

Il nuovo assetto della normativa di contrasto all'immigrazione clandestina tra giurisprudenza costituzionale, tutela dei diritti umani e integrazione europea

Chiara Ferretto

ABSTRACT

Il trattamento giuridico dello straniero irregolare è stato oggetto, in questi mesi, di diverse pronunce da parte della giurisprudenza interna e sovrastatale, che hanno posto in luce significativi contrasti tra la produzione legislativa e le elaborazioni pretorie. Tra gli interventi più incisivi, la sentenza n. 245/2011, con la quale la Corte Costituzionale ha annullato la norma del Codice Civile che vietava la celebrazione delle nozze a chi non fosse in possesso del permesso di soggiorno. L'intervento si colloca a pochi mesi di distanza da un'altra pronuncia di estremo rilievo, quella del 28 aprile 2011 sul caso *El Dridi*, con la quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha

dichiarato non conforme alle Direttive comunitarie il reato di clandestinità. Infine, con sentenza del 23 febbraio 2012 sul caso *Hirsi*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia all'unanimità per la pratica dei c.d. respingimenti in mare.

PAROLE CHIAVE

IMMIGRAZIONE; CLANDESTINITÀ;
ESPULSIONE; ASILO;
REFOULEMENT; CEDU.

INTRODUZIONE

Il trattamento giuridico dello straniero irregolare è stato oggetto, in questi mesi, di numerose pronunce da parte della giurisprudenza interna e sovrastatale, divenendo emblema di un fenomeno di tensione tra la produzione legislativa nazionale e le elaborazioni pretorie.

È stato da più parti rilevato, infatti, come la giurisprudenza abbia da tempo assunto un atteggiamento di divergenza rispetto alla normativa interna in materia di trattamento dello straniero e, in generale, delle questioni attinenti all'immigrazione¹.

¹ Sul punto si vedano F. Scuto, *Contrasto all'immigrazione irregolare e tutela dei diritti fondamentali: un equilibrio non ancora raggiunto*, in G. D'Ignazio, S. Gambino (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali tra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 654; S. Agosta, *Il potere d'ordinanza contingibile ed urgente quale laboratorio costituzionale a cielo aperto*, intervento al Convegno annuale del Gruppo di Pisa sul tema "Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale

In particolare, appare con una certa evidenza come le Corti interne, europee e internazionali stiano compiendo un graduale ma inarrestabile processo di "erosione" delle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno

e giudici", Milano, 10-11 giugno 2011; A. Pin, *Famiglia, immigrazione e società interculturale. Una prospettiva giuridica*, intervento alla Conferenza Nazionale della Famiglia, Milano 8-10 Novembre 2010, secondo cui «in Italia, certa giurisprudenza e il legislatore, almeno nella fase più recente, sembrano aver preso due strade diverse». In particolare, l'intervento rileva come sia possibile cogliere una divergenza particolarmente significativa nell'ambito del trattamento della famiglia: mentre i giudici si sono dimostrati disponibili ad accogliere pratiche difficilmente riferibili ad ambienti culturali estranei al nostro, attraverso il recepimento della teoria sui c.d. *cultural defences*, al contrario «il legislatore non ha mancato di introdurre norme-manifesto mostrando una chiara ostilità all'importazione o alla semplice tolleranza di pratiche incompatibili con il nostro ordinamento. Si pensi a riguardo alle norme penali contro le mutilazioni sessuali, che sono state staccate dall'ipotesi di lesioni nella quale già rientravano, per dare vita ad una fattispecie penale autonoma».

degli stranieri nel territorio italiano, principalmente con riferimento alle disposizioni introdotte nell'ordinamento dal c.d. Pacchetto Sicurezza del 15 luglio del 2009 (legge n. 94/2009).

Questa legge, nota per aver previsto il reato di immigrazione clandestina, fin dai suoi albori è stata tacciata di lesività, da parte di una certa corrente dottrinale e giurisprudenziale², nei confronti di alcuni principi costituzionali fondamentali, come quello di ragionevolezza, proporzionalità della pena e non discriminazione. Solo negli ultimi mesi, tuttavia, la questione ha assunto i connotati di una vera e propria "riscrittura" giurisprudenziale dell'intero sistema di contrasto alla clandestinità.

Poche volte nella storia politica e giuridica italiana, infatti, il fenomeno dell'intervento giurisprudenziale sulle disposizioni legislative ha assunto una dimensione e una portata pari a quella attuale, con una decisiva alterazione delle misure legislative di contrasto all'immigrazione clandestina ad opera della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU).

2 A riguardo, particolare rilevanza è ricoperta dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Giudici di pace di Lecco, sezione distaccata di Missaglia, e di Torino, che costituiscono la necessaria premessa all'esame della sentenza n. 250/2010 della Consulta, in seguito approfondita, trattandosi delle uniche ordinanze di remissione che, almeno in parte, hanno superato l'esame della manifesta inammissibilità. Deve, peraltro, rilevarsi che alcune questioni di legittimità costituzionale erano già state sollevate in termini pressoché analoghi da altri giudici di merito, ma sono state risolte nel senso della manifesta inammissibilità con le ordinanze 8 luglio 2010, n. 253; 11 novembre 2010, n. 320; 17 novembre 2010, n. 329; 26 novembre 2010, n. 349; ord. 5 gennaio 2011, n.6, per la carente descrizione della fattispecie e per la carente motivazione in punto di rilevanza.

In dottrina si vedano, *ex multis*, M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in "Questione Giustizia", XXVIII (2009), n. 1; F. Viganò, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti alla discrezionalità del legislatore* in "Diritto, Immigrazione e cittadinanza", XII (2010), n. 3 e G. Savio, *L'aggravante e il reato di clandestinità al vaglio della Corte Costituzionale*, in "Studium Iuris", XVII (2011), n. 2.

IL DIRITTO DI CONTRARRE MATRIMONIO

Uno degli interventi più rilevanti in materia è quello contenuto nella sentenza n. 245 del 25 luglio 2011, con la quale la Corte Costituzionale ha legittimato i matrimoni tra un cittadino italiano e un immigrato clandestinamente presente sul territorio, dichiarando illegittimo l'articolo 116 del Codice Civile³, nella parte in cui vietava la celebrazione delle nozze a chi non risultasse in possesso di un documento comprovante la regolarità del soggiorno in Italia.

La disposizione, introdotta al fine di impedire i cosiddetti "matrimoni di comodo", con i quali gli stranieri sono posti nelle condizioni di ottenere il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari⁴ e ridurre da dieci a due anni la durata del soggiorno necessaria per richiedere la cittadinanza italiana, è stata ritenuta lesiva della libertà di contrarre matrimonio e costituire una famiglia, principio tutelato dall'articolo 31 della Costituzione italia-

3 Con la Legge 94/2009, il legislatore italiano ha introdotto il reato di clandestinità, contenuto nell'art 10 bis D.lgs 286/98 e ha altresì modificato l'articolo 116 del codice civile e l'art. 6 comma 2 e 3 del D.lgs. n. 286/98, prevedendo l'obbligo di richiedere l'esibizione dei documenti attestanti la regolarità del soggiorno del cittadino straniero al fine di celebrarne il matrimonio e di consentire le pubblicazioni. In particolare, prima dell'intervento della Corte costituzionale, l'art. 116, primo comma, cod. civ, stabiliva che «lo straniero che vuole contrarre matrimonio nella Repubblica deve presentare all'ufficiale dello stato civile», oltre al nulla osta, «un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano».

4 L'articolo 30 del Testo Unico sull'Immigrazione (Permesso di soggiorno per motivi familiari) prevede infatti, al comma 1 lettera b) che il permesso di soggiorno per motivi familiari venga rilasciato: «agli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che abbiano contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti». Inoltre, l'art. 19 del medesimo T.U. prevede espressamente il divieto d'espulsione nei confronti dei cittadini stranieri che siano conviventi con coniuge di nazionalità italiana. L'articolo precisa inoltre che a seguito del matrimonio e perdurando la convivenza tra i coniugi vi è l'obbligo di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi di famiglia valido anche per motivi di lavoro.

na⁵ e ormai generalmente accolto dalle Carte internazionali sui diritti umani⁶, nonché dalla Carta di Nizza⁷, che racchiude i principi e i valori fondamentali dell'Unione europea.

La Consulta ha affermato l'incostituzionalità della norma – inserita nel Codice Civile dal citato Pacchetto Sicurezza – asserendo che il diritto di un cittadino italiano di costituire una famiglia, espressamente qualificato come diritto «fondamentale»⁸, non possa essere ragionevolmente compreso in virtù dell'esigenza pubblicistica di contrastare il fenomeno dei matrimoni di comodo.

Benché la Corte Costituzionale non abbia escluso la possibilità per il legislatore italiano di intervenire al fine di regolare e contrastare il fenomeno dell'immigrazione clandestina secondo la propria discrezionalità, si è altresì affermato che tale intervento debba necessaria-

5 Art. 31: La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.

6 *In primis* deve farsi riferimento all'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, ai sensi del quale «Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione».

La tutela del diritto a formare una famiglia e a contrarre matrimonio, così come l'ingerenza della pubblica autorità a favore dell'ordine pubblico, sono disciplinati altresì dagli art 8 e 12 della alla «Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» recepita nell'ordinamento italiano con legge 4 agosto 1955 n. 848. L'art. 12 della Convenzione Europea su Diritti dell'Uomo stabilisce in particolare che: «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

7 La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (nota anche come Carta di Nizza), approvata dal Parlamento europeo nel novembre del 2000, individua tra le libertà fondamentali, all'art. 9, «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che ne garantiscono l'esercizio».

In proposito si ricorda che il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ha attribuito alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei trattati.

8 Invero la qualificazione ad opera della Corte costituzionale del diritto di contrarre matrimonio come diritto fondamentale deve farsi risalire alla sentenza n. 445 del 2002, nel quale tale carattere è stato ricavato dalla diretta riconducibilità del diritto in questione, oltre che all'articolo 31 della Costituzione, anche agli articoli 2 e 29.

mente sottostare al limite del rispetto dei diritti costituzionalmente tutelati dei cittadini italiani e, più in generale, dei diritti fondamentali dell'uomo internazionalmente riconosciuti.

La sentenza, infatti, non solo afferma la titolarità dei cittadini italiani del diritto fondamentale a contrarre matrimonio, ma lo inquadra altresì come un diritto di rango universale, richiamando a tal proposito le carte internazionali sui diritti dell'uomo. La decisione rafforza, dunque, il ruolo della Consulta quale organo giurisdizionale “multilivello”, deputato a sindacare la compatibilità della legislazione nazionale non solo alla Costituzione italiana, ma all'intero complesso dei diritti “importati” nell'ordinamento mediante l'adesione all'Unione europea e alle Convenzioni internazionali per la salvaguardia dei diritti umani.

A conferma di tale carattere, milita la lettura della motivazione della sentenza in commento, che richiama quanto affermato nel dicembre 2010 dalla CEDU. La Corte di Strasburgo, infatti, pronunciandosi sul caso *O'Donoghue and Others v. The United Kingdom*, aveva vietato agli Stati firmatari della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali la sottrazione ai cittadini della piena disponibilità del diritto al matrimonio al mero scopo di impedire le unioni di convenienza⁹.

La richiamata pronuncia della CEDU ha indotto la Consulta ad affermare l'incostituzionalità dell'articolo 116 del Codice Civile anche per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, rilevando come la difesa del diritto a contrarre matrimonio debba essere ricondotto all'ambito degli «obblighi internazionali» ai quali la potestà legislativa statale e regionale è sottoposta.

9 In particolare, la Corte europea ha affermato che sussiste per gli Stati firmatari della CEDU un margine di intervento per regolamentare le unioni tra cittadini e stranieri, ma che tale margine di intervento non può mai estendersi fino al punto di introdurre «una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione» (par. 89 della sentenza). Nel caso di specie, la limitazione generale al diritto di contrarre matrimonio, non fondata su un preventivo accertamento della genuinità del matrimonio, è stata ritenuta lesiva del diritto di cui all'art. 12 della Convenzione.

Infine, è stata rilevata dalla Consulta l'irragionevolezza e non proporzionalità del bilanciamento tra il diritto fondamentale a contrarre matrimonio – espressamente ricondotto ai diritti inviolabili di cui all'articolo 2 della Costituzione – con l'esigenza del controllo delle frontiere e del contrasto all'immigrazione irregolare, anche in virtù del fatto che nell'ordinamento è presente un altro strumento idoneo a prevenire e sanzionare il fenomeno dei matrimoni di comodo, contenuto nelle disposizioni dell'art. 30, comma 1-bis del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico Immigrazione)¹⁰.

La giurisprudenza in commento rappresenta un importante punto di svolta nell'approccio pretorio alla normativa di materia di espulsione del cittadino straniero in procinto di contrarre matrimonio con un cittadino italiano. La fattispecie, infatti, era stata finora esaminata solamente sotto il profilo dell'esigenza statale di controllare l'immigrazione irregolare, e quindi con esclusivo riguardo alla condizione giuridica dello straniero, mentre la giurisprudenza non si era mai interrogata sulle conseguenze lesive causate dall'attuazione del decreto di espulsione nei confronti del cittadino italiano¹¹.

Con la pronuncia in esame la Corte Costituzionale ha aggiunto un ulteriore tassello nell'operazione di «messa in discussione dell'apparato sanzionatorio predisposto attra-

10 La norma citata, infatti, prevede che il permesso di soggiorno concesso per ragioni di matrimonio con un cittadino italiano venga immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio non è seguita l'effettiva convivenza salvo che dal matrimonio sia nata prole. Inoltre, si prevede altresì il rigetto della richiesta di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare, allorché sia accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato.

11 In proposito si richiama la sentenza n. 6605/2008 della Corte di Cassazione, nota per aver abilitato l'espulsione del clandestino che contrae o deve contrarre matrimonio con una cittadina italiana o straniero regolarmente soggiornante. La Suprema Corte ha, infatti, precisato che le nozze contratte con un cittadino italiano non costituiscono una causa di limitazione dell'efficacia dall'espulsione intimata dal Questore in quanto il matrimonio non rientra tra i motivi di discriminazione razziale che giustificano l'inosservanza dell'ordine di espulsione.

verso i “pacchetti sicurezza” nel corso dell'ultima legislatura»¹², i quali, progressivamente, hanno incontrato le censure sia da parte della giurisprudenza costituzionale, che di quella sovranazionale, come si avrà modo di approfondire in seguito.

IL REATO E L'AGGRAVANTE DI CLANDESTINITÀ

L'intervento della Corte Costituzionale in materia di libertà matrimoniale si colloca a pochi mesi di distanza da un'altra pronuncia di estremo rilievo, quella del 28 aprile 2011 sul caso *El Dridi*¹³, con la quale la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha dichiarato non conforme alle Direttive e ai principi comunitari la comminazione della pena della reclusione per l'immigrato irregolarmente soggiornante in Italia. Ritenendo che la norma penale italiana non fosse idonea a perseguire gli obiettivi comuni degli Stati membri – ossia l'allontanamento dai confini comunitari degli stranieri irregolarmente soggiornanti – la Corte di Giustizia ha di fatto aperto la via per i Tribunali italiani alla disapplicazione delle norme che puniscono con la reclusione lo straniero che non ottemperi all'ordine amministrativo di allontanamento dal territorio nazionale¹⁴.

Il reato in questione è stato introdotto – come già ricordato – dal c.d. Pacchetto Sicurezza, Legge n. 94/2009. Attraverso questa disposizione, l'ingresso e il soggiorno illegale degli stranieri in Italia sono stati configurati quali delitti, con un inasprimento del trattamento precedentemente previsto, fondato su sanzioni di carattere amministrativo e, in particolare,

12 A. Romano, *Il matrimonio che s'ha da fare: la Corte costituzionale dichiara illegittimo il divieto di contrarre matrimonio per gli stranieri in posizione irregolare*, in “www.diritticomparati.it”.

13 Corte di Giustizia dell'Unione europea (Prima Sezione), del 28 aprile 2011 nel procedimento C-61/11 PPU.

14 Il principio della disapplicazione diretta da parte del giudice ordinario delle norme nazionali ritenute incompatibili con il diritto comunitario è stato affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea a partire dalla sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmmenthal*, e successivamente ribadito nella sentenza 22 maggio 2003, causa C-462/99, *Connect Austria*, nonché 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*.

sul provvedimento di espulsione¹⁵. La norma penale sanziona non solo l'ingresso irregolare, ma anche il trattenimento nel territorio dello Stato, ed perciò applicabile a tutti i cittadini extracomunitari illegalmente presenti in Italia fin dal momento della sua entrata in vigore.

La scelta di criminalizzare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato ha posto non pochi interrogativi, tanto di carattere politico-criminale, quanto di ordine sistematico¹⁶. In particolare, ci si è chiesti se sia razionale elevare a reato una condotta di per sé priva di dannosità sociale, e lesiva, al più, di un interesse amministrativo, nonché se sia conforme al principio di ragionevolezza attendersi effetti di deterrenza minacciando – oltre all'espulsione immediata – una pena detentiva¹⁷ o, nei casi di minore gravità, una pena pecuniaria nei confronti di cittadini stranieri spesso nullatenenti¹⁸.

15 L'espulsione amministrativa è tuttora disciplinata art. 13, comma 2, lett. a) e b) del T.U. Immigrazione.

16 Sul punto si vedano, tra gli altri, A. Patroni Griffi, *Stranieri non per la Costituzione*, relazione al Convegno sul tema "Immigrazione nell'equilibrio tra esigenze di sicurezza e di integrazione sociale", Torre del Greco (NA), 16 maggio 2009, in "Forum di Quaderni Costituzionali"; G. Savio, *Legge n. 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", X (2008), n. 3, pp. 134 ss.; A. Algostino, *Il pacchetto sicurezza, gli stranieri e la Costituzione. Prime note*, in "Forum di Quaderni Costituzionali".

17 Una parte significativa della dottrina che si è occupata della questione, infatti, ha affrontato la tematica sotto il profilo della possibile violazione, da parte della norma *de quo*, del principio di ragionevolezza e uguaglianza sostanziale. Si ritiene discriminatorio e irragionevole, in particolare, prevedere una misura che sottoponga al medesimo trattamento punitivo tutti gli stranieri irregolari, sia che abbiano varcato per la prima volta i confini senza autorizzazione, sia che si siano visti semplicemente negare la concessione o il rinnovo del permesso di soggiorno (i cosiddetti *over-stayers*). La norma, orientata sul paradigma contravvenzionale, prevede, infatti, due autonome fattispecie: una commissiva, consistente nella violazione delle disposizioni amministrative che regolano l'ingresso degli stranieri nel territorio della Repubblica e una omissiva, che sanziona la condotta del trattarsi in Italia una volta venute meno le condizioni legittimanti la permanenza.

18 L'articolo 10-bis del T.U. Immigrazione prevede, infatti, che lo straniero che faccia ingresso ovvero si tratti illegalmente nel territorio dello Stato, sia punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro.

Un altro profilo di analisi critica nei confronti del reato in questione è stato costituito, inoltre, dal dubbio, sollevato da nutrita dottrina, che la nostra Costituzione consenta che uno *status*, quale quello di straniero irregolare, che già innescava una circostanza aggravante di asserita illegittimità¹⁹ possa costituire reato²⁰.

Tra le iniziative legislative già oggetto di censura da parte della giurisprudenza costituzionale, introdotte allo scopo di reprimere e disincentivare l'immigrazione irregolare, vi è da ricordare, infatti, anche il d.l. 23 maggio 2008 n. 92 (c.d. Decreto sicurezza) che ha aggiunto, per la prima volta dall'entrata in vigore del vigente Codice Penale, un'ulteriore circostanza aggravante comune: l'aumento della pena fino a un terzo per l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale.

Detto intervento legislativo, tacciato di incostituzionalità fin dalle prime fasi della sua adozione²¹ è stato annullato dalla Corte Costi-

La pena detentiva, invece, è prevista per il caso di inottemperanza all'ordine di allontanamento del Questore, conseguente alla procedura di espulsione.

19 Com'è noto, la Corte Costituzionale, con la sentenza 5 luglio 2010, n. 249 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità, prevista dall'art. 61, n. 11-bis, c.p. e delle norme ad esso collegate.

L'articolo in questione era stato introdotto dall'art. 1, lett. f), d.l. n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 125 del 2008, prevedeva, infatti, una circostanza aggravante comune consistente «nell'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale».

20 È stato ritenuto da molti Autori, infatti, che tale scelta, di natura eminentemente politica, fosse orientata a sanzionare non un fatto di per sé lesivo di interessi così rilevanti da giustificare il ricorso alla sanzione penale, bensì una condizione personale, marcando così un passaggio al "diritto penale d'autore". Per un'esauriente dissertazione sul punto si veda M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., pp. 127 ss.

21 In questo senso si vedano, tra gli altri, G.L. Gatta, *Aggravante della clandestinità uguaglianza calpesta*, in "Riv. it. dir. proc. Pen", LII (2009), n. 2; C. Renoldi, G. Savio, *Legge n. 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, cit., pp. 29 ss.; G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in "Riv. it. dir. proc. Pen.", LI (2008), n. 4, pp. 1634-1635; F. Viganò, M. Vizzardi, *Pacchetto sicurezza ed espulsione: intenti legislativi e vincoli*

tuzionale con la sentenza n. 249 del 5 luglio 2010, che ha accolto i rilievi espressi dai giudici *a quo*, il Tribunale di Livorno e il Tribunale di Ferrara, per quanto concerne la compatibilità della norma in questione con i principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza, nonché con il principio dell'atto materiale colpevole quale presupposto della responsabilità penale, desumibile dal secondo comma dell'art. 25 della Costituzione e dal primo comma dell'articolo 27.

Proprio quest'ultimo principio è stato fatto oggetto da parte della Consulta di un'approfondita e ampia motivazione, che ha portato i giudici costituzionali a riaffermare che il rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali aggravati in forza di mere qualità personali del soggetto, estranee al fatto-reato, caratteristiche endemiche di una "responsabilità penale dell'autore", contraria al principio di offensività²².

La sentenza in questione si pone, infatti, sulla scia di una serie di pronunce volte a censurare fattispecie incriminatrici fondate su presunzioni di pericolosità e su un giudizio basato sulla categoria personale a cui l'autore del reato appartiene, anziché sulla condotta²³.

europèi, in "Dir. Pen. Proc.", LI (2008), n. 7, p. 813; D. Pulitanò, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale* in "Dir. Pen. Proc.", LI (2008), n. 9, p. 1079; A. Algostino, *Il pacchetto sicurezza, gli stranieri e la Costituzione. Prime note*, cit.

22 Tale principio è entrato a far parte degli strumenti interpretativi della Consulta a partire dalla sentenza n. 62 del 1986, nella quale è stato per la prima volta accolto l'orientamento di certa dottrina penalista volto a ritenere ragionevole una sanzione penale solamente se relativa ad una concreta offesa a un bene giuridico protetto dall'ordinamento, tacciando di incostituzionalità le fattispecie di c.d. "pericolo astratto". Tra i penalisti più influenti nell'elaborazione del principio si ricordano, tra gli altri G. Bettiol, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, Padova, 1980; G. Fiandaca, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in "Riv. it. Dir. Proc. Pen.", XXV (1982); G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività* in "Scritti in memoria di Ugo Pioletti", Milano, 1982.

23 Il medesimo orientamento è ravvisabile, infatti, nella sentenza n. 354/2002. In analoga prospettiva va ricordata la sentenza n. 370/1996, con la quale stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 708 c. p. (possessione ingiustificata di valori) per la "discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da

In questo contesto, già caratterizzato da una significativa tensione tra legislazione ed elaborazioni giurisprudenziali, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha inferto un'altra rilevante censura al sistema interno di lotta all'immigrazione irregolare, imponendo al giudice ordinario di disapplicare la norma sul reato di clandestinità, il cui ambito operativo era già stato fortemente ridotto da parte della Corte Costituzionale. Con la sentenza n. 359 del 17 dicembre 2010, infatti, il Giudice delle Leggi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 5-*quater*, del Testo unico sull'Immigrazione, come modificato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, nella parte in cui non disponeva che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento fosse punita nel solo caso in cui avesse luogo «senza giustificato motivo»²⁴.

La Corte Europea si è inserita in questo processo di graduale erosione dell'ambito di applicabilità del reato di clandestinità, dichiarando

pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio, senza una corrispondenza effettiva e attuale tra la condizione in discorso e la funzione di tutela dell'incriminazione».

24 La Corte costituzionale, con la sentenza 17 dicembre 2010, n. 359, si è pronunciata sul Testo unico sull'immigrazione, e più precisamente sull'art. 14, comma 5-*quater*, così come modificato dall'art. 1, comma 22, lett. m), della l. n. 94/2009.

La sentenza ha accolto il ricorso sollevato dal Tribunale di Voghera in composizione monocratica, con ordinanza dell'8 gennaio 2010, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sulla norma in oggetto, in riferimento agli artt. 2, 3, primo comma, 25, secondo comma, e 27 della Costituzione. La norma censurata è stata ritenuta dal giudice *a quo* contrastante anzitutto con il principio di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., perché la relativa previsione incriminatrice colpirebbe la «condizione sociale dell'essere cittadino straniero migrante». Il riformato comma 5-*quater* dell'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 avrebbe violato anche l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata difformità di trattamento introdotta rispetto alla previsione di cui al precedente comma 5-*ter*, ove la punibilità dell'inottemperanza all'ordine di allontanamento è esclusa quando ricorra un «giustificato motivo». È stato prospettato, infine, un contrasto della norma censurata con gli artt. 25, secondo comma, e 27 Cost., in quanto il sanzionamento di fatti commessi in presenza di un «giustificato motivo» contrasterebbe con il principio di offensività e con il principio di personalità della responsabilità penale.

il contrasto tra la normativa in questione e la c.d. “Direttiva rimpatri” (2008/115/CE).

La Direttiva, benché non recepita dal legislatore nazionale, ha sollevato da subito l’interesse della dottrina²⁵ e della giurisprudenza di merito, che ha cominciato a dubitare della compatibilità dell’incriminazione prevista dall’art. 14, commi 5-ter²⁶ e 5-quater²⁷ del T.U. Immigrazione con la normativa comunitaria.

La “Direttiva rimpatri”, nata con l’obiettivo di istituire norme comuni in materia di allontanamento e rimpatrio dei cittadini extracomunitari irregolari sul territorio europeo, nonché di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dello straniero, tra cui primeggia quello della libertà personale²⁸, non vieta agli Stati mem-

25 In particolare, si vedano A. Adinolfi, *Pacchetto sicurezza e violazioni (... sicure) di obblighi comunitari*, in “Rivista di diritto internazionale”, XCI (2008), n. 4, pp. 1088-1092; A. Pugiotto, *I meccanismi di allontanamento dello straniero, tra politica del diritto e diritti violati*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, XII (2010), n. 1; F. Viganò, L. Maserà, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in “Riv. it. dir. proc. Pen.”, LIII (2010), n. 2, pp. 560-596.

26 5-ter: Lo straniero che senza giustificato motivo permane illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione dell’ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-bis, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l’espulsione o il respingimento sono stati disposti per ingresso illegale nel territorio nazionale [...], ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno o non aver dichiarato la propria presenza nel territorio dello Stato nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena della reclusione da sei mesi ad un anno se l’espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo, ovvero se la richiesta del titolo di soggiorno è stata rifiutata [...].

27 5-quater: Lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione di cui al comma 5-ter e di un nuovo ordine di allontanamento di cui al comma 5-bis, che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applicano, in ogni caso, le disposizioni di cui al comma 5-ter, terzo e ultimo periodo.

28 M. Weber, *Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente*, pronunciata di fronte al Parlamento europeo il 16 giugno 2008, disponibile sul sito del Parlamento europeo www.europarl.europa.eu.

bri di prevedere come reato l’inosservanza da parte del cittadino straniero dell’ordine di allontanamento emesso a seguito del provvedimento di espulsione, ma richiede che l’eventuale incriminazione avvenga nel rispetto di alcuni principi fondamentali. In particolare, si precisa che se gli Stati membri ricorrono – «in ultima istanza» – a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza, tali misure dovranno essere «proporzionate», non potranno eccedere «un uso ragionevole della forza» e dovranno essere attuate, conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale, «in ottemperanza ai diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell’integrità fisica del cittadino»²⁹.

In tal modo, la Direttiva 2008/115 ha recepito la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, secondo la quale il principio di proporzionalità esige che il trattenimento di una persona sottoposta a procedura di espulsione o di estradizione non si protragga oltre un termine ragionevole, ossia non superi il tempo necessario per raggiungere lo scopo perseguito³⁰.

La normativa italiana, pertanto, è stata ritenuta contrastante con i principi europei, essendo diretta a sanzionare il comportamento

29 Articolo 8 (Allontanamento), comma 4: Ove gli Stati membri ricorrano – in ultima istanza – a misure coercitive per allontanare un cittadino di un paese terzo che oppone resistenza, tali misure sono proporzionate e non eccedano un uso ragionevole della forza. Le misure coercitive sono attuate conformemente a quanto previsto dalla legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell’integrità fisica del cittadino di un paese terzo interessato.

30 In tal senso si veda, in particolare, la sentenza CEDU sul caso *Saadi c. Regno Unito* del 29 gennaio 2008. Recependo gli orientamenti ivi indicati, l’art. 15, secondo comma, della direttiva 2008/115, prevede che la privazione della libertà debba avere durata quanto più breve possibile e protrarsi solo per il tempo necessario all’espletamento diligente delle modalità di rimpatrio. Ai sensi dei nn. 3 e 4 di detto art. 15, tale privazione della libertà è riesaminata ad intervalli ragionevoli e deve cessare appena risulti che non esiste più una prospettiva ragionevole di allontanamento. I nn. 5 e 6 del medesimo articolo fissano la sua durata massima in 18 mesi, termine tassativo per tutti gli Stati membri. L’art. 16, n. 1, di detta direttiva, inoltre, prescrive che gli interessati siano collocati in un centro apposito e, in ogni caso, separati dai detenuti di diritto comune.

della permanenza irregolare nel territorio dello stato con pene che incidono pesantemente sulla libertà personale dell'individuo³¹.

Da parte della giurisprudenza di merito, constatato che il 25 dicembre 2010 è scaduto inutilmente il termine di attuazione fissato dalla direttiva europea e che lo Stato italiano si è reso inadempiente rispetto al complesso di obblighi dalla stessa stabiliti, si è registrato un duplice atteggiamento: da un lato si è ritenuto che la direttiva fosse sufficientemente precisa nell'indicare presupposti, modalità esecutive e termini massimi di compressione della libertà personale del cittadino di stato terzo soggetto a rimpatrio, considerando la disposizione *self-executing*³², e si è conseguentemente proceduto a disapplicare la norma penale italiana³³; dall'altro, non ritenendo di poter rilevare direttamente l'incompatibilità delle norme incriminatrici di cui all'art. 14 comma 5 ter e quater del Testo Unico con la Direttiva rimpatri, si è deciso di sospendere il procedimento e rinviare gli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice italiano, la Corte lussemburghese si è espressa statuendo che «gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una pena detentiva», come quella prevista dalla normativa italiana, «solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio na-

zionale [...] permane in maniera irregolare in detto territorio».

L'uso di misure coercitive, secondo la Corte di Giustizia, dovrebbe essere espressamente subordinato al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti, principi ritenuti disattesi dalla normativa penale italiana.

La Direttiva, se da un lato riconosce agli Stati membri la facoltà di introdurre o di mantenere disposizioni più favorevoli per i cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare³⁴ purché compatibili con quest'ultima, dall'altro non permette a tali Stati di applicare norme più severe. In particolare, l'Articolo 15 impone agli Stati membri di procedere all'allontanamento mediante le misure meno coercitive possibili. Solo qualora l'esecuzione della decisione di rimpatrio sotto forma di allontanamento rischi, valutata la situazione caso per caso, di essere compromessa dal comportamento dell'interessato, gli Stati possono privare quest'ultimo della libertà ricorrendo al trattenimento.

La Corte di Giustizia conclude imponendo al giudice del rinvio di «disapplicare ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo», tenendo conto altresì del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite³⁵.

La sentenza El Dridi è stata accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza con posizioni divergenti: a chi ha salutato con favore la decisione del giudice europeo³⁶ si è contrapposto chi ha segnalato l'impatto fortemente «paralizzante» della decisione sulle procedure di identificazione e rimpatrio degli extracomunitari irregolari, giunta oltretutto in un momento di

31 L'articolo 14 comma 5-ter e quater del Testo Unico Immigrazione prevede, infatti, la pena della reclusione della da 1 a 4 anni o da 1 a 5 anni per il caso di reiterazione.

32 Per costante giurisprudenza comunitaria, qualora uno Stato membro si astenga dal recepire una direttiva entro i termini o non l'abbia recepita correttamente, i singoli sono legittimati a invocare contro detto Stato membro le disposizioni di tale direttiva che appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise. Si vedano, in tal senso, in particolare, le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall* e 3 marzo 2011, causa C-203/10, *Auto Nikolovi*.

33 In questo senso si ricordino Tribunale di Torino, 3 gennaio 2011; Tribunale di Torino, 4 gennaio 2011; Tribunale di Torino, 5 gennaio 2011; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, 7 gennaio 2011; Procura della Repubblica di Pinarolo, 13 gennaio 2011.

34 Articolo 4, comma 3: La presente direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli alle persone cui si applica, purché compatibili con le norme in essa stabilite.

35 Per un'ampia panoramica degli effetti della sentenza *El Dridi* si rinvia a L. Maserà, F. Viganò, *Addio articolo 14, Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2011.

36 Tra tutti, si veda L. Maserà, F. Viganò, *Addio articolo 14*, cit.

grave tensione interna, dovuta alla necessità di far fronte all'emergenza degli sbarchi provenienti dalle coste del Nord Africa a seguito della caduta dei regimi libico e tunisino³⁷. Inoltre, è stato posto in rilievo il contrasto della decisione in questione con il principio democratico e di legalità che regge l'intero sistema del diritto penale³⁸, nonché con il principio di sussidiarietà che dovrebbe orientare l'azione dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri³⁹.

Dal punto di vista legislativo, il Parlamento si è adeguato alla decisione europea convertendo in legge il decreto n. 89 del 2011, recante «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari»⁴⁰. Il Consiglio dei Ministri, in data 16 giugno 2011, ha, infatti, inteso conformare il Testo Unico Immigrazione alla sentenza *El Dridi*, prevedendo, tra le altre misure, la riformulazione dei delitti di inosservanza dell'or-

37 In senso critico nei confronti della sentenza *El Dridi* si è espresso, in particolare, M. Maddalena, *Sbarchi: due cose da fare subito per rimediare ai danni dell'Europa* in "il-sussidiario.net", 9 maggio 2011. Per precisi rilievi giuridici alla sentenza in commento si veda anche F. Focardi, *La direttiva rimpatri non ha effetto diretto: occorre l'intervento della Corte costituzionale (ma nell'attesa lo straniero ha un giustificato motivo a restare in Italia)*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2011, il quale rileva come «non si possa sostenere la natura *self-executing* delle disposizioni in questione, atteso che la abrogazione di una fattispecie penale è atto insostituibile dell'ordinamento interno».

38 In questo senso L. Ronchetti, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in "Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti", 2011, n. 3, p. 4.

39 Sul punto si veda A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in "Diritto penale contemporaneo", 2010.

40 È stato a riguardo rilevato come il procedimento di attuazione della sentenza in commento, avvenuto mediante decreto-legge, dimostri la difficoltà del Parlamento a recepire in tempo utile le novità normative e le decisioni assunte a livello europeo. Tale fenomeno è reso evidente dalla prassi ormai invalsa di adottare annualmente i c.d. "decreti salva infrazioni comunitarie", al fine di evitare l'apertura nei confronti dell'Italia di procedure di infrazione per mancato adeguamento dell'ordinamento interno entro il termine stabilito dalle direttive stesse.

dine di allontanamento, di cui all'art. 14, commi 5-ter e 5-quater. Tali reati vengono adesso a essere puniti con la sola pena pecuniaria della multa, sostituibile con l'espulsione da parte del giudice di pace, divenuto il giudice competente in relazione ai medesimi⁴¹.

Una significativa influenza è stata prodotta dalla sentenza in commento anche nei confronti di altri Paesi comunitari, alcuni dei quali – sulla scia di quanto fatto dai giudici italiani – hanno sollevato la questione della compatibilità con la Direttiva rimpatri dei propri ordinamenti interni⁴².

In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, ha dichiarato la necessità di disapplicare parzialmente la norma che puniva il soggiorno irregolare nello Stato francese, con sentenza 6 dicembre 2011 sul caso *Achughbadian*, causa C-329/11.

Con detta pronuncia, la Corte ha dichiarato incompatibile con la Direttiva la norma penale che commina la pena di un anno di reclusione a carico dello straniero che sia entrato o soggiorni illegalmente in Francia⁴³.

Riprendendo le motivazioni esposte nella sentenza *El Dridi*, il giudice comunitario ha ri-

41 Per un approfondimento si veda G. L. Gatta, *Immigrazione: approvato un decreto legge per sanare il contrasto con la direttiva rimpatri*, in "Diritto penale contemporaneo", 2012.

42 Nell'Europa occidentale, il reato di clandestinità è stato introdotto per la prima volta nel Regno Unito, con l'*Immigration Act* del 1971. Risale al 2004, invece, l'introduzione del reato d'immigrazione clandestina in Francia e in Germania. Al contrario, in Spagna non è attualmente prevista alcuna fattispecie criminosa concernente l'ingresso illegale nel territorio dello Stato. Con la *Ley Organica* n. 4/2000 e successive modifiche, infatti, il Paese iberico ha scelto di privilegiare l'impiego in via esclusiva della sanzione amministrativa dell'espulsione.

43 Nell'ordinamento francese il reato di ingresso illegale nel territorio francese figura agli articoli L 621-1 e L 621-2 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, entrato in vigore nel 2004.

Il reato d'immigrazione clandestina può essere commesso solo dallo straniero non cittadino dell'Unione europea nel caso in cui entri o soggiorni nel territorio francese senza essere in possesso dei necessari documenti o che si trattiene oltre la validità del visto o permesso di soggiorno. In questi casi, la pena prevista è un anno di carcere più un'ammenda di 3750 €. Inoltre, nei casi più gravi, è prevista per il giudice la possibilità di irrogare anche la sanzione d'interdizione dal territorio francese per un periodo che può arrivare, nel massimo, a tre anni.

levato che la Direttiva «non vieta che il diritto di uno Stato membro qualifichi il soggiorno irregolare alla stregua di un reato e preveda sanzioni penali per scoraggiare e reprimere la commissione di siffatta infrazione», ma gli Stati membri «non possono applicare una normativa penale tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile».

Il diritto penale francese, infatti, consentiva la condanna a una pena detentiva di un cittadino di Paese terzo nel corso della procedura comune di rimpatrio⁴⁴, ostacolando – secondo la Corte di Giustizia – il raggiungimento delle finalità della direttiva⁴⁵.

Tale conclusione appare coerente con l'esigenza, espressa nella Direttiva rimpatri, di garantire l'allontanamento dello straniero irregolare nel più breve tempo possibile e getta un'ombra di illegittimità per contrasto con la medesima normativa europea anche sulla contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, di cui all'art. 10 bis del Testo Unico Immigrazione⁴⁶, come già prospettato dalla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Rovigo, Sezione Distaccata di Adria, con ordinanza in data 15 luglio 2011 sul caso *Sagor*, in relazione al quale è attesa una nuova decisione della Corte di Giustizia⁴⁷.

44 Art. L. 621-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

45 Per un ampio approfondimento sulla sentenza del 6 dicembre 2011, *Achughbadian contro Préfet du Val-de-Marne*, causa C-329/11 si vedano L. D'ambrosio, *Se una notte d'inverno un...sans papiers. La corte di giustizia dichiara il reato di ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla direttiva rimpatri*, in "Diritto penale contemporaneo", 2012 e L. Masera, *La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri il reato di clandestinità previsto nell'ordinamento francese*, in "Diritto Penale Contemporaneo", 2011.

46 A seguito delle modifiche apportate con il "Pacchetto sicurezza" del 2009, l'articolo 10bis del Testo Unico sull'immigrazione prevede, in caso di ingresso e soggiorno irregolare, la pena pecuniaria dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, che può essere sostituita con la misura dell'espulsione mediante accompagnamento coattivo alla frontiera.

47 Altre ordinanze di rimessione sono state pronunciate dai giudici di pace di Mestre e di Lecce, mentre altri giudici di merito, sul presupposto di una difformità dalla Direttiva, hanno direttamente disapplicato la norma incriminatrice (si vedano in proposito G.d.P. Roma, 16.6.2011

LA POLITICA DEI RESPINGIMENTI IN MARE

Le politiche di contrasto all'immigrazione clandestina sono state censurate dalla giurisprudenza sovranazionale anche con riguardo ai c.d. "respingimenti in mare", disposti dalle autorità di pubblica sicurezza al fine di evitare lo sbarco nelle coste italiane delle imbarcazioni contenenti immigrati privi del permesso di soggiorno.

Il 23 febbraio 2012, infatti, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito della procedura *Hirsi Jamaa e altri contro Italia*, ha condannato all'unanimità il nostro Paese per violazione degli artt. 3 e 13 della CEDU, nonché dell'art. 4 del suo Protocollo n. 4.

La sentenza in oggetto, definitiva ai sensi dell'articolo 44, comma 1, della Convenzione stessa⁴⁸, trae origine da quanto avvenuto il 6 maggio 2009, quando circa duecento stranieri, diretti in Italia su tre imbarcazioni, furono intercettati dalle autorità di sicurezza italiane in acque internazionali⁴⁹, trasferiti a bordo delle

e G.d.P. di Torino, 22.2.2011). Sul punto si veda G. L. Gatta, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis t.u. imm.) e la direttiva rimpatri*, in "Diritto penale contemporaneo", 2012.

48 Articolo 44 (Sentenze definitive): La sentenza della Grande Camera è definitiva.

49 Più precisamente, le imbarcazioni furono intercettate all'interno della zona SAR (*Search and Rescue*) di responsabilità maltese. La Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979 (*Maritime Search and Rescue Sar*), prevede che, qualora i migranti in navigazione si trovino in stato di pericolo, ogni nave del Paese responsabile della relativa zona SAR abbia il dovere di soccorrerli e trasbordarli sulle proprie unità navali. In base alla Convenzione, a cui l'Italia ha aderito e ha dato esecuzione con legge 3 aprile 1989, n. 147, pertanto, le navi italiane hanno l'obbligo di procedere alle operazioni di soccorso e condurre i migranti in un territorio ove possano essere protetti dalle violazioni dei diritti umani e presentare domanda di asilo e protezione internazionale. La Convenzione, inoltre, ha previsto la stipula di accordi per la delimitazione tra gli Stati delle zone SAR di propria competenza. Per quanto riguarda il Mar Mediterraneo nel corso della Conferenza IMO (*International Maritime Organization*) di Valencia del 1997 si è provveduto ad approvare un «*General Agreement on a Provisional SAR Plan*». Il governo maltese, tuttavia, responsabile di una zona di vastissima, si è avvalsa sinora della cooperazione dell'Italia, stipulando altresì alcuni accordi con la Grecia e la Libia per affidare loro, rispettivamente, il pattugliamento della parte orientale e meridionale della sua zona.

navi italiane e riportati in Libia, da dove erano partiti, in conformità agli accordi bilaterali italo-libici conclusi dai reciproci Governi⁵⁰.

Gli stranieri respinti non vennero identificati, né sottoposti ad alcun accertamento sulla loro provenienza, sullo stato di salute o sulla loro eventuale minore età, in violazione di quanto previsto in materia di diritto di asilo prevista dal diritto internazionale⁵¹, oltre che dallo stesso ordinamento italiano⁵².

Per un approfondimento in dottrina, si veda F. Caffio, *Un accordo euromediterraneo per il salvataggio dei migranti*, in "www.affarinternazionali.it".

50 Il "Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista", firmato a Bengasi il 30 agosto 2008 e ratificato dall'Italia con Legge 6 febbraio 2009, n. 7, prevede la collaborazione bilaterale tra i due Paesi in materia di immigrazione, richiamandosi all'Accordo per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di stupefacenti e sostanze psicotrope e alla immigrazione clandestina, firmato a Roma il 13 dicembre 2000 (pubblicato nella G.U. n. 111 S.O. del 15.05.2003) e ai successivi protocolli di collaborazione firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007. Questi ultimi, in particolare, prevedono che l'Italia e la Libia organizzino pattugliamenti marittimi con sei unità navali cedute temporaneamente dall'Italia e equipaggi misti, al fine di effettuare operazioni di controllo, ricerca e salvataggio nei luoghi di partenza e di transito delle imbarcazioni dedite al trasporto di immigrati clandestini, sia in acque territoriali libiche che internazionali. Per un commento agli accordi citati, con diversi rilievi critici, si veda P. Bonetti, S. Romanotto, *Respingimenti*, scheda a cura di ASGI.It, sito dell'Associazione per gli Studi Giuridici in materia di immigrazione, 14 settembre 2009.

51 Ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati (ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge n. 722/1954), durante le operazioni di pubblico soccorso ogni straniero entrato illegalmente nel territorio di uno Stato aderente ha comunque diritto di presentare istanza di protezione internazionale, se ha il timore fondato di subire nel Paese di origine o di provenienza persecuzione per motivi politici, religiosi o di appartenenza a gruppi o se ritiene che nel Paese di origine o provenienza possa subire un danno grave derivante da pena di morte, tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti o dalla violenza generalizzata in situazione di conflitto armato interno o internazionale.

52 L'art.10 comma 3, della Costituzione italiana prevede che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

L'episodio citato segnò l'avvio di una rigida politica di contrasto dell'afflusso di stranieri dalle coste nordafricane che, nel corso del 2009, portò a effettuare nove operazioni analoghe in acque internazionali.

Il caso portato all'attenzione della CEDU ha preso origine dal ricorso di ventiquattro cittadini somali ed eritrei, respinti il 6 maggio 2009, sollevato per la violazione di alcuni diritti fondamentali ivi previsti, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione stessa⁵³.

La Corte è giunta a una condanna unanime dell'Italia, ritenuta responsabile, in primo luogo della violazione dell'articolo 3 della CEDU⁵⁴ per aver esposto i ricorrenti al rischio di trattamenti inumani o degradanti in Libia e nei loro Paesi d'origine, rigettando la difesa del Governo italiano secondo la quale nessuno degli stranieri respinti aveva proposto formalmente richiesta di asilo alle autorità nazionali. Al riguardo, la CEDU ha affermato che, di fronte a una situazione di così chiara e sistematica violazione dei diritti umani, come quella perpetrata nei Paesi di provenienza degli immigrati e nel territorio cirenaico, sarebbe stato compito dell'Italia verificare a quale trattamento si stavano esponendo i ricorrenti attraverso la loro consegna alle autorità libiche, a prescindere da una concreta richiesta di asilo.

Né è stata accolta l'obiezione italiana ai sensi della quale la ratifica da parte della Libia di numerosi Trattati internazionali sulla protezione dei diritti umani e la presenza sul suo territorio dell'UNHCR - l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati - costituirebbe un'adeguata garanzia del rispetto dei diritti umani fondamentali da parte delle autorità del Paese nordafricano.

A tal proposito, la Corte ha richiamato il principio generale del c.d. *non refoulement*, in

53 Articolo 34 (Ricorsi individuali): La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto.

54 Articolo 3 (Divieto di tortura): Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamento inumani o degradanti.

base al quale è fatto divieto agli Stati di espellere o respingere un rifugiato verso un Paese ove la sua integrità fisica o la sua libertà sarebbero minacciate a causa di persecuzioni fondate su motivi razziali, politiche o altre situazioni personali. Detto principio, che si colloca tra i pilastri fondamentali del diritto internazionale dei rifugiati e delle più importanti convenzioni sui diritti umani⁵⁵, è stato preso in considerazione, nel caso di specie, anche nella sua accezione di “*non refoulement* indiretto”, ai sensi della quale, in caso di espulsione, lo Stato ha l’obbligo di assicurarsi che il Paese di destinazione offra garanzie sufficienti a evitare che lo straniero venga da lì rimpatriato nel proprio Paese di origine, senza aver prima effettuato una valutazione del rischio di subire violazioni dei propri diritti fondamentali⁵⁶.

Il divieto di *refoulement* indiretto, riconosciuto vigente anche in forza della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, come ricordato in calce alla sentenza nelle Opinioni Concordate redatte dal giudice Pinto De Albuquerque, e, a livello europeo, ha trovato un ufficiale riconoscimento nell’articolo 19, comma 2, della Carta di Nizza⁵⁷.

55 L’articolo 33 della Convenzione di Ginevra sullo Statuto dei Rifugiati prevede, in particolare, che nessuno Stato contraente possa «respingere, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

56 Il principio di *non refoulement* indiretto è stato riconosciuto sia dall’Alto Commissariato ONU per i rifugiati (Nota sulla protezione internazionale del 13 settembre 2001, A/AC.96/951, § 16), che la giurisprudenza della CEDU (sentenza *T.I. contro Regno Unito* n. 43844/98, del 7 marzo 2000; sentenza *Muslim c. Turquie*, n. 53566/99, §§ 72-76, del 26 aprile 2005; sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia* n° 30696/09 del 21 gennaio 2011). Per un approfondimento sull’ultima sentenza citata si veda F. Morrone. “*La Corte di Strasburgo si pronuncia sull’applicazione del Regolamento Dublino: sentenza M.S.S. c. Belgio e Grecia*”, in “*Diritti Umani in Italia*”, 16 Novembre 2011. Per una analisi generale sul principio di *non-refoulement* si veda, invece, A. Guterres (Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati), “*Osservazioni all’apertura dell’anno giudiziario della Corte Europea per i Diritti Umani*”, Strasburgo, 28 gennaio 2011.

57 Articolo 19, comma 2: Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura

Benchè il principio di *non-refoulement* sia previsto in materia di protezione internazionale da garantire a coloro che posseggono lo *status* di rifugiato, la Corte ha rilevato come né il diritto internazionale né il sistema complesso di protezione dei diritti dell’uomo consentano di effettuare una discriminazione tra il regime applicabile ai rifugiati in senso tecnico e coloro che risultino beneficiari di una protezione complementare, ritenendo che «non vi sia alcuna ragione legittima per offrire ai rifugiati *de jure* una protezione migliore rispetto a quella dei rifugiati *de facto*»⁵⁸.

Nell’asserire l’orientamento in questione, diretto a estendere il divieto di respingimento in tutti i casi di assenza di un preliminare controllo sulle condizioni giuridiche dello straniero e sui rischi ai quali lo stesso viene sottoposto, la Corte fa proprie le conclusioni già da alcuni anni adottate da altre corti e istituzioni poste a tutela dei diritti umani, secondo le quali il divieto di *refoulement* non deve essere circoscritto al territorio di uno Stato, ma deve ritenersi esteso anche alle azioni extra-territoriali, e, segnatamente, alle operazioni condotte in mare aperto. Tali argomentazioni sono state mutate, in particolare, dall’interpretazione fornita al diritto internazionale dei rifugiati dalla Commissione interamericana dei diritti dell’uomo⁵⁹, dall’Alto Commissariato delle

o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

58 Opinioni Concordate redatte dal giudice Pinto De Albuquerque. Al riguardo, il giudice cita la Raccomandazione n. R (84) 1 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa sulla protezione delle persone che soddisfino i criteri della Convenzione di Ginevra ma che non siano formalmente riconosciuti come rifugiati, contenuta in UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, 1992, par. 28, ove si afferma, con espressione piuttosto eloquente, che «*a person does not become a refugee because of recognition, but is recognised because he or she is a refugee*».

59 Sentenza sul caso *Haitian Centre for Human Rights et al. v. United States*, Case 10/675, Report n. 51/96 del 13 marzo 1997, § 157, nella quale si afferma che “nessuna limitazione geografica” è ammessa con riguardo dalle obbligazioni di *non-refoulement* derivanti dall’art.33 della Convenzione delle Nazioni Unite sui rifugiati, par.163; la Commissione interamericana ha concluso affermando che le operazioni di respingimento condotte dagli Stati Uniti avevano violato altresì l’articolo XXVII della Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell’uomo.

Nazioni Unite per i rifugiati⁶⁰ e dal Comitato dell'ONU contro la tortura⁶¹.

Ciò che è stato contestato all'Italia, infatti, è l'omissione dell'esame delle situazioni individuali in capo agli stranieri respinti, al fine da accertare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della tutela internazionale prevista per i rifugiati. Benchè le operazioni non siano avvenute in territorio italiano, a giudizio della Corte, tuttavia, gli stranieri dovevano considerarsi comunque posti di fatto sotto il suo controllo effettivo.

L'orientamento in questione appare espressivo, inoltre, di una generale tendenza delle diverse corti internazionali sui diritti umani a esercitare una reciproca influenza dal punto di vista della tutela giuridica garantita, anche in contrasto con gli orientamenti adottati dalle magistrature interne⁶².

In secondo luogo, l'Italia è stata condannata per l'asserita violazione dell'art. 4, Protocollo n. 4 della CEDU, che proibisce le espulsioni collettive di stranieri⁶³.

L'articolo citato, emendato dal protocollo n° 11, firmato a Strasburgo il 16 settembre 1963, ra-

60 Background note on the protection of asylum-seekers and refugees at sea. UN High Commissioner for Refugees responds to US Supreme Court Decision in *Sale v. Haitian Centers Council*, in "International Legal Materials", XXXII (1993), p. 1215.

61 Conclusioni e raccomandazioni del Comitato contro la tortura, concernenti il secondo rapporto periodico degli Stati Uniti, CAT/C/USA/CO/2, 2006, §§ 15 et 20, nel quale si dichiara che lo Stato deve vigilare affinché l'obbligo di *non-refoulement* venga attuato nei confronti di tutte le persone poste sotto il suo «controllo effettivo», ovunque essi si trovino.

62 Si vedano in proposito le sentenze pronunciate dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America sul caso *Sale v. Haitian Centers Council*, 509/US 155, 1993 e della Corte Suprema australiana sui casi *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Haji Ibrahim*, HCA 55, del 26 ottobre 2000, § 136, e *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, HCA 14, dell'11 aprile 2002, § 42.

63 Articolo 4 (Divieto di espulsioni collettive di stranieri): Le espulsioni collettive di stranieri sono vietate. Il medesimo divieto è sancito altresì dall'articolo 19, comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dall'articolo 12, comma 5 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; dall'articolo 22, comma 9 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, nonché dall'articolo 26, comma 2 della Carta araba dei diritti dell'uomo.

tificato e reso esecutivo con D.P.R. 14 aprile 1982 n. 217, è stato ritenuto oggetto di violazione nonostante l'assenza di formali provvedimenti amministrativi adottati dallo Stato. Anche il comportamento materiale, dunque, è stato ritenuto idoneo a ricadere nell'ambito di applicazione delle disposizioni di tutela delle libertà e diritti fondamentali di cui al citato Protocollo, in conformità a quanto affermato nel Parere dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati del 26 gennaio 2007⁶⁴, nel quale si afferma che la Convenzione di Ginevra del 1951 introduce divieto per gli Stati di respingere "in qualsiasi modo" colui che intenda chiedere il rifugio politico⁶⁵, dovendosi conseguentemente ritenere illegittima qualsiasi misura - formale o materiale - con cui venga impedito a un richiedente asilo l'ingresso sul territorio nazionale al fine di chiedere protezione.

Passando all'esame delle motivazioni, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo devono considerarsi espulsioni collettive tutte quelle misure che obbligano gli stranieri "in quanto gruppo" a lasciare un Paese, salvo i casi in cui una simile misura venga assunta sulla base di un esame ragionevole e obiettivo della situazione particolare di ciascuno degli stranieri che formano il gruppo, fermo restando che anche in tali casi l'applicazione di una decisione di espulsione può integrare una violazione art. 4 del Protocollo n. 4⁶⁶.

64 Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di *non-refoulement* derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967.

65 L'art. 33 (Divieto d'espulsione e di rinvio al confine) della Convenzione ONU sullo statuto dei rifugiati del 1951 dispone, infatti, che «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

66 Sul punto si vedano le sentenze emesse dalla CEDU in relazione ai casi *Becker c. Danimarca*, del 3 ottobre 1975; *Alikabs e altri c. Paesi Bassi* (ric. N. 14209/88) e *B. e altri c. Paesi Bassi* (ric. n. 14457/88), decisioni del 16 dicembre 1988; *Andric c. Svezia*, decisione del 23 febbraio 1999 (ric. n. 45917/99); *Conka, c. Belgio*, del 5 febbraio 2002, ric. n. 51564/99; *Sultani c. Francia*, del 20 settembre 2007. Particolare rilievo in materia è rivestito dalla decisione sul caso *Conka contro Belgio*, con la quale la CEDU ha as-

La violazione *de quo* è stata asserita, tuttavia, in forza un'interpretazione estensiva ed evolutiva, da parte della giurisprudenza CEDU, dell'articolo in questione. La Corte di Strasburgo, infatti, per la prima volta ha ritenuto che debba considerarsi idoneo a costituire violazione del divieto di espulsioni collettive anche il rinvio di migranti che non siano mai entrati nel territorio del Paese. Fino ad oggi, infatti, la CEDU aveva preso in considerazione l'ipotesi di espulsione degli stranieri solamente con riguardo all'eventualità che questi avessero già fatto formalmente ingresso nello Stato interessato.

In base al predetto orientamento, la Corte è arrivata a respingere le difese invocate dal Governo italiano, il quale sosteneva la sostanziale e insuperabile distinzione esistente tra il respingimento in mare, che costituirebbe un rifiuto di autorizzare l'ingresso, e l'espulsione di uno straniero già presente sul territorio.

La Corte ha fondato il proprio convincimento sulla volontà di rendere la Convenzione europea uno strumento "concreto ed efficace" e non "teorico e illusorio", alla luce dei casi concreti e delle condizioni attuali⁶⁷. Pertanto, se lo scopo dell'art. 4, Protocollo n. 4, è quello di impedire agli Stati di espellere degli stranieri senza esaminare le loro circostanze personali, se ne deve concludere che qualsiasi comportamento diretto ad allontanare gli stranieri dal proprio territorio, benché questi non vi abbiano ancora fatto ingresso, costituisce una violazione del diritto fondamentale dello straniero a richiedere il diritto di asilo.

serito che il Belgio avesse violato il divieto di espulsione di massa di stranieri nell'ottobre 1999, quando settantaquattro zingari di etnia Rom e di origine slovacca, richiedenti asilo, furono espulsi. Benché non si tratti della prima volta in cui la Corte si sia espressa in relazione a un caso riguardante l'espulsione collettiva di Rom, la sentenza rileva in quanto per la prima volta la Corte ha rinvenuto una violazione dell'Articolo 4 del Protocollo n. 4, che proibisce le espulsioni collettive di stranieri. In particolare, la Corte ha condannato il Belgio in quanto «*at no stage in the period between the service of the notice on the aliens to attend the police station and their expulsion had the procedure afforded sufficient guarantees demonstrating that the personal circumstances of each of those concerned had been genuinely and individually taken into account*», con una formulazione simile a quella adottata nel caso *Hirsi*.

67 Paragrafo 175 della Sentenza.

Infine, l'Italia è stata condannata per violazione dell'art. 13 CEDU⁶⁸, in combinato disposto con l'art. 3 e l'art. 4 Protocollo n. 4, che sancisce il diritto di difesa nelle ipotesi di supposta violazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione. A tal fine, la Corte ha ritenuto che, nell'ambito di applicazione del principio di *non refoulement*, il diritto di difesa deve declinarsi nel senso di ritenere necessario uno «scrutinio rigoroso e indipendente» della posizione giuridica individuale, tale da prevedere la possibilità di sospendere l'applicazione della misura impugnata⁶⁹.

Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, la corretta applicazione del principio *de quo* comporta due inevitabili corollari: il dovere per lo Stato di informare il migrante del suo diritto a ottenere una protezione internazionale e il dovere di offrire una procedura individuale, equa ed effettiva, che permetta di determinare se sussistano i presupposti per l'applicazione della tutela riservata ai rifugiati dal diritto interno e internazionale. A tal fine, si rende necessaria una valutazione personale, svolta con esclusivo riguardo a ogni straniero coinvolto.

È evidente, al riguardo, che la prassi dei respingimenti in mare priva i migranti della possibilità di far valere le proprie ragioni davanti a un'autorità competente prima che la misura sia eseguita.

All'impossibilità di presentare domanda di protezione internazionale contro il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, è conseguita – secondo la Corte di Strasburgo – la violazione del diritto ad un ricorso effettivo contro le misure limitative della libertà personale, quali il respingimento e l'espulsione.

In questo senso, la Corte ha ripreso quanto già affermato in occasione della sentenza emessa in data 26 aprile 2007 relativamente al caso *Gebremedhin contro Francia*⁷⁰, concernente

68 Articolo 13 (Diritto a un ricorso effettivo): Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

69 Paragrafo 1198.

70 Il ricorrente, cittadino dell'Eritrea, venne arrestato nel proprio Paese d'origine a causa della sua attività professionale di reporter. Fuggito dal carcere, nel qua-

un'ipotesi di respingimento alla frontiera di un richiedente asilo. Anche nella decisione citata, infatti, la Corte aveva ritenuto sussistere una violazione dell'articolo 13 della Convenzione, in combinato disposto con l'articolo 3, in ragione dell'impossibilità per i richiedenti asilo di ottenere la sospensione della propria espulsione o respingimento in attesa dell'esito di un ricorso contro il rifiuto del permesso di fare ingresso nel territorio dello Stato. La violazione era apparsa evidente, in particolare, in quanto il migrante veniva in tal modo a essere sottoposto al serio rischio di subire trattamenti inumani o degradanti nel Paese di destinazione⁷¹.

CONCLUSIONI:

IL DIVARIO TRA GIURISPRUDENZA E LEGGE

Per concludere, è possibile rilevare come, nel giro di pochi anni, la giurisprudenza abbia radicalmente riformato il sistema interno di controllo dell'immigrazione irregolare, facendo emergere una significativa tensione tra diritto positivo ed elaborazioni pretorie.

Negli ultimi mesi, in particolare, in materia di politiche di contrasto alla clandestinità si è assistito a un'evidente «delegittimazione dei

sistemi politici costituzionali statali»⁷², con conseguente sottrazione della materia al potere legislativo a favore di quello giudiziario. Il fenomeno ha avuto quale esito una sistematica ridefinizione della disciplina originariamente prevista dal Pacchetto Sicurezza del 2009.

Un altro profilo di estremo interesse è costituito dalla reciproca influenza delle diverse corti nazionali e internazionali in materia di tutela dello straniero e rispetto dei diritti umani. I recenti orientamenti della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione europea hanno posto in luce, infatti, non solamente un naturale condizionamento tra le stesse, ma anche una decisa influenza degli orientamenti emersi in materia di tutela dei diritti umani nelle pronunce della CEDU.

In proposito appare utile ricordare come il Trattato di Lisbona⁷³, oltre a conferire alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati, abbia previsto l'espressa adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sancendo altresì che i diritti fondamentali ivi contenuti facciano parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali⁷⁴.

Benchè il Trattato di Lisbona, al momento, non abbia comportato l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì la sua utilizzabilità a livello di "principio generale" del diritto dell'Unione, al pari delle tradizioni co-

le asseriva essere stato sottoposto a tortura, giunse all'aeroporto Charles de Gaulle di Parigi, passando per il Sudan. Nonostante al proprio arrivo avesse presentato domanda di asilo, la stessa venne respinta dal Ministero dell'Interno, che disponeva pertanto il suo rientro in Eritrea. Il ricorrente si appellò alla Corte europea, asserendo l'avvenuta violazione sia dell'art. 13 della Cedu sul diritto di difesa, in quanto la legge francese non prevede un rimedio con effetto sospensivo contro le decisioni che impongono il respingimento di un cittadino straniero. La Corte, accogliendo il ricorso, ha condannato la Francia per violazione dell'art. 13 della Cedu, in quanto la procedura di richiesta di asilo prevista dalla normativa interna non prevedeva l'effetto sospensivo nei confronti della decisione di espulsione per l'ipotesi di appello.

71 Per un approfondimento si vedano, in dottrina, C. Senelar-Gil, *Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire: le référé-liberté, remède ou placebo? Quelques réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007 Gebremedhin c/ France*, in www.guglielmi.fr; A. Chouk, *La France, condamnée par la Cour européenne, réforme à reculons*, in "Justice", 2007, n. 191, pp. 28-30.

72 L'espressione è di P. Bilancia, cit.

73 Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 è entrato in vigore il 1 dicembre 2009 ed è stato ratificato dall'Italia con la Legge 2 agosto 2008, n. 130 recante «Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007».

74 L'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, prevede che «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

stituzionali comuni agli Stati membri⁷⁵, appare con una certa evidenza come la Corte di Giustizia, negli ultimi anni, e in particolare a partire dal 2009, abbia assunto la prassi di richiamare costantemente la giurisprudenza della corte di Strasburgo nei propri pronunciamenti⁷⁶.

Una conseguenza estremamente rilevante di questa reciproca influenza tra le diverse giurisdizioni, oltre alla progressiva convergenza delle elaborazioni giuridiche in materia di diritti fondamentali, è un più incisivo adeguamento delle leggi ordinarie a tutti quei principi e valori di origine pattizia, ma anche pretoria, che vengono ad affermarsi a livello sovranazionale.

Questo processo di revisione giurisprudenziale delle norma in materia di immigrazione appare orientare il sistema giuridico nazionale nella direzione di una profonda rilettura dei diritti fondamentali e dello stesso patrimonio costituzionale interno.

Attraverso le elaborazioni della giurisprudenza CEDU, ad esempio, la Corte Costituzionale è giunta a valorizzare e ridefinire il ruolo fondamentale del diritto di contrarre matrimonio, che attraverso la sua espressa formulazione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché nella Carta di Nizza, è giunto a declinarsi in maniera più incisiva di quanto finora avvenuto.

La medesima considerazione può essere ripetuta per altri diritti fondamentali, tra i quali

75 Sul punto si veda, tra gli altri, A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? In margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato*, in "www.neldiritto.it". L'Autore confuta quanto recentemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, in aperta contraddizione con i precedenti indirizzi espressi dalla Corte Costituzionale, in materia di "comunitarizzazione" dell'intero complesso normativo contenuto nella CEDU. Sul valore giuridico della CEDU a seguito del Trattato di Lisbona si vedano anche P. Cafari, L. Tomasi, *Il futuro della Cedu tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell'Unione*, in "Dir. pubbl. comp. eur.", X (2008), p. 197 e L. Daniele, N. Parisi, A. Giannelli, A. Bultrini, S. Amadeo, P. Simone, *La protezione dei diritti dell'uomo nell'unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in "Il diritto dell'Unione europea", XIV (2009), n. 3.

76 Sul fenomeno di "osmosi" tra i diversi sistemi giuridici, che caratterizza la tutela multilivello dei diritti fondamentali, si veda P. Bilancia, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in "www.associazionedeico-stituzionalisti.it".

emergono quello della libertà personale e del diritto di difesa, che pur facendo parte parte della tradizione culturale e costituzionale italiana, attraverso una giurisprudenza "multilivello" hanno acquisito una nuova e più penetrante accezione.

Questa reciproca "trasmigrazione di garanzie", in definitiva, sta gradualmente rimodulando l'ordinamento nazionale. Con specifico riferimento al diritto dell'immigrazione, e in particolare al trattamento giuridico dello straniero irregolarmente presente sul territorio dello Stato, appare con una certa evidenza come le scelte politiche del legislatore italiano non possano più esimersi dal rigido rispetto delle garanzie e dei principi fondamentali affermati a livello europeo e internazionale, non solo dalle norme di carattere pattizio, ma anche dalle relative elaborazioni giurisprudenziali.

Chiara Ferretto, dottoranda di ricerca, XXV ciclo – Scuola di dottorato in Giurisprudenza, Università degli Studi di Padova. Pubblicazioni: Le Nuove Costituzioni Balcaniche: Paradigma individualistico o Paradigma sociale, in "Federalismi.it", settembre 2009; Le quote d'ingresso degli stranieri nella riforma federale. Riflessioni sull'opportunità di affidare maggiori competenze a livello regionale, in "Federalismi.it", luglio 2011.

chiarafferretto@yahoo.it