'a observé la Cour de Justice de l'Union européenne, risque de compromettre l'objectif d'instaurer une politique efficace de rapatriement¹¹. La disposition de l'art. 10*bis* a, entretemps, été confirmée par le très récent d.l. n° 89/2011 du 23 juin 2011 (voir plus bas à ce sujet).

3. LA DIRECTIVE RETOUR ET L'ARRET DE LA COUR DE JUSTICE DU 28 AVRIL 2011, AFFAIRE C-61/11

Comme déjà mentionné, la directive 2008/115/CE régleme le mode de rapatriement, défini comme « le fait, pour le ressortissant d'un pays tiers, de rentrer - que ce soit par obtempération volontaire à une obligation de retour ou en y étant forcé ». Le processus de retour doit être graduel, allant d'un départ volontaire et, en dernier ressort, à un départ coercitif avec détention et accompagnement à la frontière.

A la date limite de la mise en œuvre, l'Italie n'avait pas encore donné suite à son obligation de transposer la directive et a donc continué d'appliquer les art. 13 et 14 du texte consolidé, en vertu desquels, l'expulsion était, en principe, assorti d'un arrêt motivé, immédiatement exécutable et à défaut de pouvoir accompagner le migrant irrégulier à la frontière, le préfet de police ordonnait la rétention dans un centre d'identification et

¹⁰ Dans son arrêt n. 250/2010 la Cour a rejeté (sans entrer dans le fond) la question de constitutionnalité par rapport à l'art. 117, premier alinéa de la Constitution de la mesure contestée par rapport aux mesures prévues dans la directive 2008/115/CE, dans la mesure où la date limite de transposition de la directive (24 décembre 2010) n'était pas encore atteinte.

¹¹ Voir l'ordonnance du Juge de paix de Mestre 16 mars 2011, sous www.penalecontemporaneo.it qui a soulevé un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne sur l'art. 10 bis du texte consolidé.

d'expulsion (CIE)¹². Dans le cas où il n'était pas possible de retenir l'étranger dans un de ces centres ou au cas où la rétention n'avait pas donné lieu à un accompagnement à la frontière, le préfet de police ordonnait à l'étranger de quitter le territoire national endéans les 5 jours. L'étranger qui restait de manière illégale et non justifiée sur le territoire en violation de l'ordre du préfet de police était puni d'un emprisonnement de un à quatre ans (art. 14, alinéa 5ter avant d'être modifié par la d.l. n° 89/2011).

Cette disposition a fait l'objet d'une demande de décision préjudicielle par la Cour d'appel de Trento¹³ à la Cour de Justice de l'Union européenne. Cette dernière, dans son arrêt du 28 avril 2011, (Affaire C-611/11) a statué que « la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un Etat membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet Etat dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié. »

En considération de l'effet direct des dispositions (art. 15 et 16), il s'en est suivi que la loi en question n'a plus été appliquée par les juges et les autorités administratives, et il n'y a eu aucun doute sur le fait que l'art. 14, alinéa 5 ter et quater de cette même loi avait subi une modification radicale avec la mise en œuvre de la directive suivant l'interprétation de la Cour de Justice Européenne. En effet, il est apparu que toutes les dispositions du texte

¹² Rappelons qu'en 2008, le nom des centres a été changé de « séjour temporaire et d'assistance » en « centres d'identification et d'expulsions » pour souligner leur unique rôle, c'est-à-dire l'éloignement de l'étranger.

¹³ Ordonnance du 2 février 2011 adoptée dans le cadre d'une procédure pénale contre un étranger déjà condamné en première instance à un an de prison pour s'être trouvé sur le territoire italien sans motif et en violation d'un ordre d'éloignement émis par le préfet de police d'Udine.

consolidé sur l'immigration relatives à la procédure d'éloignement étaient directement affectées par la législation européenne, surtout en ce qui concerne l'absence du caractère graduellement plus coercitif qui devrait caractériser la procédure d'expulsion¹⁴.

3.1 Le décret-loi n° 89 du 23 juin 2011, converti en loi n° 129 du 2 août 2011

Une intervention législative était maintenant évidente et avec le d.l. n°89/2011 du 23 juin, convertie avec quelques modifications par la loi n°129/2011 du 2 août 2011, ont été prises « les mesures d'urgence pour achever la mise en œuvre de la directive 2004/38/CE sur la libre circulation des citoyens de l'Union Européenne et pour la transposition de la directive 2008/115/CE sur le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. ». Le décret-loi a renouvelé quelques articles du texte unique en matière d'éloignement des étrangers.

En un mot, les principaux changements introduits en ce qui concerne l'éloignement des étrangers sont, d'abord, que l'expulsion n'est plus une mesure obligatoire pour le préfet, mais est décidée au cas par cas sur base d'un examen des conditions particulières de l'étranger et il est accompagné à la frontière dans des hypothèses précises (hypothèses que le législateur a déterminées, mais de manière fort large). Et quand il n'y a pas d'expulsion forcée avec accompagnement à la frontière, l'étranger peut demander au

¹⁴ Voir Tribunal de Rome, arrêt du 9 mai 2011 dans www.asgi.it; Tribunal de Varèse, décret du 30 mai 2011, dans www.asgi.it; Cour de Cassation, Sect. I, arrêt du 11 mai 2011, n. 18586; Cour de Cassation, Sect. I, arrêt du 1 juin 2011, n. 22105, dans www.cortedicassazione.it.

préfet de lui accorder un délai allant de 7 à 30 jours pour un départ volontaire ou l'inclusion éventuelle dans un programme de retour assisté¹⁵.

En revanche, en ce qui concerne l'expulsion avec reconduite à la frontière (voir art. 13, aliéna 4 du texte consolidé), elle peut donner lieu à une rétention dans un centre d'identification et d'expulsion¹⁶; la rétention a une durée initiale de 30 jours mais peut être prolongée par le juge de paix pour une durée de 30 jours. Passé ce délai, le préfet de police peut proroger la durée par périodes maximales de 2 mois chacune jusqu'à un maximum de 18 mois.

Au cas où la rétention n'est pas possible ou le séjour dans la structure n'a pas abouti à l'éloignement, le préfet de police peut ordonner à l'étranger de quitter le territoire dans les 7 jours. La violation de cet ordre, saufs motifs justifiés, donne lieu à une amende et un nouvel ordre d'expulsion¹⁷. Ce nouvel ordre est immédiatement exécutable (et ne prévoit plus un délai pour un départ volontaire) et le texte du décret-loi paraît permettre une répétition de l'ordre de rétention dans les CIE. Ce mécanisme pourrait soulever des questions de conformité par rapport à l'art. 15 de la directive 2008/115/CE sur base duquel la rétention doit être purement instrumentale à la procédure d'éloignement et étrangère à toute intention punitive.

¹⁵ Au cas d'un octroi d'un délai pour un éloignement volontaire, l'étranger doit démontrer la disponibilité de ressources nécessaires et le préfet de police impose une ou plusieurs des conditions suivantes: remise du passeport, obligation de demeurer en un lieu déterminé, obligation de se présenter régulièrement au bureau de police.

¹⁶ Quand il n'est pas possible de procéder immédiatement à l'expulsion, le préfet de police ordonne l'internement de l'étranger dans un centre d'identification et d'expulsion le plus proche pour le temps strictement nécessaire. Parmi les situations qui légitiment ce traitement il y a, entre autres, le risque de fugue (art. 13, quatrième alinéa *bis*), ceux attribuables à la nécessité de secourir l'étranger, ou d'effectuer des enquêtes supplémentaires quand à son identité, sa nationalité, l'acquisition des documents de voyage ou la disponibilité d'un moyen de transport approprié.

¹⁷ Art. 14, alinéa 5 *bis e ter*, comme renouvelé par le décret-loi.

Rappelons enfin que les délais fixés par le décret-loi en ce qui concerne l'interdiction de réadmission, fixés à dix ans, ont dû être adaptés aux dispositions de la directive et ramenés à une durée comprise entre 3 et 5 ans.

L'adoption du décret n'a sans doute pas encore résolu tous les problèmes de conformité de la législation italienne à la législation européenne et des interventions futures de la Cour de Justice de l'Union européenne ou de la Cour constitutionnelle ne sont pas à exclure : il s'agit entre autres des modalités concernant les mesures résiduelles, dont le champ d'application est encore trop large, ainsi, par exemple, la simple absence de documentation qui constituerait un risque d'évasion et qui peut donner lieu à une éloignement coercitif (voir art. 13, quatre alinéa *bis*). Dans l'optique du législateur européen, la priorité devrait être donné au départ volontaire, le recours aux mesures coercitives étant l'exception.

4. LE PARTAGE DES COMPETENCES LEGISLATIVES ENTRE L'ETAT ET LES REGIONS EN MATIERE D'ASSISTANCE AUX ETRANGERS

Comme déjà mentionné dans l'introduction, un problème supplémentaire qui doit être traité, et qui a, par ailleurs, fait l'objet de décisions récentes de la Cour constitutionnelle surtout en ce qui concerne la question du traitement des étrangers qui ne sont pas en règle avec la loi sur le séjour, relève de l'identification du législateur compétent pour régler le statut juridique des étrangers et le statut juridique de l'immigration.

Avec la réforme du titre V de la Constitution, la compétence dans les matières relatives au droit d'asile, au statut juridique des ressortissants de pays hors de l'Union

Européenne¹⁸ et les questions d'immigration ont été exclusivement attribuées à l'Etat (art. 117, deuxième alinéa, lettre a) et b)). Doit-il en être déduit que chaque cas qui touche au statut d'un non citoyen et à l'immigration sera de la compétence de l'Etat? Ou des espaces de compétences régionales peuvent être identifiés dans les cas qui empiètent sur des matières de compétence régionale?

Je me réfère en particulier aux services sociaux, une matière où les régions sont compétentes (art. 117, alinéa quatre de la Constitution) et pour lesquels il serait opportun de se demander si les régions peuvent maintenir un pouvoir législatif vis-à-vis des étrangers.

La région Emilia Romagna, (loi régionale n°5 du 24 mars 2004, « norme pour l'intégration sociale des citoyens étrangers ») a été la première région à légiférer suite à la réforme du titre V. Le Gouvernement a contesté cette loi devant la Cour constitutionnelle, celle-ci contenant des mesures concernant l'immigration, tout comme le droit d'asile et le statut juridique des citoyens ressortissants hors Union Européenne, mesures qui touchent à des matières exclusivement réservées au pouvoir législateur de l'Etat (art. 117, alinéa deux, lettre a) et b).

Dans son arrêt n. 300 de 2005, la Cour rejette le recours du gouvernement contre la l.r. Emilia Romagna, affirmant que la loi nationale (décret législatif n°286/1998) prévoit qu'une série d'activités relatives à la réglementation du phénomène de l'immigration et de ses effets sociaux sont exercées par l'état en coordination avec les Régions et que la dite loi confie directement certaines compétences à ces dernières. Selon la Cour, l'intervention publique ne se limite pas au simple contrôle des entrées et des séjours des étrangers, mais inclut nécessairement d'autres domaines comme l'éducation, la santé, le logement, toute des questions où les compétences nationales empiètent sur les compétences régionales. La

¹⁸ La condition des citoyens des pays membres de l'Union européenne est régie par les traités et les normes de l'Union européenne et le même art. 117 régit la compétence de l'Etat et des régions par rapport à la formation et le respect de la législation européenne.

Cour a rendu un arrêt similaire (n. 156 de 2006) lors du recours du gouvernement contre la loi de Friuli Venezia Giulia n° 5/2005 du 4 mars 2005, (« mesures d'accueil et d'intégration sociale des immigrés étrangers »).

La Cour constitutionnelle a récemment eu l'occasion d'intervenir à plusieurs reprises sur cette problématique, notamment l'approbation de la l.r. n° 29 Toscana du 9 juin 2009 «mesures pour l'accueil, l'intégration, la participation et la protection des citoyens étrangers en région Toscana », la l.r. n°32 Puglia du 4 décembre 2009, « mesures pour l'accueil, la coexistence civile et l'intégration des immigrés dans les Pouilles » et la l.r. n° 6 Campania de l'8 février 2010, « mesures pour l'inclusion sociale, économique et culturelle des personnes étrangers en Campanie ». Le Gouvernement a introduit des recours devant la Cour constitutionnelle contre ces trois lois, en particulier en ce qui concerne les dispositions qui, sous certaines conditions, prévoient des formes d'assistance, y inclus à des personnes qui enfreignent la loi sur le séjour. Pour le gouvernement, ces normes dépassent les compétences régionales dans la mesure où elles facilitent le séjour de étrangers et auraient influencés le respect des lois réglant l'entrée et le séjour des étrangers qui sont réservées à l'Etat conformément à l'art. 117, alinéa deux, lettres a) et b) et auraient même enfreint les lois sur la sécurité publique et des lois pénales, également réservées à l'Etat conformément à l'art. 117, aliéna deux, lettres h) et l)¹⁹.

La Cour constitutionnelle, avec les arrêts du 22 juillet 2010, n. 269, 22 octobre 2010, n. 299 et 25 février 2011, n. 61 a rejeté les réprimandes gouvernementales, soulignant que le texte consolidé reconnaît aux Régions des compétences spécifiques en matière de prestations sociales aux étrangers. D'autre part, elle a relevé que les mesures régionales bénéficiant les étrangers en séjour irrégulier ont comme objectif le respect des droits fondamentaux sans aucune incidence sur la politique d'immigration, le statut juridique des

¹⁹ Art. 117, deuxième alinéa, lettre. h) ordre et sécurité publique....; lettre. l) juridiction et droit judiciaire; droit civil et pénale, justice administrative.

étrangers présent sur le territoire régional ou national ou sur le statut des bénéficiaires, et n'enfreignent donc pas sur la sphère de compétence nationale.

Par conséquent, la Cour a entièrement légitimé les politiques d'intégration et d'assistance menées par certaines régions, pour lesquelles la satisfaction de besoins fondamentaux doit prévaloir sur la question de la régularité du séjour de l'étranger.

5. RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

CORSI C., *Servizi sociali agli immigrati*, in *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, SOVERIA MANNELLI, RUBBETTINO, 2009

CUNIBERTI M., *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006

FAVILLI C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in www.osservatoriosullefonti.it. n. 2 /2009

MARRA L., *Costituzionale il reato di clandestinità incostituzionale l'aggravante le ragioni della Corte costituzionale*, in *Dir.imm. e citt.*, 2010, n. 3

MAZZUCATO C., *Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. La posizione della Corte Costituzionale e i persistenti dubbi di legittimità riguardo a una norma "lucidamente incoerente"*, *Gli stranieri*, 2010

NASCIMBENE B. - DI PASCALE A., *L'eccezionale afflusso di persone del Nord Africa e l'Unione europea: una colpevole assenza?*, in *Dir.imm. e citt.*, 2011, n. 1

NASCIMBENE B., *Direttiva rimpatri: solo innovazioni di sistema superano l'inutile ricorso a strumenti penali*, in *Guida al Diritto*, 2011 n. 20

NATALE A., La direttiva 2008/115/CE. il decreto legge di attuazione n. 89/2011 - prime riflessioni a caldo -, in www.penalecontemporaneo.it/upload/Natale%20Decreto%20immigrazione.pdf

RONCHETTI L., *Ultimi atti del conflitto tra Stato e Regioni tra immigrazione e integrazione degli stranieri*, in *Rivista dell'Associazione dei Costituzionalisti*, 2 luglio 2010

RONCHETTI L., *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in *Rivista dell'Associazione dei Costituzionalisti*, 12 luglio 2011

SAVIO G., *Verso un rivoluzione copernicana in materia di espulsioni? La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull'attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei CIE*, gennaio 2011 in www.meltingpot.org/articolo16196.html

SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni risultante dalla Legge 129/2011*, in www.asgi.it, agosto 2011

STRAZZARI D., *Riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione: alla ricerca del confine perduto?* in *Le Regioni*, 2006

VIGANÒ F., *Diritto penale e immigrazione. qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Dir.imm. e citt.*, 2010, n. 3

VRENNA M., *La sentenza della Corte costituzionale n. 269/2010 sulla legge regionale toscana dell'immigrazione: prime considerazioni*, in *Gli stranieri*, 2010, n. 2

VRENNA M. - BIONDI DAL MONTE F., *L'emergenza "strutturale". Alcune riflessioni a margine degli sbarchi dei migranti provenienti dal Nord Africa*, in www.asgi.it/home_asgi.php?n=1575&l=it.