

## NOTE E COMMENTI

**Chiara Ferretto – Respingimenti in mare: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia all'unanimità. Considerazioni sulla sentenza Hirsi**

## CRONACHE DAL MONDO

**ROMANIA – La Corte costituzionale dichiara illegittima una controversa legge elettorale**

**FRANCIA – Il *Conseil constitutionnel* dichiara irricevibile una QPC direttamente rimessa da un ricorrente, ridefinendo le norme sull'accesso in caso di inerzia dei giudici del rinvio**

**CILE – Approvata una riforma costituzionale riguardante le autonomie territoriali**

**FRANCIA – Il *Conseil constitutionnel* conferma la legittimità della contestata procedura per la presentazione delle candidature alle presidenziali**

**GERMANIA – Il Tribunale costituzionale tedesco torna a pronunciarsi sulla legge che regola il meccanismo di stabilità europeo in Germania**

**MALI – Sospesa la Costituzione a seguito di un colpo di Stato militare e avviato un difficile processo di transizione democratica**

**SIRIA – È stata approvata ed è entrata in vigore la nuova Costituzione**

**TUNISIA – Adottata una Costituzione provvisoria**



## **Romania. La Corte costituzionale dichiara illegittima una controversa legge elettorale**

di Elena Sorda

Il 25 gennaio scorso la Corte costituzionale rumena si è pronunciata su un ricorso di costituzionalità relativo alla nuova legge elettorale, dichiarandola illegittima.

Nel dicembre 2011 il Parlamento rumeno aveva approvato una legge in materia elettorale che modificava sia la precedente legge sulle elezioni parlamentari (l. 35/2008) che quella sulle elezioni locali (l. 215/2001).

La nuova disciplina, che è stata oggetto di dibattito solamente in una fase iniziale del suo *iter*, quando il Ministero della giustizia ha reso pubblico il progetto, è stata approvata senza alcuna discussione in Parlamento e avrebbe dovuto trovare applicazione nelle elezioni previste in Romania per la fine del 2012.

Uno degli aspetti più criticati, oltre alla mancata discussione in sede parlamentare, concerneva la norma secondo cui le elezioni delle amministrazioni locali e quelle di Camera e Senato avrebbero dovuto svolgersi nella stessa domenica. Si sarebbe trattato di una novità assoluta per l'ordinamento rumeno in quanto in passato è accaduto che le elezioni politiche e quelle amministrative si tenessero nello stesso anno, ma sempre a distanza di vari mesi.

I fautori della nuova disciplina avevano evidenziato che, così facendo, si sarebbero abbattuti i costi elettorali, anche in caso di ballottaggio. Altri, invece, avevano sostenuto che la contestualità avrebbe aumentato esponenzialmente il rischio di frode, nonché la complessiva confusione presso i seggi elettorali e l'impossibilità di fare controlli efficienti.

La Corte si è pronunciata sul ricorso avanzato da due partiti dell'opposizione, quello Sociale Democratico e quello Liberale, e, dopo una lunga discussione, ha accolto le loro tesi ritenendo incostituzionale la disposizione che prevedeva lo svolgimento contestuale delle elezioni locali e parlamentari.



## Francia. Il Conseil constitutionnel dichiara irricevibile una QPC direttamente rimessa da un ricorrente, ridefinendo le norme sull'accesso in caso di inerzia dei giudici del rinvio

di Anna Maria Lecis Cocco-Ortu

Il *Conseil constitutionnel*, con la [decisione n. 2012-237](#) del 15 febbraio, ha rigettato l'istanza di rimessione diretta di una questione incidentale da parte del difensore del ricorrente, motivata sulla base della mancata pronuncia da parte della Cassazione entro il termine imposto dall'[art. 23-4](#) della legge organica sul *Conseil constitutionnel*.

Il giudice costituzionale si è pronunciato in tal senso in evidente contrasto con la lettera dell'[art. 23-7](#) della stessa legge, il quale dispone che «qualora il *Conseil d'État* o la *Cour de cassation* non si siano pronunciati entro i termini previsti agli art. 23-4 e 23-5, la questione è trasmessa al *Conseil constitutionnel*», andando così a ridefinire in via giurisprudenziale la disciplina dell'accesso in caso di inerzia delle corti supreme.

Il *Conseil* fonda il rigetto dell'istanza sulla valutazione della condotta della Cassazione alla luce di una decisione di non rimessione su un'analogha questione.

Osservano infatti i giudici costituzionali che la Corte di cassazione si era pronunciata entro il termine di 3 mesi su un'altra QPC di identico contenuto proposta dal medesimo ricorrente, a una settimana di distanza dalla prima, nel corso di un analogo processo dinanzi ad altro giudice.

Il *Conseil* sembra ricollegare all'identità tra le due questioni la considerazione che «in queste condizioni, la Corte di cassazione si è dunque pronunciata, entro tre mesi dal ricorso dinanzi ad essa, sul rinvio della questione prioritaria di costituzionalità proposta dal ricorrente e relativa all'art. L. 3421-1 del codice della salute pubblica» (cons. n. 4). Il *Conseil* ridelinea così i termini della disciplina sull'accesso, dando un'interpretazione restrittiva alla disposizione a garanzia dei *justiciables* in caso di inerzia da parte delle Corti cui è demandato di agire in sede di secondo filtro.

Tale interpretazione va probabilmente compresa alla luce della pratica della QPC nei due anni appena trascorsi, che ha visto, contrariamente alla aspettative, una positiva collaborazione da parte delle corti supreme nel procedimento di rinvio delle questioni incidentali, scongiurando il rischio di annichilimento della nuova via di ricorso, che da alcuni era stato paventato. Ora, se la disposizione dovrebbe rappresentare una sorta di clausola di sicurezza a garanzia dei ricorrenti contro l'eventuale atteggiamento ostruzionista della Cassazione o del Consiglio di Stato, la pratica, che ha consacrato un grande successo in termini numerici della QPC, ha fatto sì che il rischio maggiore sia ora, più che l'eccessivo rigore nell'attività di filtro, l'eventuale intasamento dell'attività del giudice costituzionale. Il *Conseil*, nella sua funzione di interprete delle norme che regolano il giudizio dinanzi a sé, agisce dunque di conseguenza, interpretando in maniera restrittiva la norma sull'accesso diretto.



## **Cile. Approvata una riforma costituzionale riguardante le autonomie territoriali**

di Elena Sorda

Recentemente è stato modificato l'art. 126 bis della Costituzione cilena che individua l'Isola di Pasqua e l'Arcipelago Juan Fernández quali territori ad autonomia speciale e stabilisce che la loro organizzazione e il funzionamento di Governo e Autonomie locali devono essere disciplinati da statuti speciali approvati con leggi organiche costituzionali.

La legge di riforma costituzionale n. 20573, pubblicata il 6 marzo 2012, è intervenuta introducendo nella disposizione citata un comma che disciplina il diritto a risiedere, permanere e circolare da e verso i suddetti territori speciali. In particolare si dispone che la libertà di circolazione e soggiorno, già garantita dall'art. 19.7 della Costituzione, debba essere disciplinata per questi territori da leggi speciali approvate con maggioranza qualificata.

Si osservi che fino ad ora l'art. 126 bis, introdotto nella Costituzione cilena nel 2007, non è stato nella sostanza attuato. Infatti, a causa di disaccordi fra il Governo nazionale e le popolazioni delle zone insulari dell'Isola di Pasqua (o Rapa Nui, che dista circa 4000 km dalla costa cilena) e dell'Arcipelago Juan Fernández (che dista circa 800 km), ancora non sono stati approvati gli statuti che dovrebbero costituire il testo fondamentale per disciplinare il funzionamento degli organi locali.

Dopo che le popolazioni locali hanno per quasi vent'anni chiesto alle istituzioni centrali di disciplinare – limitandolo – il diritto di circolazione nei territori insulari, il progetto di riforma costituzionale, supportato dalla Presidente Bachelet, è stato presentato per la prima volta nel 2009; scopo principale della limitazione delle libertà di circolazione e soggiorno nei territori ad autonomia speciale è preservarne l'ambiente e l'habitat naturale e di incrementarne lo sviluppo in modo sostenibile. I territori, infatti, negli ultimi anni hanno visto la popolazione raddoppiare, ma solo la metà è di origine autoctona. Inoltre, trattandosi di zone pressoché incontaminate e poco sviluppate (l'Isola di Pasqua è parco naturale, nonché patrimonio UNESCO) l'improvviso incremento del numero di abitanti ha creato notevoli problemi per quanto riguarda le infrastrutture e la preservazione dell'ambiente e ha dato luogo a fenomeni spiacevoli quali l'aumento di criminalità, l'incapacità di assorbire le domande di lavoro, nonché un forte incremento dell'inquinamento.



## Francia. Il Conseil constitutionnel conferma la legittimità della contestata procedura per la presentazione della candidature alle presidenziali

di Anna Maria Lecis Cocco-Ortu

Il *Conseil constitutionnel*, con la [decisione n. 2012-233 QPC](#) dello scorso 21 febbraio, ha dichiarato la conformità a Costituzione della disposizione *ex art.* 3, par. I, c. 5 della legge relativa all'elezione del Presidente della Repubblica (legge n. 62-1292), respingendo la questione di costituzionalità posta da Marine Le Pen.

La norma in questione prevede la pubblicazione, prima delle elezioni, delle liste recanti i nomi e le cariche elettive dei cittadini che hanno sostenuto le candidature presidenziali ammesse, nel limite del numero richiesto per la validità delle stesse.

La legge prevede infatti, quanto alle modalità di presentazione delle candidature, il meccanismo del cosiddetto *parrainage*, secondo il quale ciascuna candidatura alle elezioni presidenziali deve essere sostenuta da almeno cinquecento cittadini titolari di cariche elettive, eletti in almeno trenta dipartimenti differenti, e i cui nomi, nel limite dei cinquecento richiesti, sono pubblicati a seguito della convalida della candidatura promossa, al più tardi l'ottavo giorno precedente la prima tornata elettorale. La disposizione che prevede la pubblicazione delle liste dei *parrains* – assente nel testo originario della legge, che anzi disponeva esplicitamente che i nomi a sostegno delle candidature non fossero resi pubblici – era stata introdotta nel

1976, con la legge n. 76-528, sulla base delle osservazioni formulate dal *Conseil constitutionnel*, in qualità di giudice elettorale, in occasione della proclamazione dei risultati dell'elezione presidenziale del 1974. Infatti, nella [decisione n. 74-33 PDR](#) del 24 maggio 1974, il *Conseil*, osservando che il sostegno ad una candidatura presidenziale da parte di un rappresentante eletto è un atto politico di grande peso, aveva auspicato che esso venisse «contornato da tutta la solennità necessaria», anche mediante la previsione «di rendere pubblica, per ogni candidato, la lista degli autori della presentazione [della candidatura]». Il legislatore aveva quindi accolto i suggerimenti del *Conseil*, inserendo nella disciplina della presentazione delle candidature la pubblicazione dei nomi dei *parrains*, ma solo nel limite dei cinquecento necessari alla validità della candidatura. Il giudice elettorale a sua volta, chiamato a stilare le liste da pubblicare, aveva stabilito che i nomi destinati alla pubblicazione venissero estratti a sorte ([decisione n. 81-30 ORGA](#) del 24 febbraio 1981).

La ricorrente ha denunciato l'incostituzionalità della norma che prevede la pubblicazione delle suddette liste, per violazione del principio di uguaglianza e segretezza del voto. Ha ritenuto, poi, che nemmeno il principio del pluralismo sarebbe sufficientemente garantito dalla procedura in vigore per la presentazione delle candidature, a causa dell'effetto dissuasivo prodotto dalla pubblicità delle firme rispetto al sostegno a certi candidati.

Due intervenienti hanno sostenuto, inoltre, che la norma violasse l'uguaglianza tra i cittadini eletti abilitati al sostegno delle candidature, per il fatto che la pubblicazione dei loro nomi nei limiti del numero richiesto dalla legge non garantirebbe a tutti la stessa visibilità.

Il *Conseil constitutionnel* non ha condiviso però alcuna delle censure prospettate. Quanto alla violazione della segretezza del voto, i giudici costituzionali osservano che il sostegno alla candidatura non è assimilabile all'espressione del voto e non è pertanto soggetto alla stessa garanzia di segretezza (cons. n. 7).

Quanto alle altre censure, si legge nella decisione che la pubblicità delle firme rappresenta un meccanismo predisposto dal legislatore proprio a garanzia della trasparenza nella procedura di scelta delle candidature, e che pertanto non è atto a limitare il pluralismo (cons. n. 8). Allo stesso principio, nonché a quello di

uguaglianza tra i candidati, è ispirata poi la scelta del legislatore di consentire la pubblicazione dei nomi dei cittadini che hanno promosso le candidature nel limite del numero utile alla valida presentazione delle stesse. La disparità di trattamento tra i sostenitori delle candidature, alcuni dei quali vedranno il proprio nome pubblicato a discapito di altri, è perciò da ritenersi ragionevole rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore di garantire l'uguaglianza tra i candidati (cons. n. 9).

Il *Conseil constitutionnel*, nella sua veste di giudice costituzionale, ha dunque confermato ancora una volta il tanto criticato sistema dei *parrainages* (che aveva già dichiarato conforme a Costituzione, in sede di controllo preventivo, con la [decisione n. 76-65 DC](#)), sebbene nell'altra veste, quella di garante della regolarità delle operazioni elettorali, non avesse fatto mistero della sua preferenza per la pubblicazione integrale delle liste dei sostenitori delle candidature. Anche all'indomani delle recenti presidenziali, con la [decisione 2012-155 PDR](#) del 21 giugno 2012, nella quale ha espresso le sue osservazioni sull'elezione, secondo la prassi invalsa per la quale il giudice elettorale propone agli organi politici tutte le misure che ritiene necessarie per il miglioramento dello svolgimento della consultazione, il *Conseil* ha osservato che, viste le critiche al meccanismo di pubblicazione che la disciplina elettorale costantemente subisce, una riflessione sul punto sarebbe senz'altro opportuna.



## Germania. Il Tribunale costituzionale tedesco torna a pronunciarsi sulla legge che regola il meccanismo di stabilità europeo in Germania

di Francesco Saitto

Il 28 febbraio il *Bundesverfassungsgericht* è nuovamente intervenuto sul tema della stabilità economica europea. Si era già recentemente occupato della questione nella sentenza del 7 settembre 2011 e nella decisione del 27 ottobre, con cui, in un primo momento, aveva deciso la sospensione cautelare della legge di modifica al meccanismo di stabilità entrata in vigore il 14 ottobre 2011 (*Gesetz zur Änderung des Stabilisierungsmechanismusgesetzes*) di cui si contestava la legittimità costituzionale. In particolare, il Tribunale, nel giudicare nel merito sulla costituzionalità di tale legge, si è pronunciato sulla possibilità di delegare, per motivi di urgenza e riservatezza, le politiche di bilancio connesse con il fondo di stabilità ad un *Sondergremium* (commissione speciale) di nuova istituzione, derogando così al principio per cui ad occuparsene debba essere il *Plenum* dell'assemblea. La legge prevede che i nove componenti della nuova commissione debbano essere scelti tra i membri della commissione bilancio.

In quest'ultima decisione del 28 febbraio (sentenza BVerfG, 2 BvE 8/11), nell'ambito di un conflitto tra organi (*Organstreit*) sollevato da alcuni deputati, il secondo senato del Tribunale costituzionale si è espresso, oltre che sull'estensione

del richiamato potere di delega, anche sul rispetto del principio per cui la composizione delle commissioni deve essere effettuata in modo tale da rispecchiare le forze presenti in Parlamento (principio della *Spiegelbildlichkeit*) e, da ultimo, sulla sospensione del potere di richiedere informazioni al Governo da parte del *Plenum* per le operazioni delegate al *Sondergremium*.

Ribadendo come le politiche di bilancio rappresentino il cuore delle competenze di uno Stato sovrano e, di conseguenza, indirettamente, del principio democratico, il *Bundesverfassungsgericht* ha reso una decisione piuttosto articolata ammettendo, in particolare, che i diritti dei parlamentari (*Statusrechte*) derivanti dal loro *status* di appartenenti al *Bundestag* (art. 38, c. 1 GG) fossero, almeno in parte, violati dalla normativa impugnata.

La legge che regola a livello interno le condizioni della partecipazione della Germania al sistema europeo di stabilità, infatti, così come modificata dal *Bundestag* permetteva di affidare le politiche di bilancio connesse con il fondo di stabilità ad un organo speciale, ridotto nella composizione rispetto ad una commissione normale (è composto da solo nove membri) per motivi di urgenza e riservatezza.

Un potere di delega così esteso, però, a parere dei giudici del secondo senato, viola i diritti dei singoli parlamentari (*Statusrechte*) e, in particolare, l'art. 38, Abs. 1, Satz. 2 del *Grundgesetz*. Secondo il Tribunale costituzionale, infatti, se si esclude l'acquisto di titoli sul mercato secondario, l'eccezione al principio per cui le politiche di bilancio debbano essere decise nel *Plenum* del *Bundestag* lede lo *status* dei deputati che, non appartenendo al *Sondergremium*, risultano del tutto esclusi da tali decisioni. La disposizione impugnata, in particolare, secondo il Tribunale, che tuttavia riconosce in linea generale il principio per cui il Parlamento deve essere libero di organizzare i suoi lavori, non è rispettosa del principio di proporzionalità.

Quanto al rispetto del principio della *Spiegelbildlichkeit* (per cui le commissioni devono rispecchiare i rapporti di forza tra gruppi presenti in Parlamento), anch'esso oggetto di ricorso, il *Bundesverfassungsgericht* ha considerato non incostituzionale la disciplina che non prevede espressamente l'applicazione di tale principio, offrendone tuttavia un'interpretazione conforme. Infatti, il Tribunale costituzionale, per quanto manchi un richiamo espresso, ha sancito che la norma deve essere interpretata come se il principio fosse esplicitamente enunciato.

Un'ultima questione, infine, concerneva la possibilità, per motivi di riservatezza, di sospendere il potere di controllo dell'attività del Governo in materia da parte del Parlamento, ponendo tale prerogativa in capo al *Sondergremium*. Anche su questo punto, il Tribunale ha proposto un'interpretazione conforme non dichiarando incostituzionale la disciplina e ammettendo che quando vi siano esigenze di particolare riservatezza sia possibile giustificare una deroga al potere in questione del *Bundestag* che però deve riespandersi immediatamente non appena cessino le ragioni che ne hanno determinato la compressione.



## **Mali. Sospesa la Costituzione a seguito di un colpo di Stato militare e avviato un difficile processo di transizione democratica**

di Anna Maria Lecis Cocco-Ortu

Lo scorso 21 marzo il Presidente maliano Amadou Toumani Touré è stato destituito da un colpo di stato militare, guidato dal capitano Amadou Sanogo. La Giunta militare, una volta insediatasi, ha immediatamente dichiarato la sospensione della Costituzione e annunciato l'istituzione di un Comitato nazionale per la ricostruzione della democrazia e la restaurazione dello Stato, nonché – come di consueto nei momenti successivi ad un colpo di Stato militare – proclamato un coprifuoco e ordinato l'arresto di molti dei membri del precedente Governo democratico.

La situazione di crisi istituzionale seguita al colpo di stato è sembrata destinata ad un epilogo in tempi brevi quando il 6 aprile, dopo soli 16 giorni dal suo insediamento, il capo della Giunta militare Sanogo ha firmato un accordo con l'ECOWAS, che prevedeva la fine della sospensione della Costituzione e il conferimento della presidenza *ad interim* al Presidente del Parlamento Dioncounda Traoré, in cambio dell'amnistia per i militari che avevano preso parte al colpo di stato e dello *status* privilegiato di ex Capo di Stato per Sanogo stesso. In seguito, tale accordo quadro è stato completato da uno di dettaglio, che prorogava la durata in carica di Traoré come “Presidente della transizione democratica” fino allo

svolgimento delle elezioni democratiche, entro 12 mesi, secondo quanto sancito dall'art. 36 della Costituzione del 1992. È sembrato dunque che si potesse agevolmente pervenire al ristabilimento della democrazia, grazie alle pressioni diplomatiche da parte della comunità internazionale e, soprattutto, grazie a misure concrete disposte dall'ECOWAS, quali l'embargo totale nei confronti del paese all'indomani dell'insediamento della Giunta militare.

Tuttavia, il Paese fronteggia ancora una situazione di crisi istituzionale e democratica, poiché la giunta militare non ha dato seguito all'accordo, sottoscritto da Sanogo, con il quale si era impegnata ad agevolare la transizione democratica e ha votato il conferimento della "Presidenza di transizione" proprio al capitano.

Intanto, il momento di vacanza istituzionale e politica ha favorito l'azione di gruppi ribelli indipendentisti e integralisti islamici, che si stanno spartendo il controllo dell'intera regione settentrionale del paese. I primi, che rivendicano ciclicamente l'autodeterminazione della popolazione Tuareg, chiedono l'indipendenza della regione desertica settentrionale; mentre i secondi punterebbero a sostenere la causa del Movimento nazionale indipendentista Tuareg per instaurare nello Stato di nuova formazione un governo islamico.



## Siria. È stata approvata ed è entrata in vigore la nuova Costituzione

di Luca Marfoli

Con il referendum costituzionale del 26 febbraio è stata approvata la [nuova Costituzione siriana](#), entrata poi in vigore a seguito del decreto del Presidente della Repubblica n. 94 del 28 febbraio. La nuova Carta costituzionale rappresenta un ulteriore capitolo del cambiamento politico-costituzionale in atto nel paese. La c.d. primavera araba e la repressione militare che ne è seguita da parte del Governo siriano, nonché la fine dello stato di emergenza proclamato nel 1963 – previsto con decreto legislativo n. 51 del 22 dicembre 1962 e proclamato con Ordinanza militare n. 2 del 8 marzo 1963 – costituiscono le premesse che hanno portato all’approvazione di una nuova Costituzione siriana.

La Siria formalmente è una Repubblica presidenziale che presenta alcuni caratteri distintivi rispetto alla struttura classica di questa forma di governo. A partire dagli anni Settanta del secolo scorso il paese è stato governato dal Partito Arabo Socialista Ba’ath, i cui principali esponenti sono membri della famiglia al-Assad e ricoprono la carica di Presidente ininterrottamente dal 1970. Il Presidente Hafez al-Assad, padre dell’attuale Presidente Bashar al-Assad, è stato l’artefice della [Costituzione del 13 marzo 1973](#) secondo la quale lo Stato si configura come Repubblica democratica, popolare, socialista, araba ([art. 1, Cost. 1973](#)). La suddetta Carta costituzionale prevedeva un sistema politico incentrato sul partito Partito

Arabo Socialista Ba'ath – «partito guida» nella società e nello Stato – ed una divisione dei poteri esecutivo, legislativo e giudiziario che voleva, almeno sulla carta, ricordare la tradizione costituzionale occidentale. Il potere esecutivo era per lo più in mano al Presidente della Repubblica – coadiuvato dal Primo ministro – che doveva essere un siriano arabo ed era eletto ogni sette anni attraverso una particolare procedura disciplinata all'art. 84. Questa procedura prevedeva che la proposta di un candidato fosse avanzata dal Partito Ba'ath al Parlamento che formalmente aveva il potere di nomina del Presidente (art. 71), ma doveva sottoporre la candidatura al vaglio popolare (art. 84). Il Presidente della Repubblica in determinati casi aveva anche poteri normativi di rango legislativo (art. 111), oltre a quello di promulgazione delle leggi, nonché il potere di veto nei confronti delle leggi approvate dal Parlamento (art. 98) e quello di sciogliere il Consiglio popolare (art. 107), ossia il Parlamento unicamerale siriano eletto ogni quattro anni con voto «generale, segreto, diretto e eguale» (art. 50 e 51). Il sistema giudiziario era influenzato dalle tradizioni ottomane, francesi e islamiche; era riconosciuta l'indipendenza dei giudici che era garantita dall'Alto consiglio della giustizia, presieduto dal Presidente della Repubblica. L'impronta fortemente presidenziale della forma di governo siriana che emerge dalla Costituzione del 1973 è stata ulteriormente accentuata dallo stato di emergenza durato quasi cinquant'anni. Oggi la fine dello stato di emergenza e la approvazione della nuova Costituzione potevano essere importanti tappe per una democratizzazione al paese, ma, come si vedrà, l'occasione non è stata colta e la nuova Costituzione non ha inciso sulla distribuzione effettiva del potere.

La novità più rilevante della nuova Carta è data dalla modifica dell'art. 8 che nella Costituzione del 1973 sanciva il ruolo guida del partito Ba'ath. Secondo il vecchio testo della disposizione costituzionale: «il partito guida nella società e nello Stato è il Partito Arabo Socialista Ba'ath. Questo guida un fronte progressista e patriottico cercando di riunire le risorse del popolo per metterle al servizio degli obiettivi della nazione araba». A differenza del sistema monopartitico previsto dalla disposizione appena citata il nuovo testo sembra disegnare invece un sistema politico pluripartitico prevedendo che «il sistema politico è basato sul principio del pluralismo politico». La disposizione mostra tuttavia forti limiti e contraddizioni. Il quarto comma del nuovo art. 8 vieta infatti sia la formazione che l'esercizio di qualsiasi attività politica da parte di «partiti religiosi o gruppi formati su basi

religiose, settarie, tribali, regionali o professionali, ovvero discriminatorie in base al sesso, l'origine, l'etnia o il colore». Questa disposizione sembra porsi in netto contrasto con la natura stessa del Partito Arabo Socialista Ba'ath ed escluderebbe dall'arena politica i partiti di origine curda e musulmana. Inoltre sembra arduo conciliare l'art. 8 suddetto con il Preambolo – che in base all'art. 151 è parte integrante della Costituzione stessa – in cui si trovano riferimenti all'«identità araba» e al «nemico sionista» e con l'art. 3 Cost. secondo cui il Presidente della Repubblica deve essere di «fede musulmana».

Una ulteriore novità nel nuovo testo costituzionale è rappresentata dalla procedura per la elezione del Presidente della Repubblica e dal limite dei due mandati presidenziali (art. 88). Non vengono però conteggiati ai fini dell'applicazione della nuova disposizione i mandati già svolti e quello in corso per cui il Presidente in carica al-Assad potrà, alla scadenza del mandato, ricandidarsi per altre due volte. La nuova procedura per l'elezione è disciplinata dagli artt. 85 e 86 in base ai quali il Presidente dell'Assemblea parlamentare dovrà fissare le elezioni tra i 90 e i 60 giorni precedenti la scadenza del mandato presidenziale. Le candidature dovranno essere presentate direttamente alla Corte costituzionale che dovrà verificare la sottoscrizione dei 35 membri del Parlamento necessari. Il candidato, così come i suoi genitori, dovrà avere «nazionalità araba-siriana» sin dalla nascita, non dovrà essere sposato con una donna non siriana e dovrà essere residente nel Paese in modo continuativo da almeno dieci anni (art. 84). Il Presidente verrà eletto con voto popolare; se nessun candidato ottenesse la maggioranza assoluta, si svolgerà un secondo turno di ballottaggio a cui parteciperanno i due candidati più votati nel primo. In generale, il Presidente della Repubblica conserva ampi poteri. Questi infatti decide «la politica generale dello Stato», nomina il Primo ministro e i Ministri (art. 97), promulga le leggi, propone disegni di legge al Parlamento (art. 112) e scioglie il Parlamento con propria decisione motivata (art. 111).

Infine la Costituzione prevede esplicitamente che le leggi vigenti al momento della sua entrata in vigore restano vigenti anche se in contrasto con il testo costituzionale (art. 154). In sostanza tutti i provvedimenti che hanno permesso la detenzione arbitraria e hanno proibito manifestazioni pacifiche – in deroga alle libertà fondamentali (artt. 33-34) – sarebbero mantenute in vigore. Le modifiche

introdotte non hanno trovato buona accoglienza presso la comunità internazionale che aveva già condannato la Siria per la repressione militare delle proteste della primavera araba e auspicava che la nuova Costituzione si muovesse su una linea di reale cambiamento.



## Tunisia. Adottata una Costituzione provvisoria

di Renato Ibrido

Lo scorso dicembre, l'Assemblea costituente tunisina ha approvato la [legge sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici](#) (*Loi constituyente n° 2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics*), un documento di natura costituzionale che regolerà il funzionamento delle istituzioni e degli organi costituzionali durante il periodo di transizione costituzionale.

Occorre ricordare che, a seguito della rivoluzione del “gelsomino” del gennaio 2011 e all'abbandono del Paese da parte del Presidente della Repubblica Ben Ali, il Consiglio costituzionale aveva dichiarato vacante la carica di Capo dello Stato (sulla rivoluzione del gelsomino, v. [DPCE online 2-2011](#)). Ai sensi dell'art. 57 della previgente [Costituzione](#), il Presidente della Camera dei deputati Fouad Mebazaâ aveva dunque assunto la funzione di supplente.

Successivamente, il 7 febbraio 2011, la Camera dei deputati approvava un [decreto-legge](#) (*Décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation provisoire des pouvoirs publics*), il quale, di fatto, si sostituiva alle norme della Costituzione relative all'organizzazione delle istituzioni. In particolare, il decreto abilitava il Presidente della Repubblica *ad interim* a riformare larghi settori della legislazione ordinaria, ad esempio attraverso l'adozione di un codice elettorale, una legge sui partiti politici ed un provvedimento di amnistia generale.

In base ai nuovi poteri conferiti dal decreto n. 2011-14, il Presidente della Repubblica supplente ha convocato le elezioni per l'Assemblea costituente, che si sono svolte tra il 20 ed il 23 ottobre 2011.

Le prime elezioni democratiche della storia tunisina hanno visto il successo del partito “*Mouvement Ennahda*”, il quale ha conseguito 89 dei 217 seggi in palio. La seconda formazione maggiormente rappresentata nell'Assemblea Costituente è il *Congrès pour la République*, al quale sono andati 29 seggi. I due partiti, assieme ad alcune formazioni minori, hanno successivamente proceduto a costituire una grande coalizione che dispone dei 2/3 circa dei seggi dell'Assemblea.

Dopo appena cinque giorni di lavori parlamentari, l'Assemblea costituente ha approvato, a larga maggioranza, la legge sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici. Il documento costituzionale provvisorio, il quale consiste di 26 articoli, ha infatti conseguito 141 voti favorevoli, 37 contrari e 39 astensioni.

Rispetto alla Costituzione del 1959, la legge sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici sembra voler valorizzare un percorso di progressiva “parlamentarizzazione” dell'assetto di governo tunisino, consolidando la posizione del Primo ministro rispetto a quella del Capo dello Stato. Significativa è, in questo senso, la scelta di attribuire la presidenza del Consiglio dei ministri al *premier*, funzione che la Costituzione del 1959 assegnava invece al Presidente della Repubblica.

Il Primo ministro è legato da un rapporto di fiducia con l'Assemblea costituente, la quale – successivamente alla designazione del *premier* da parte del Presidente della Repubblica – è chiamata ad approvare il programma politico del nuovo Governo. All'Assemblea spetta inoltre il potere di rimuovere dall'incarico il Primo ministro mediante l'approvazione di una mozione di sfiducia.

Conformemente a quanto stabilito dalla legge sull'organizzazione provvisoria dei poteri pubblici, l'Assemblea ha proceduto immediatamente ad eleggere un nuovo Presidente della Repubblica *ad interim*, permettendo così l'avvicendamento alla carica di Capo dello Stato fra Fouad Mebazaâ e Moncef Marzouky, *leader* quest'ultimo del secondo partito della coalizione di governo.

Il 14 dicembre, il nuovo Presidente della Repubblica ha conferito a Hamadi Jebali, segretario del *Mouvement Ennahda*, l'incarico di formare un nuovo Governo. Il 22 dicembre, il Primo ministro designato ha ottenuto la fiducia dell'Assemblea costituente, entrando così nella pienezza delle sue funzioni.



ISSN 2037-6677

2012/2

**Expulsions at sea: the European Court of Human Rights condemns Italy by unanimity. Some comments on the Hirsi judgement**

**Respingimenti in mare: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia all'unanimità. Considerazioni sulla sentenza Hirsi**

**Chiara Ferretto**

Jurisdiction of states - effective remedy - expulsion

[www.dpce.it](http://www.dpce.it)



Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber. Sentenza 23 febbraio 2012, Case of Hirsi Jamaa and others c. Italy (Application n. 27765/09)

Jurisdiction of states - (art. 13) effective remedy - (art. 3) expulsion - (art. 34) victim - (art. 35-1) exhaustion of domestic remedies - (p4-4) prohibition of collective expulsion of aliens - positive obligations.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato all'unanimità l'Italia per la pratica dei c.d. “respingimenti in mare”. In particolare, il Paese è stato sanzionato per quanto avvenuto il 6 maggio 2009, quando circa duecento cittadini somali ed eritrei, a bordo di tre imbarcazioni, furono intercettati dalle autorità di sicurezza in acque internazionali, trasferiti a bordo di navi italiane e riportati in Libia, da dove erano partiti, in conformità ad accordi bilaterali italo-libici. Gli stranieri respinti, tuttavia, non furono identificati, né informati circa la loro destinazione, in violazione di quanto previsto dalla normativa in materia di diritto di asilo.

(La sentenza è attualmente reperibile in lingua inglese e francese in [echr.coe.int](http://echr.coe.int))

## **Respingimenti in mare: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia all'unanimità. Considerazioni sulla sentenza Hirsi**

di Chiara Ferretto

1- 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 politiche nazionali ed elaborazioni pretorie.

L'episodio più recente in materia è costituito dal caso in commento, che ha sancito l'illegittimità della pratica dei 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, 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 Paese per violazione degli articoli 3 e 13 della CEDU, nonché dell'articolo 4 del Protocollo aggiuntivo n. 4.

La sentenza in oggetto, definitiva ai sensi dell'articolo 44 della Convenzione stessa («La sentenza della Grande Camera è definitiva»), 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 in acque internazionali, trasferiti a bordo delle navi italiane e riportati in Libia, da dove erano partiti. Più precisamente, le imbarcazioni furono intercettate all'interno della zona SAR (Search and Rescue) di responsabilità maltese.

La Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979, a cui l'Italia ha aderito e ha dato esecuzione con legge 3 aprile 1989, n. 147, prevede che, qualora dei migranti in navigazione si trovino in stato di pericolo, il Paese responsabile della relativa zona di soccorso abbia il dovere condurli nel proprio territorio al fine di permettere loro di 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 rispettiva competenza. Il Mar Mediterraneo, in particolare, è stato suddiviso tra i Paesi costieri nel corso della Conferenza IMO (International Maritime Organization) di Valencia del 1997, quando 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 avvalso 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 (per un approfondimento in dottrina, si veda F. Caffio, *Un accordo euromediterraneo per il salvataggio dei migranti*, in *Affarinternazionali.it*).

Le operazioni di respingimento dei migranti sono avvenute in conformità agli accordi bilaterali italo-libici conclusi dai reciproci Governi. 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, in particolare, 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 e ai successivi protocolli di collaborazione firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007. Questi ultimi prevedono che l'Italia e la Libia organizzino pattugliamenti marittimi con sei unità navali cedute temporaneamente dall'Italia, con 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, 2009).

Gli stranieri respinti, tuttavia, 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 asilo dal diritto internazionale, oltre che dallo stesso ordinamento italiano. Ai sensi dell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo Statuto dei Rifugiati (ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 722/54), infatti, 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 persecuzioni, violenze o trattamenti inumani e degradanti. L'articolo 10, comma 3, della Costituzione italiana prevede, inoltre, 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». Tale disposizione, integrata dai decreti legislativi 19 novembre 2007, n. 251 e 28 gennaio 2008, n. 25, in attuazione di direttive europee, deve essere interpretata come obbligo per lo Stato di offrire allo straniero una tutela provvisoria, consistente nel diritto di entrare nel territorio italiano e ottenere il permesso di soggiornarvi al fine di proporre domanda di riconoscimento del proprio status di rifugiato nei modi e nelle forme previste dalla vigente legislazione ordinaria (Corte Cass., sent. 25-11-2005, n. 25028).

L'articolo 10, comma 4, del Testo Unico Immigrazione (d.lgs. 286/98), inoltre, esclude l'applicabilità della disciplina sul respingimento «nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari». Per quanto concerne il diritto alla salute, ogni migrante ha diritto di essere sottoposto a visita medica e di invocare la non espellibilità per motivi sanitari (Corte cost., sent. 17-7-2001, n. 252), mentre l'articolo 19 del Testo Unico vieta di procedere a espulsione prima di aver accertato l'inesistenza dello stato di gravidanza o della minore età dello straniero irregolare.

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

2- Il caso portato all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso origine dal ricorso di ventiquattro cittadini somali ed eritrei, respinti il 6 maggio 2009, sollevato ai sensi dell'art. 34 della Convenzione stessa («la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica ... 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»).

I giudici di Strasburgo sono pervenuti a una condanna unanime dell'Italia, ritenuta responsabile, in primo luogo, della violazione dell'articolo 3 della CEDU, ai sensi del quale «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». In proposito, la Corte ha richiamato il principio generale del c.d. non refoulement, in 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

potrebbero essere minacciate a causa di persecuzioni fondate su motivi razziali, politiche o altre situazioni personali. Detto principio si colloca tra i pilastri fondamentali del diritto internazionale dei rifugiati e delle più importanti convenzioni sui diritti umani. L'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, in particolare, prevede 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».

Il principio in questione è stato preso in considerazione, nel caso di specie, anche nella sua accezione di non refoulement “indiretto”: 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 violazioni dei diritti fondamentali. Il principio di non refoulement indiretto è stato accolto sia dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (Nota sulla protezione internazionale del 13 settembre 2001, A/AC.96/951), che dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CO. D.U., sent. 7-3-2000, appl. 43844/98, T.I. c. Regno Unito; sent. 26-4-2005, appl. 53566/99, Müslim c. Turquie; sent. 21-1-2011, appl. 30696/09, M.S.S. c. Belgio e Grecia. 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*, 2011. Per un'analisi generale sul principio di non refoulement si veda, invece, A. Guterres *Osservazioni all'apertura dell'anno giudiziario della Corte Europea per i Diritti Umani, Strasburgo*, 2011).

A livello di legislazione interna, il medesimo principio trova riconoscimento all'articolo 19, comma 1, del T.U. Immigrazione, per come modificato dal decreto legge 23 giugno 2011, n. 89 (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, convertito con legge 2 agosto 2011 n. 129) che prevede l'inderogabile divieto di espulsione e respingimento verso uno Stato in cui

«lo straniero ... possa rischiare di essere rinvio verso uno Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione».

La Corte, al riguardo, ha rigettato la difesa del Governo italiano fondata sulla considerazione che nessuno degli stranieri respinti avesse proposto formalmente richiesta di asilo alle autorità nazionali. Si è ritenuto, infatti, 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. Benché il principio di non refoulement sia previsto in materia di protezione internazionale dei rifugiati, infatti, la Corte ha rilevato come il sistema di protezione dei diritti dell'uomo non consenta di effettuare una discriminazione tra il regime applicabile ai rifugiati in senso tecnico e quello applicabile a 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» (Opinioni Concordati redatte dal giudice Pinto De Albuquerque). Al riguardo, appare utile richiamare 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 (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».

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 – avrebbe costituito un'idonea garanzia del rispetto dei diritti umani fondamentali da parte delle autorità del Paese nordafricano.

Un altro punto di estremo interesse della sentenza in commento consiste nella decisione della Corte di estendere il divieto di refoulement anche all'ambito extraterritoriale. In tal senso, i giudici di Strasburgo hanno fatto 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 respingimento non deve essere circoscritto al territorio di uno Stato, ma deve ritenersi esteso anche alle operazioni condotte in mare aperto. Tali argomentazioni sono state mutuate, in particolare, dall'interpretazione fornita al diritto internazionale dei rifugiati dalla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo (sent. 13-3-1997, Case 10/675, Report n. 51/96, Haitian Centre for Human Rights et al. c. United States, nella quale si afferma che «nessuna limitazione geografica» è ammessa con riguardo dalle obbligazioni di non refoulement derivanti dall'art. 33 della Convenzione ONU sui rifugiati) dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (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 c. Haitian Centers Council, in *International Legal Materials*, XXXII, 1993, 1215) e dal Comitato dell'ONU contro la tortura (Conclusioni e raccomandazioni del Comitato contro la tortura, concernenti il secondo rapporto periodico degli Stati Uniti, CAT/C/USA/CO/2, 2006, 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).

A giudizio della Corte, quindi, gli stranieri dovevano considerarsi posti «de facto» sotto il controllo effettivo dell'Italia, nonostante si trovassero in acque internazionali. Conseguentemente, sarebbe stato dovere delle autorità di sicurezza procedere all'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.

In tal modo, è stato esteso anche al divieto di refoulement il principio, già affermato in più occasioni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo il quale la giurisdizione sussiste non solamente qualora una persona si trovi all'interno del territorio del Paese interessato, ma anche «se, rispetto al presunto comportamento, egli o ella si trovi o meno sotto l'effettivo controllo dello Stato, o sia colpito da coloro che agiscono per conto dello Stato in questione» (CO. D.U., sent. 23-3-1996, appl. 15318/89, *Loizidou v. Turkey*. In senso conforme si vedano anche sent. 12-3-2003, appl. 46221/99, *Ocalan v. Turkey*; sent. 16-11-2004, appl. 3821/96, *Issa et al. v. Turkey*).

3- In secondo luogo, l'Italia è stata condannata per l'asserita violazione dell'articolo 4, Protocollo n. 4 della CEDU, il quale sancisce che «le espulsioni collettive di stranieri sono vietate» (il medesimo divieto è sancito altresì dall'art. 19, c. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; dall'art. 12, c. 5, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; dall'art. 22, c. 9 della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, nonché dall'articolo 26, comma 2 della Carta araba dei diritti dell'uomo.)

L'articolo citato, emendato dal protocollo n. 11, firmato a Strasburgo il 16 settembre 1963, ratificato 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 2007 (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), nel quale, ricordando che la Convenzione di Ginevra del 1951 introduce il divieto per gli Stati di respingere «in qualsiasi modo» colui che intenda chiedere il rifugio politico (art. 33), si ritiene conseguentemente illegittima qualsiasi misura – formale o materiale – con cui venga impedito a un richiedente asilo l'ingresso sul territorio nazionale al fine di chiedere protezione.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, inoltre, 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 (CO. D.U., sent. 16-12-1988, appl. 14209/88, Alikabs e altri c. Paesi Bassi; sent. 16-12-1988, appl. 14457/88, B. e altri c. Paesi Bassi; sent. 23-2-1999, appl. 45917/99, Andric c. Svezia; sent. 5-2-2002, appl. 51564/99, Conka, c. Belgio). Particolare rilievo in materia è rivestito dalla decisione sul caso Conka, con la quale la Corte europea dei diritti

dell'uomo ha ritenuto 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. 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.

Nel caso italiano, tuttavia, la violazione de quo è stata asserita in forza un'interpretazione estensiva ed evolutiva 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, l'ipotesi di “espulsione” degli stranieri era stata presa in considerazione dalla giurisprudenza 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 in senso stretto 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 effettivi e delle condizioni attuali (par. 175). Pertanto, se lo scopo dell'articolo 4, Protocollo n. 4, è quello di impedire agli Stati di espellere gli stranieri senza aver esaminato le loro circostanze personali, se ne deve concludere che qualsiasi comportamento diretto ad allontanare gli stranieri in massa dal proprio territorio – benché questi non vi abbiano ancora fatto ingresso – costituisce una violazione della norma in questione.

4 – Infine, l'Italia è stata condannata per violazione dell'articolo 13 della CEDU («Diritto a un ricorso effettivo»), 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 debba 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 impugnata (par 1198).

Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, la corretta applicazione del principio de quo comporta due 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.

E' 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. Ne consegue – secondo la Corte di Strasburgo – la violazione del diritto a un ricorso effettivo contro operazioni limitative della libertà personale, quali il respingimento e l'espulsione.

In questo senso, la Corte ha ripreso quanto già affermato in occasione della sentenza pronunciata in data 26 aprile 2007 relativamente al caso Gebremedhin contro Francia. Il ricorrente, cittadino dell'Eritrea, destinatario di un provvedimento di respingimento alla frontiera senza possibilità d'impugnazione sospensiva, si appellò alla Corte europea dei diritti dell'uomo, asserendo l'avvenuta violazione dell'art. 13 della CEDU sul diritto di difesa per assenza di un rimedio effettivo. La Corte, in accoglimento del ricorso, ha condannato la Francia, imponendole altresì di adottare una legislazione che preveda la sospensione degli effetti dell'espulsione o del respingimento dello straniero per l'ipotesi in cui questi faccia appello (sul punto si vedano 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 *guglielmi.fr*; A. Chouk, *La France, condamnée par la Cour européenne, réforme à reculons*”, in *Justice*, 2007, 28-30; J. L. Pissaloux, L. Minot, *De la nécessité d'aménager la règle du caractère non suspensif des recours*

devant le juge administratif français. À propos de l'arrêt Gebremedhin c/ France, in Gazette du Palais, 2008, 34).

5- Come sopra accennato, la condanna dell'Italia costituisce l'ultimo capitolo di un complesso fenomeno di “adattamento” del sistema nazionale di controllo dell'immigrazione clandestina alle recenti elaborazioni giurisprudenziali in materia di tutela dei diritti fondamentali, principalmente con riferimento alle disposizioni introdotte dal c.d. Pacchetto Sicurezza del 15 luglio del 2009 (l. 94/2009).

Si ricordi, in proposito, la sentenza della Corte costituzionale, del 25 luglio 2011, n. 245, con la quale è stata sancita l'illegittimità dell'articolo 116 del Codice Civile. La disposizione è stata dichiarata incostituzionale 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. Tale formulazione, introdotta dal Pacchetto sicurezza 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 familiari 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, principio tutelato dall'articolo 31 della Costituzione italiana e ormai generalmente accolto dalle Carte internazionali sui diritti umani, nonché dalla Carta di Nizza (art. 9).

La Consulta ha affermato l'incostituzionalità della norma asserendo che il diritto di un cittadino italiano di costituire una famiglia, espressamente qualificato come «diritto fondamentale», non possa essere ragionevolmente compresso in virtù dell'esigenza pubblicistica di contrastare il fenomeno dei matrimoni di comodo, in analogia a quanto affermato nel dicembre 2010 dalla Corte europea sui diritti dell'uomo in relazione al caso O'Donoghue e altri c. Regno Unito. In particolare, la Corte europea ha affermato che sussiste per gli Stati firmatari della CEDU un margine d'intervento per regolamentare le unioni tra cittadini e stranieri, ma che tale discrezionalità non può mai estendersi fino al punto di introdurre «una limitazione generale, automatica e indiscriminata, ad un diritto fondamentale garantito dalla Convenzione» (par. 89).

Sulla stessa linea si sono poste le numerose pronunce interne e sovranazionali emesse in materia di repressione penale della clandestinità. Di particolare rilievo, in proposito, è la nota sentenza del 28 aprile 2011 sul caso El Dridi (Corte giust., sent. 28-4-2011, causa C 61/11 PPU), 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. La Corte, in particolare, ha dichiarato il contrasto tra l'incriminazione prevista dall'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater del T.U. Immigrazione e la c.d. Direttiva rimpatri (2008/115/CE). Nata con l'obiettivo di istituire norme comuni in materia di allontanamento e rimpatrio dei cittadini extracomunitari irregolari sul territorio europeo, la Direttiva richiede che l'eventuale incriminazione dello straniero irregolare 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 «in ottemperanza ai diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica del cittadino». In tal modo, la Direttiva 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 perseguito. L'uso di misure coercitive, pertanto, 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 (per un commento alla sentenza citata si vedano F. Viganò, L. Masera, 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 e D. Vitiello, Sui profili di contrasto tra la Direttiva rimpatri e la procedura italiana di espulsione dei migranti irregolari, *Considerazioni sul caso El Dridi*, in *Federalismi.it*, 2011).

La repressione penale dell'immigrazione irregolare, inoltre, era già stata fortemente ridimensionata dalla Corte costituzionale, la quale - dopo aver asserito

l'illegittimità dell'aggravante di clandestinità con la sentenza 5 luglio 2010, n. 249 - aveva statuito che la punibilità del reato di cui all'articolo 14, comma 5-quater del T.U. Immigrazione dovesse essere circoscritta al solo caso in cui l'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore avesse luogo «senza giustificato motivo» (per un approfondimento si veda A. Caputo, *Ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore e sindacabilità del decreto di espulsione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, III, 2008).

Per concludere, è possibile rilevare come, nel giro di soli due anni, le Corti deputate ad assicurare il rispetto dei diritti umani – a livello interno, europeo e internazionale – abbiano gradualmente adeguato l'ordinamento alle garanzie e ai principi emersi in forza dell'evoluzione giurisprudenziale, avviando un significativo processo di ripensamento delle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel territorio italiano.