

## Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo\*

*Massimiliano Nocelli*

SOMMARIO: 1. La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di immigrazione, asilo e acquisto della cittadinanza; 2. Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti nei confronti degli stranieri; 3. La tutela dei diritti fondamentali assicurati allo straniero avanti al giudice amministrativo.

*1. La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di immigrazione, asilo e acquisto della cittadinanza*

Il diritto dell'immigrazione, che ha tuttora nel d. lgs. n. 286 del 1998 (T.U.I. e le successive modifiche, tra le quali, per rilievo sistematico, spicca quella della l. n. 189 del 2002, c.d. legge Bossi-Fini) il proprio testo normativo di riferimento<sup>1</sup>, ha conosciuto e continua a

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> Al riguardo v., per un aggiornato inquadramento del diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno, G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in P. Morozzo Della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 15 ss. Ma v. anche le trattazioni di F. Bartolini, *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, Milano, 2015, p. 3 ss. e di L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi. La tutela dei diritti civili e politici*, Milano, 2013, p. 43 ss. Per un inquadramento della materia sul piano costituzionale R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, Milano, 2012, p. 12 e ss. e G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 131 ss. In chiave comparatistica, rispetto all'esperienza giuridica francese, v. anche R. Pilia, *La condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano e francese*, Napoli, 2014, p. 46 e ss. Per la condizione dello straniero alla luce del diritto eurounitario G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*<sup>2</sup>, Torino, 2016, p. 107 ss., 175 ss. Sui profili internazionalistici ed eurounitari, in generale, cfr. A. M. Calamia, *Le norme "non statali" e lo straniero*, in A. M. Calamia, M. Di Filippo e M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2014, p. 3 ss. Molto utile anche la lettura della Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale*

conoscere, anche di recente, un processo di continua rivisitazione legislativa anzitutto sotto la spinta di situazioni eccezionali e, in particolare, per l'imponente fenomeno dei flussi migratori provenienti dall'Africa e dal Medioriente, che ha interessato le sponde del Mediterraneo<sup>2</sup>.

Tra gli studiosi che si sono occupati del tema è ormai opinione condivisa che il diritto dell'immigrazione, spesso inciso da una legislazione di carattere emergenziale, presenti un connotato peculiare rispetto ai principî generali del diritto amministrativo<sup>3</sup> e che lo statuto dello straniero appaia derogatorio rispetto all'ordinario quadro di regole e valori che disciplinano il rapporto tra il pubblico potere e i cittadini<sup>4</sup>.

Si dirà che la specialità di questo statuto non può in concreto sottrarsi al rispetto dei diritti fondamentali che, sul piano del diritto internazionale, del diritto eurounitario e del diritto costituzionale interno, deve essere riconosciuto comunque e sempre allo straniero,

---

*sull'economia dell'immigrazione. L'impatto fiscale dell'immigrazione. Edizione 2016*, Bologna, 2016, p. 19 ss. Interessanti considerazioni anche sulle politiche migratorie cc.dd. di genere, con particolare attenzione per le immigrate, in A. Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 2014, 3, p. 629-652. Quanto all'incidenza, vera o supposta, dell'immigrazione sulla genesi del crimine nella società, si rimanda all'analisi di L. M. Solivetti, *Immigrazione. Dati e considerazioni sul caso Italia*, Bologna, 2013, p. 31 ss., p. 79 ss.

<sup>2</sup> L'imponenza del fenomeno e la conseguente problematica dell'accoglienza sono ben note non solo agli studiosi del diritto. Sulla c.d. *crisi dei confini* v. tra gli altri le riflessioni di M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 3, p. 739 ss. Muove da una prospettiva intesa ad incoraggiare una azione amministrativa ispirata al multiculturalismo F. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, in *Corr. del mer.*, 2012, 7, p. 643 ss.

<sup>3</sup> Sulla questione v. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, p. 412-416, la quale evidenzia l'eccezione dell'immigrazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo, dettata dalla l. n. 241 del 1990.

<sup>4</sup> V., con diverse sfumature, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016, p. 41, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2017, 2, p. 534 ss.; M. Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 357, il quale sottolinea la forte specialità del diritto dell'immigrazione e dei connessi poteri riconosciuti all'Amministrazione.

una volta che questi, regolarmente o meno, abbia fatto ingresso sul territorio interno e finanche, come pure si accennerà, nell'ipotesi di respingimento c.d. differito alla frontiera o comunque di trattenimento finalizzato al successivo rimpatrio<sup>5</sup>.

Il problema interseca le politiche securitarie che l'ordinamento interno appresta, con le previsioni in materia di immigrazione, per disciplinare i flussi migratori e per eliminare situazioni di potenziale pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, nella sua accezione tradizionale e materiale di *ordre dans la rue*<sup>6</sup>.

Occorre anzitutto distinguere tra la posizione dello straniero che, volontariamente, sceglie di lasciare il proprio Paese per fare ingresso e soggiorno in Italia da quello che, invece, è costretto da gravi contingenze del proprio Paese a lasciarlo e a rifugiarsi in Italia, differenziando quindi, secondo una *summa divisio* ormai ben nota agli

---

<sup>5</sup> Sul tema, dopo le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo proprio nei confronti dell'Italia, v. riflessioni di S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra norme interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, p. 431 ss., e di A. Saccucci, *I «ripensamenti» della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive alla prova delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, 2, p. 552 ss. Sul problema, anche esso grave, delle espulsione degli stranieri afflitti da gravi patologie cfr. anche S. Santini, *Espulsioni di stranieri afflitti da gravi patologie: una pronuncia coraggiosa della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, p. 360 ss.

<sup>6</sup> Sul tema v., tra gli altri, A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista A.I.C.*, 2015, 1, p. 2-3, il quale richiama la nozione di *ordre dans la rue* di Marcel Hauriou, nonché, più di recente e con specifico riferimento al tema dell'immigrazione, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 62. Di estremo interesse l'analisi condotta da M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012, p. 25 ss., p. 43 ss. Si deve rilevare che la Corte di Giustizia UE, nel riaffermare l'autonomia del diritto eurounitario rispetto al sistema dei diritti fondamentali della CEDU, riconosce nella propria giurisprudenza largo spazio alle esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale che giustificerebbero il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. V., sul punto, Corte di Giustizia UE, 15 febbraio 2016, causa C-601/15, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, p. 658, con nota di M. Pacini, *Il trattenimento dei richiedenti asilo tra Carta UE dei diritti fondamentali e Cedu*, il quale ricorda – *ibidem*, p. 663 – che, adottando una nozione molto ampia di ordine pubblico e di sicurezza nazionale, la Corte di Lussemburgo ammette che anche il ripetuto arresto di una persona per piccoli furti possa rappresentare una "grave minaccia" tale da giustificare trattenimento ed espulsione.

studiosi della materia, la posizione del c.d. migrante volontario (o economico) da quella del c.d. migrante involontario<sup>7</sup>.

Tale distinzione, che non ha un carattere meramente descrittivo, incide infatti sulla stessa posizione giuridica dello straniero e sulla tutela giurisdizionale a lui assicurata nel nostro ordinamento, in quanto è precipuamente al migrante volontario che, nelle sue linee essenziali, si applica la disciplina del T.U.I. relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia, mentre al migrante involontario si applica la disciplina dettata dal d. lgs. n. 251 del 2007, relativamente ai rifugiati e alle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, dal d. lgs. n. 25 del 2008, quanto alle procedure relative al riconoscimento e alla revoca dello *status* di rifugiato, e dal d. lgs. n. 142 del 2015, quanto alle misure di accoglienza destinate ai richiedenti asilo.

I recenti interventi normativi – e, in particolare, quelli di cui al d.l. n. 13 del 2017, il c.d. decreto Minniti-Orlando, convertito con modificazioni nella l. n. 46 del 13 aprile 2017<sup>8</sup> – hanno ridisegnato in parte il sistema della tutela giurisdizionale garantita allo straniero, in particolare per il c.d. migrante involontario, con la finalità di riportare ordine ed organicità ad una legislazione fattasi ormai, nel tempo, confusa e insoddisfacente ed hanno previsto l'istituzione delle sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione.

Ma la riforma ha toccato solo in parte il complesso sistema della tutela giurisdizionale per i migranti.

È noto che il nostro ordinamento, per quanto attiene alla tutela dello straniero in materia di ingresso e soggiorno sul territorio italiano, di diritto di asilo e di cittadinanza, prevede un sistema dualistico, imperniato, cioè, sulla devoluzione di talune controversie al giudice

---

<sup>7</sup> Distingue tra migranti “forzati” e migranti “economici” L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi*, cit., p. 402 ss.

<sup>8</sup> Cfr., sul tema, A. D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 4-5, p. 1218 ss. e G. Pescatore, *Le novità in materia di immigrazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, p. 238-245.

ordinario, quale giudice dei diritti soggettivi, e di altre al giudice amministrativo, quale giudice degli interessi legittimi<sup>9</sup>.

Il riparto di giurisdizione anche in questa materia, tuttavia, è ben lungi dal potersi definire chiaro e lineare.

Si può partire, per comodità espositiva, dalla situazione del c.d. migrante volontario (o economico), che intenda ottenere l'ingresso e il soggiorno sul territorio nazionale per la scelta, personale e volontaria, di trasferirsi in Italia per determinate ragioni (di lavoro, di studio, etc.), ragioni alle quali corrisponde la previsione, secondo un tendenziale principio di tassatività in materia, di altrettanti specifici visti di ingresso e corrispondenti permessi di soggiorno tipizzati dal legislatore nel T.U.I.

Per quanto attiene alle materie affidate alla cognizione del giudice amministrativo, va anzitutto considerato l'art. 6, comma 10, T.U.I. devolve alla sua giurisdizione tutte le controversie inerenti al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno sul territorio nazionale, ad eccezione di quelle di cui si dirà, attinenti alla materia dei permessi di soggiorno per ricongiungimento familiare, la cui cognizione è ora devoluta alla cognizione delle sezioni specializzate dall'art. 3, comma 1, lett. e), del d.l. n. 13 del 2017.

Il legislatore ha infatti ritenuto che a fronte del potere, riconosciuto alla competente Amministrazione, di regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale sulla base di taluni presupposti, fissati dal legislatore, e in base a specifiche tipologie di permessi si configuri tendenzialmente una situazione di interesse

---

<sup>9</sup> Occorre al riguardo richiamare la fondamentale ord. n. 414 del 18 dicembre 2001 della Corte costituzionale, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1291, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, in riferimento al c.d. sistema della doppia tutela, previsto dall'art. 6, comma 10, e dall'art. 13, comma 8, del T.U.I., osservando, tra l'altro, che «*resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della Pubblica Amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti secondo le tipologie degli interventi giurisdizionali*». Nello stesso senso v. anche Cass., Sez. I, 7 febbraio 2008, n. 2973. Sull'orientamento della Corte costituzionale v., in particolare, G. Tropea, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela del migrante*, in *Riv. dir. amm.*, 2008, 4, p. 886-887.

legittimo in capo allo straniero, tutelabile avanti al giudice amministrativo in virtù del tradizionale riparto di giurisdizione.

Alle controversie relative ai visti e ai permessi di soggiorno si affiancano quelle, ben note all'esperienza quotidiana del giudice amministrativo, sui provvedimenti di emersione dal c.d. lavoro irregolare, tesi, cioè, a regolarizzare la posizione di lavoratori assunti "in nero", come domestici, badanti e *colf*, che intendono legalizzare la propria posizione sul territorio nazionale (come nel caso dell'art. 5 del d. lgs. n. 109 del 2012), ritenendosi perlopiù che anche in questi casi all'Amministrazione competa una valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza delle condizioni per la regolarizzazione<sup>10</sup>.

Il d.l. n. 13 del 2017, nell'art. 3, comma 1, lett. e), come si è accennato, devolve alla cognizione del giudice ordinario anche le controversie in materia di diniego del nullaosta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari nonché quelle relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'art. 30, comma 6, T.U.I.

L'attribuzione di tale *potestas iudicandi* al giudice ordinario, anche in questa ipotesi che deroga alla generale cognizione del giudice amministrativo sui permessi di soggiorno, viene tradizionalmente giustificata dalla indiscussa natura di diritto soggettivo fondamentale del diritto all'unità familiare, alla quale corrisponderebbe l'assenza di

---

<sup>10</sup> Sul punto v. Cass., Sez. Un., 2 luglio 2015, n. 13570, la quale chiarisce, invece, che compete al giudice ordinario conoscere della controversia in ordine all'espulsione dello straniero in pendenza del procedimento per la regolarizzazione, di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 109 del 2012, in quanto questo potere di espulsione sussiste, pur nelle more della definizione del procedimento, quando ricorrono i casi tassativamente previsti dall'art. 5, comma 13, del d. lgs. n. 109 del 2012, ma anche in tale evenienza la posizione giuridica soggettiva dello straniero destinatario del provvedimento di espulsione è e resta di diritto soggettivo allorché l'atto dell'Amministrazione sia correlato all'accertamento positivo di circostanze o di presupposti esaurientemente individuati dalla legge, senza ulteriori spazi di discrezionalità valutativa: il che avviene, ad esempio, come ricorda la stessa Suprema Corte, «quando l'espulsione del lavoratore straniero sia stata disposta per l'intervenuta condanna, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per uno dei reati previsti dall'art. 380 codice cit.».

discrezionalità amministrativa e la qualificazione del provvedimento come atto dovuto<sup>11</sup>.

Spetta poi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 13, comma 8, T.U.I., conoscere di tutte le controversie inerenti ai respingimenti<sup>12</sup>, alle espulsioni e nelle relative misure di esecuzione, consistenti nell'accompagnamento coattivo alla frontiera, nel trattenimento dei centri di permanenza per i rimpatri (così denominati dopo la modifica dell'art. 19 della l. n. 46 del 2017, che ha convertito il d.l. n. 13 del 2017) e nell'ordine di lasciare il territorio dello Stato.

Il fondamento di tale attribuzione giurisdizionale viene rinvenuto nella considerazione, costituente ormai *ius receptum* e diritto vivente, secondo cui tali provvedimenti ablatori personali incidono sulla libertà del soggetto e, conseguentemente, su una situazione giuridica soggettiva che, per definizione, ha una consistenza di diritto soggettivo primario e incompressibile.

Le uniche deroghe alla cognizione del giudice ordinario sono le espulsioni decretate dal Ministero dell'Interno per «*motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato*», previste dall'art. 13, comma 1, T.U.I., e quelle, pure decretate dal Ministero dell'Interno, per motivi di prevenzione del terrorismo, previste dall'art. 3 del d.l. n. 144 del 2005 (c.d. decreto Pisanu), conv. con modif. in l. n. 155 del 2005<sup>13</sup>, entrambe affidate alla cognizione del giudice amministrativo.

---

<sup>11</sup> S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 559 nonché Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2005, n. 383, la quale rileva che, a differenza del permesso di soggiorno disciplinato in generale dall'art. 5 T.U.I., che è connotato da ampi spazi di discrezionalità della pubblica amministrazione, cui si correlano posizioni di mero interesse legittimo tutelabili dinanzi al giudice amministrativo, il permesso di soggiorno per motivi familiari, contemplato dall'art. 30 dello stesso T.U.I., è atto dovuto, in presenza delle specifiche situazioni tassativamente elencate, e, dunque, integra oggetto di diritti soggettivi.

<sup>12</sup> La materia dei respingimenti era stata ritenuta attratta alla cognizione del giudice amministrativo dal Consiglio di Stato nel parere della sez. I, 4 febbraio 2011, n. 571, in *Foro it.*, 2011, III, 654 e ss., per la ritenuta natura eccezionale dell'art. 13, comma 8, T.U.I., ma tale tesi è stata sconfessata dalla Cass., Sez. Un., 10 giugno 2013, ord. n. 14502 e 17 giugno 2013, n. 15115, entrambe in [www.giust.amm.it](http://www.giust.amm.it), 2013, p. 8, con nota di N. Vettori, *Il respingimento dello straniero: le Sezioni Unite individuano i diritti e il loro giudice*. Sulla complessa questione v. anche S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 552-553.

<sup>13</sup> S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 541 e nt. 16.

Il legislatore ha infatti ritenuto che in queste ipotesi l'ampia discrezionalità lasciata al Ministro dell'Interno, quale organo di vertice della competente Amministrazione, nell'apprezzare la sussistenza di motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato o circa l'esigenza di prevenire il terrorismo, nel caso della l. n. 155 del 2005, connoti il provvedimento espulsivo nei termini di un atto di alta amministrazione, rispetto al quale la posizione dello straniero espellendo assume la consistenza di interesse legittimo, azionabile davanti al giudice amministrativo<sup>14</sup>.

Alla giurisdizione del giudice ordinario è affidata la tutela del c.d. *migrante involontario*. e cioè, come si è accennato, dello straniero che richieda la protezione internazionale sia nelle forme previste per i rifugiati che in quelle rientranti nella c.d. protezione sussidiaria, in quanto ora l'art. 3, comma 1, lett. c), del d.l. n. 13 del 2017 affida alle sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini UE tutte le controversie in tema di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del d. lgs. n. 25 del 2008.

---

<sup>14</sup> V., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 27 luglio 2015, ord. n. 15693, la quale, confermando la sua consolidata giurisprudenza, rammenta che, in materia di espulsioni, «diverso è il caso in cui il provvedimento di espulsione sia stato adottato per motivi di prevenzione del terrorismo o, più in generale, a causa della pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato: in tal caso la posizione giuridica dell'interessato è di interesse legittimo e la giurisdizione nella relativa controversia spetta al giudice amministrativo (cfr. d.l. n. 144 del 2005, art. 3, comma 4), essendo rimessa all'amministrazione, non una mera discrezionalità tecnica e ricognitiva al cospetto di ipotesi già individuate e definite dal legislatore nel loro perimetro applicativo, ma una ponderazione valutativa degli interessi in gioco». V., sul punto, anche Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88, ove si ricorda che «trattandosi di atto che è rimesso dall'organo di vertice del Ministero dell'Interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'Amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri e delle problematiche ad essi inerenti, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa» e che alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà. Sull'intera questione v., ancora, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 541 nonché E. Consito, *I procedimenti amministrativi*, cit., p. 422-423.



Va segnalato che il d.l. n. 13 del 2017, con una disposizione introdotta dal Parlamento, in sede di conversione, nell'art. 3, comma 1, lett. *e-bis*), ha devoluto alla giurisdizione delle sezioni specializzate anche l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento UE n. 604 del 2013 (c.d. "Dublino III"), recependo, in punto di riparto giurisdizionale, i rilievi che il Consiglio di Stato, nella sua più recente giurisprudenza, aveva formulato in ordine all'assenza di qualsivoglia discrezionalità, da parte dello Stato, nel determinare la propria competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale in base ai criteri prestabiliti da tale Regolamento<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A favore della giurisdizione ordinaria, infatti, si era espresso Cons. St., sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738, in *Foro amm.*, 2015, 12, p. 3079, secondo cui i provvedimenti di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale ai sensi del Regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 (c.d. "Dublino III") e, in particolare, di individuazione della competenza territoriale di altro Stato ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 (cui fa seguito, ai sensi dell'art. 30, comma 1, secondo periodo, dello stesso decreto, la dichiarazione di estinzione del procedimento da parte della Commissione territoriale, alla quale il provvedimento di cui qui si tratta è stato appunto trasmesso «per i conseguenti adempimenti di competenza»), adottati in applicazione delle "clausole discrezionali" ai fini dell'adempimento degli obblighi dello Stato membro competente, di cui agli articoli 17 e 18 del citato Regolamento UE n. 604/2013, non possono considerarsi incidenti su mere posizioni di interesse legittimo, in quanto la procedura di protezione internazionale, in ogni sua fase (anche, dunque, quella dell'interpello dello Stato estero, della sua risposta positiva e della c.d. ripresa in carico, pur connotata dalla facoltà di tale richiesta e dalla sua procedimentalizzazione entro termini definiti e celeri: v. parr. 2 e 3 dell'art. 23 del Regolamento UE n. 604/2013), ha per oggetto il diritto soggettivo dello straniero richiedente alla protezione invocata, per nulla affievolito dalla discrezionalità valutativa attribuita dal citato *corpus* normativo al singolo Stato membro che riceva una domanda di protezione internazionale laddove viene stabilito che «in deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento» (art. 17, par. 1, del Regolamento UE n. 604/2013) o che «uno Stato membro presso il quale una persona di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettere b), c) o d), abbia presentato una nuova domanda di protezione internazionale che ritenga che un altro Stato membro sia competente ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 5, e dell'articolo 18, paragrafo 1, lettere b), c) o d), può chiedere all'altro Stato membro di riprendere in carico tale persona» (art. 23, par. 1,

Deve poi ritenersi superata la *querelle* interpretativa inerente alla giurisdizione sui cc.dd. permessi umanitari, in quanto l'art. 3, comma 1, lett. *d*), del d.l. n. 13 del 2017, nell'istituire le più volte menzionate sezioni specializzate, ha loro assegnato, tra le altre, le controversie sul riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all'art. 32, comma 3, del d. lgs. n. 25 del 2008 e, cioè, allorché la Commissione territoriale, rigettata la domanda di protezione internazionale, abbia trasmesso gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari<sup>16</sup>.

Anche in questo caso la devoluzione del contenzioso al giudice ordinario viene giustificata dalla particolare tutela del richiedente protezione internazionale, nelle varie forme riconosciute dall'ordinamento, una situazione di diritto soggettivo pieno, tutelata dall'art. 10, comma terzo, Cost.

Non mancano tuttavia, anche per quanto attiene alla tutela giurisdizionale del richiedente protezione internazionale, alcune deroghe, che vedono affidare talune tipologie di controversie, per la loro specificità, alla cognizione del giudice amministrativo.

Ci si riferisce, anzitutto, alle misure di protezione temporanea adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 20 T.U.I. in caso di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità, verificatisi in Paesi non appartenenti all'Unione europea, secondo la disciplina del d. lgs. n. 85 del 2003, che ha recepito la Direttiva n. 2001/55/CE<sup>17</sup>.

Ma il riferimento deve intendersi, soprattutto, alla revoca delle misure di accoglienza, che il Prefetto può disporre, ai sensi dell'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015, in funzione sanzionatoria dell'inadempimento rispetto alle condizioni di accoglienza da parte dello straniero<sup>18</sup>, provvedimento che può essere impugnato, per

---

del Regolamento UE n. 604/2013). Sul c.d. sistema Dublino v., in particolare, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 244-245.

<sup>16</sup> A. D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale*, cit., 1220 e nt. 6, nonché Cass., Sez. Un., 19 maggio 2009, n. 11535, in *Foro it.*, 2009, I, p. 23-47.

<sup>17</sup> V., sul punto, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 557.

<sup>18</sup> Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2018, n. 80, il quale opportunamente distingue tra la cessazione delle misure, consequenziale alla cessazione dello *status* di rifugiato, e la revoca delle misure, prevista dall'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015. Sulla tematica v. anche M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit.,

espressa previsione del comma 5 dell'art. 23, davanti al Tribunale amministrativo regionale competente.

Anche in questo caso l'impugnabilità della revoca davanti al giudice amministrativo, in deroga alla giurisdizione ordinaria, sembra trovare il proprio fondamento nell'ampio potere valutativo, attribuito al Prefetto, circa il venir meno dei presupposti legittimanti la fruizione delle misure di accoglienza, come, ad esempio, in caso di condotte violente tenute dal richiedente asilo all'interno del centro, essendo la revoca ascrivibile al novero dei provvedimenti sanzionatori che risolvono il rapporto di accoglienza per effetto di trasgressioni poste in essere dallo straniero.

Infine, quanto al riconoscimento o al diniego della *cittadinanza*, fino alle recenti innovative previsioni del d.l. n. 13 del 2017 di cui ora si dirà, la giurisdizione del giudice amministrativo è stata tradizionalmente riconosciuta dalla giurisprudenza in relazione alla fattispecie dell'art. 9 della l. 91 del 1992 e, cioè, con riferimento all'acquisto della cittadinanza per concessione, in quanto, al di là della valutazione inerente ai requisiti necessari e alle cause ostative, permane in capo all'Amministrazione il potere di esercitare valutazioni e scelte ampiamente discrezionali, come tali idonee ad

---

p. 206, ove alla nt. 149 ampia casistica giurisprudenziale dei casi di revoca per trasgressione delle condizioni di accoglienza. V., di recente, T.A.R. per la Liguria, 27 ottobre 2017, n. 806, il quale rileva che «*il provvedimento in questione, attesa la sua natura sanzionatoria (cfr. art. 20 comma 4 della direttiva del Parlamento europeo 26.6.2013, n. 2013/33/UE), rivesta un carattere eminentemente discrezionale, e postuli pertanto – ex art. 23 comma 2 d.lgs. n. 142/2015 – una valutazione in concreto della singola fattispecie e della particolare situazione della persona interessata (anche sotto il profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità delle condotte accertate - cfr. art. 20 comma 5 della direttiva n. 2013/33/UE), da effettuarsi soltanto a seguito di un pieno ed effettivo contraddittorio procedimentale*» nonché, ancor più di recente, l'ordinanza del Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2018, n. 318, il quale sospende la revoca delle misure di accoglienza adottata dalla Prefettura di Lucca nei confronti del richiedente asilo sul rilievo che tale revoca, peraltro estranea al perimetro applicativo dell'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015, appare gravemente pregiudizievole per i diritti fondamentali di questo a fronte di un fatto di modestissimo allarme sociale (furto di indumenti depositati all'interno di un cassonetto adibito alla raccolta degli stessi), in ordine al quale la competente Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lucca ha chiesto l'archiviazione per la particolare tenuità del fatto.

attrarre le relative controversie alla giurisdizione generale di legittimità.

Esse, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza in materia, si traducevano in un apprezzamento di opportunità circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale, sulla base di «*un complesso di circostanze, atte a dimostrare l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale, sotto il profilo delle condizioni lavorative, economiche, familiari e di irrepreensibilità di condotta*»<sup>19</sup>.

Meno convinta in ordine alla sussistenza della propria *potestas iudicandi* si mostrava la giurisprudenza amministrativa in riferimento, invece, all'ipotesi del riconoscimento della cittadinanza per matrimonio, previsto dall'art. 5 della l. n. 91 del 1992<sup>20</sup>.

Accanto ad alcune pronunce dei TT.AA.RR. che assumevano sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo anche in questa ipotesi, in ragione della valutazione discrezionale che l'Amministrazione può comunque compiere in ordine all'effettivo inserimento sociale del richiedente nel tessuto civile e sociale italiano<sup>21</sup>, si registravano difformi pronunce che, per l'acquisto della

---

<sup>19</sup> Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2010, n. 282. Si tratta di giurisprudenza costante: v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4498.

<sup>20</sup> Sulla questione v., di recente, B. Barel, *Cittadinanza*, in P. Morozzo Della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, cit., p. 386.

<sup>21</sup> Così, ad esempio, T.A.R. per la Campania, sede di Salerno, 11 giugno 2012, n. 1153, in *Foro amm.*, T.A.R., 2012, 6, 2060, il quale reputa «*che, pur se l'art. 5 della legge 91/1992 prevede puntualmente le condizioni per la concessione della cittadinanza, l'esercizio del relativo potere, comportando comunque una valutazione della situazione giuridica dell'istante in relazione al suo effettivo e stabile inserimento nella comunità nazionale del quale il detto art. 5 indica le condizioni, attinge anche l'interesse pubblico e non solo quello (esclusivo) del privato, conseguendone che esso presenta ambiti largamente discrezionali e, quindi, sussiste la giurisdizione del G.A.*», richiamando anche le pronunce di T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, 19 settembre 2008, n. 4085, in *Foro amm.*, T.A.R., 2008, 9, 2355, e di T.A.R. per il Piemonte, e di T.A.R. per il Piemonte, 7 aprile 2008, n. 546, in *Foro amm.*, T.A.R., 2008, 4, 937, e ricorda che in proposito «*è conferente richiamare la decisione n. 6526 del 18/12/2007 della Sezione VI del Consiglio di Stato che, in un caso del tutto analogo a quello in esame, proprio sulla valutazione dell'assenza delle condizioni di accesso alla cittadinanza italiana, ha avuto modo di affermare che le condizioni medesime devono concretarsi non solo nel dato formale della celebrazione di un matrimonio tra lo straniero e il cittadino italiano, ma anche nella conseguente instaurazione effettiva di un rapporto coniugale, tale da dimostrare l'integrazione dello straniero nel tessuto sociale e civile italiano*». D'altra parte, si legge ancora nella

cittadinanza per naturalizzazione, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 91 del 1992 o anche per matrimonio, ai sensi del già richiamato art. 5 della stessa legge, negavano la giurisdizione del giudice amministrativo sul rilievo che, trattandosi di riconoscimento non discrezionale, ma vincolato all'accertamento di una situazione familiare *ex lege* prevista, detto acquisto attenesse ad una posizione giuridica di diritto soggettivo pieno e, come tale, tutelabile avanti al giudice ordinario<sup>22</sup>.

Più in generale, e distinguendo le singole ipotesi di diniego, la giurisprudenza era giunta ad affermare che sussistesse la giurisdizione del giudice amministrativo solo quando a fondamento del diniego stesso il Ministero dell'Interno opponesse la sussistenza di motivi inerenti alla sicurezza nazionale, di cui all'art. 6, comma 1, lett. c), della l. n. 92 del 1991, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 6, comma 1, lett. a) e b), sussisteva la giurisdizione del giudice ordinario.

Questo secondo orientamento, conforme al tradizionale criterio di riparto della giurisdizione in base al *petitum* sostanziale e fatto proprio dalle Sezioni Unite in pronunce ormai risalenti, ma a quanto

---

pronuncia n. 1153 del giudice amministrativo lombardo, «*il più volte richiamato art. 5, diversamente dalla previsione normativa anteriore alla sua sostituzione operata dal comma 11 dell'art. 1 della legge n. 94/2009, indica che lo straniero "può" acquistare la cittadinanza italiana (s'intende nella sussistenza delle condizioni dal medesimo art. 5 previste), escludendo pertanto che l'attività amministrativa in materia manchi di ogni valutazione discrezionale in ordine all'interesse generale della collettività*». Anche la evocata pronuncia di Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 6526, in *Vita not.*, 2007, 3, 1134, pur senza prendere posizione sulla questione della giurisdizione, evidenzia che il requisito per l'acquisto della cittadinanza italiana consiste non soltanto nel dato formale della celebrazione di un matrimonio (inteso in una prospettiva di atto-rapporto) tra lo straniero ed il cittadino italiano, ma anche nella conseguente instaurazione di un vero e proprio rapporto coniugale (con le sue concrete connotazioni tipiche stabilite dall'art 143 c.c.: fedeltà, assistenza, collaborazione e coabitazione) perdurante da almeno tre anni e tale da dimostrare l'integrazione dello straniero nel tessuto sociale e civile nazionale.

<sup>22</sup> V., *ex plurimis*, le pronunce del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 10 marzo 2015, n. 3962, ined., del T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia, 16 luglio 2014, n. 376, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 2121, il quale eccettua l'unica ipotesi, per la quale ricorrerebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, e cioè quella in cui la cittadinanza sia negata per motivi inerenti alla sicurezza nazionale, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c), della l. n. 92 del 1991, e del T.A.R. per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, 11 febbraio 2013, n. 99, in *Foro amm.*, T.A.R., 2013, 2, 460.

consta mai superate<sup>23</sup>, è stato poi recepito anche dal Ministero dell'Interno nella direttiva del 7 marzo 2012, che ha trasferito ai Prefetti la competenza all'adozione dei provvedimenti di riconoscimento o di diniego fondati sulle ipotesi della lett. a) e della lett. b) del comma 1 dell'art. 6 della l. n. 92 del 1991, sul presupposto che tali atti siano «*privi di valutazione discrezionale e tanto più di valenza "politica", da emanarsi una volta accertate la sussistenza o meno dei requisiti prescritti e l'assenza o meno di determinati pregiudizi penali*».

Da ultimo l'art. 3, comma 2, del d.l. n. 13 del 2017 ha devoluto l'intera materia alla cognizione del giudice ordinario, prevedendo, più in particolare, che le sezioni specializzate siano competenti per le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

Non può tacersi che la visione della materia è sensibilmente mutata per effetto di quanto ha statuito la Corte costituzionale con una recente pronuncia dal carattere additivo, la sentenza n. 258 del 7 dicembre 2017, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 della l. n. 92 del 1991, nella parte in cui non prevede che sia esonerata dal giuramento la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di una grave e accertata condizione di disabilità<sup>24</sup>.

Il giudice delle leggi ha chiarito che l'inserimento sociale, ove siano soddisfatte le altre condizioni previste dalla legge che regola l'acquisizione della cittadinanza, è evidentemente impedito dall'imposizione normativa del giuramento alla persona che, in

---

<sup>23</sup> V., sul punto, Cass., Sez. Un., 7 luglio 1993, n. 7441, in *Foro amm.*, 1995, 304. Nello stesso anche Cass., Sez. Un., 27 gennaio 1995, n. 1000, in *Giust. civ., Mass.*, 1995, 206, nonché lo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 7 del 10 giugno 1999 dell'Adunanza Generale. Sul punto v. anche L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi*, cit., p. 707-708.

<sup>24</sup> Sul punto v. anche Cons. St., sez. III, 12 dicembre 2013 n. 4976, che sospende il diniego di cittadinanza (presupposto per cure), opposto ad un tutore che agiva in nome e nell'interesse di un soggetto apolide, orfano, malato e interdetto, sulla base della previsione, poi dichiarata incostituzionale dal giudice delle leggi, che l'incapace non potesse prestare il giuramento. Sul punto v. anche F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo nel sistema multilivello delle tutele*, p. 10.

ragione di patologie psichiche di particolare gravità, sia incapace di prestarlo.

La necessità di esso, e la mancata acquisizione della cittadinanza che, in sua assenza, ne consegue, può determinare una forma di emarginazione sociale che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale, e può inoltre determinare una ulteriore e possibile forma di emarginazione, anche rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza.

Questa pronuncia, di grande rilievo sistematico per i principi affermati anzitutto in materia di disabilità e di inserimento sociale, sembra confermare la nuova impostazione legislativa nella devoluzione dell'intera materia alla cognizione del giudice ordinario, nella misura in cui perviene ad una nozione inclusiva e non discriminatoria di cittadinanza, alla quale anche il cittadino disabile può e deve aspirare, senza essere discriminato per la sola mancanza dello *status civitatis*, in violazione degli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.

Tutte le ipotesi sin qui considerate mostrano, ad ogni modo, come il criterio di riparto della giurisdizione, nelle controversie che riguardino gli stranieri, non possa dirsi stabile ed univoco, nonostante l'indubbio, condivisibile, sforzo di risistemazione profuso dal legislatore, con la previsione dell'art. 3 del d.l. n. 13 del 2017.

La dottrina che ha più di recente ha studiato il problema, nel rimarcare l'assenza di tale omogeneità, ha evidenziato che il riparto tra le giurisdizioni nel diritto dell'immigrazione non può univocamente fondarsi né sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dell'Amministrazione né sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi né sulla teoria dell'affievolimento<sup>25</sup>.

Non sul primo, anzitutto, perché la materia, al pari di altre, conosce ipotesi in cui a fronte di una attività vincolata, secondo lo schema norma/fatto/effetto, si radica la giurisdizione del giudice

---

<sup>25</sup> S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 578 e ss. Più in generale, sulla consistenza sostanziale dell'interesse legittimo e sul riparto di giurisdizione, v. ora le considerazioni di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 399 ss.

amministrativo (si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato sia rifiutato per il c.d. *automatismo espulsivo*, di cui all'art. 4, comma 3, T.U.I., in presenza di condanne penali per i delitti di cui all'art. 380 c.p.p.)<sup>26</sup> e, per converso, a fronte di una attività discrezionale, secondo il modulo norma/potere/effetto (si pensi all'espulsione prefettizia dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o che, comunque, sia un familiare ricongiunto), sussiste la giurisdizione del giudice ordinario<sup>27</sup>.

Non sul secondo, fondato sul tradizionale criterio del *petitum* sostanziale e della *causa petendi*, perché non vi è dubbio che lo straniero, il quale lamenti che il diniego del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato non abbia valutato la sua situazione familiare, laddove rilevante, fa valere una situazione giuridica soggettiva fondamentale, "trasversale" ad entrambe le giurisdizioni, e per converso l'impugnazione del provvedimento espulsivo avanti al giudice ordinario presuppone, sovente, una contestazione circa il cattivo esercizio del potere da parte del Prefetto.

Non sul terzo, infine, perché la teoria dell'affievolimento<sup>28</sup>, secondo cui il giudice ordinario conosce di diritti indegradabili e inaffievolibili dall'esercizio di qualsivoglia potere amministrativo, non riesce a dar conto dell'evidenza, facilmente verificabile in sede giurisprudenziale, che anche provvedimenti amministrativi, espressivi di un potere pubblico, possono incidere su situazioni giuridiche soggettive cc.dd. assolute in questa materia e che queste situazioni sono azionabili dal giudice amministrativo, che ne può tutelare e sovente ne tutela l'esercizio e ne assicura la soddisfazione.

Condivisibile è, allora, l'impressione, almeno ad una prima analisi, che in questa materia il criterio del riparto sia affidato ad «una pluralità di criteri diversi o forse ad esigenze eminentemente pratiche»<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Sul tema si ritornerà nel § 2. V., comunque, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 579.

<sup>27</sup> V. ancora sul punto S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 579.

<sup>28</sup> Per la critica a questa ormai obsoleta teoria, che trova tuttavia ancora un'eco lontana e riflessa nella teoria dei cc. diritti indegradabili, seguita in diverse pronunce della Cassazione, anche a fronte dell'esercizio dei poteri pubblici, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 103.

<sup>29</sup> S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592.



Cionondimeno, dovendo trarre alcune conclusioni da questo primo sommario inquadramento in ordine alla giurisdizione del giudice amministrativo, è possibile in via sintetica affermare che, tendenzialmente, al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali il giudice, nel valutare il corretto o meno esercizio di un potere pubblico, è chiamato a sindacare, oltre che la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, inteso a regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale per limitati periodi o l'ottenimento di uno *status* a tempo indeterminato (quello di lungosoggiornante UE, ai sensi dell'art. 9 T.U.I., o, addirittura, di cittadino), in presenza di determinati requisiti, predisposti dalla legislatore, o nella valutazione di situazioni anche non tipizzate, affidate alla discrezionalità amministrativa, che rivelino la pericolosità della sua presenza per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale.

L'esercizio di tale potere, inteso a regolare i *flussi migratori* ammessi per specifiche ipotesi (i visti di ingresso, i diversi permessi di soggiorno previsti dal T.U.I.) e a prevenire *situazioni di pericolo* per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, può intersecare, e spesso tocca, *indirettamente* situazioni fondamentali dell'individuo, inscindibilmente legati ad esso (si pensi alla situazione familiare del richiedente il permesso di soggiorno per motivi di lavoro), ma nell'ottica del legislatore resta preminente la volontà di affidarne la cognizione al giudice naturale della legittimità del potere e, cioè, al giudice amministrativo, chiamato ad effettuare la ponderazione comparativa di un interesse pubblico *primario* in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, *secondari* rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti<sup>30</sup>.

Anche i diritti fondamentali possono essere lesi e conformati dall'esercizio del potere amministrativo, come si dirà, perché essi non sono *assoluti*, nel senso etimologico di *ab-soluti*, e cioè sciolti dalla doverosa comparazione, secondo la tecnica del bilanciamento, con

---

<sup>30</sup> Sottolinea M. Consito, *I procedimenti amministrativi*, cit., p. 413, come la disciplina dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero dal territorio sia declinata nel potere discrezionale di difesa dell'integrità nazionale attraverso la regolamentazione dei flussi quale prerogativa esclusiva dello Stato sovrano.

altri valori assurti nella valutazione dal legislatore, nell'esercizio non irragionevole della propria discrezionalità, a preminente interesse pubblico.

Le controversie affidate al giudice ordinario si connotano, invece, perché la valutazione circa la correttezza del potere esercitato, imprescindibile anche in molte di tali controversie, incide *direttamente* su tali situazioni fondamentali (i permessi di soggiorno per motivi familiari, le condotte discriminatorie a danno dello straniero di cui all'art. 43 T.U.I., i respingimenti e le espulsioni e, in generale, tutte le misure limitative della libertà dello straniero, la posizione dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, i permessi per motivi umanitari, la posizione giuridica soggettiva dei cittadini UE), e per questo l'incisione diretta, da parte del provvedimento, radica la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti.

Anche questo è, naturalmente, un criterio meramente descrittivo e tendenziale, nel panorama complesso ed eterogeneo della legislazione in materia, ma che risponde appieno, sul piano processuale, alla *ratio* della giurisdizione di legittimità, quale delineata dall'art. 7 c.p.a., e soprattutto, sul piano sostanziale, alla natura dell'interesse legittimo, quale situazione giuridica soggettiva, dotata di autonoma consistenza sostanziale e distinta dal diritto soggettivo, che dialoga col potere<sup>31</sup>.

Ciò che muta, nell'attribuzione delle controversie all'una o all'altra giurisdizione, è la *rappresentazione*, per così dire, del rapporto tra autorità e individuo, che nell'ambito della giurisdizione amministrativa muove sul piano generale ed *ex parte auctoritatis* dalla correttezza del potere autoritativo, conferito all'Autorità, e nell'ambito della giurisdizione ordinaria prende le mosse, sul piano particolare, ed *ex parte subiecti* dalla consistenza della posizione giuridica soggettiva, riconosciuta al privato, tanto che, tendenzialmente (anche se non necessariamente)<sup>32</sup>, solo al primo viene

---

<sup>31</sup> F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 403: «si può dire che l'interesse legittimo fronteggia, nel rapporto giuridico, la situazione giuridica soggettiva denominata potere pubblico».

<sup>32</sup> Proprio in questa materia la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 414 del 18 dicembre 2001 già sopra richiamata alla nt. 9, ha chiarito che «resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti

riconosciuta la capacità di annullare l'atto illegittimo e di rimuoverlo dal mondo giuridico, quale scorretta manifestazione di tale potere, mentre al secondo solo di disapplicarlo, con riferimento a quella situazione.

In entrambi i casi, pur essendo diverso, per così dire, il punto di partenza e la prospettiva di lettura, il risultato, sul piano effettuale e, soprattutto, della tutela giurisdizionale, non è diverso, poiché in entrambi perviene all'esito di rimuovere l'effetto pregiudizievole dell'atto nei confronti del soggetto leso, rientrando nella discrezionalità del legislatore, come la Corte costituzionale ha più volte affermato, "dosare" le tecniche di tutela tra l'una e l'altra giurisdizione e nell'una o nell'altra giurisdizione.

Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva incisa non muta sulla base della sola mutevole attribuzione legislativa della controversia all'una o all'altra giurisdizione, ma muta solo la considerazione con cui l'ordinamento ne valuta la capacità di influire a livello procedimentale sulla ponderazione dell'interesse pubblico, da parte dell'Amministrazione competente, in relazione ad altri valori dell'ordinamento, laddove nell'interesse legittimo tale posizione giuridica viene ritenuta meritevole di protezione se e nella misura in cui questa ponderazione, che spetta all'Amministrazione effettuare nell'ambito del procedimento, non sia avvenuta violandone la forma o sia comunque nella sostanza irragionevole, illogica o discriminatoria<sup>33</sup>.

E ciò, salvo ritornare sul tema più ampiamente nel § 3, spiega perché la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti allo straniero

---

*sostanziali – il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti secondo le tipologie degli interventi giurisdizionali».*

<sup>33</sup> F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 401, rileva che «*il tasso di consistenza (o di tutela) dell'interesse legittimo è misurabile in relazione alla disciplina che riguarda, in modo più o meno incisivo, l'esercizio del potere; nel senso che maggiori sono le regole, formali e sostanziali, che attengono al percorso dell'esercizio del potere, limitandone la libertà, più ampie sono le facoltà di partecipazione a tale percorso e di influenza sul risultato dell'esercizio, ossa sull'assetto di interessi che ne deriva, maggiore è il livello di tutela che assicura l'interesse legittimo*». Anche la Corte costituzionale, nella già citata ordinanza n. 414 del 2001, rammenta che «*non sono isolate le differenziazioni di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, secondo le fasi procedimentali e la posizione fatta valere dal privato*».

avanti al giudice amministrativo non sia meno intensa ed effettiva rispetto a quella assicurata dal giudice ordinario.

*2. Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti nei confronti degli stranieri*

Strettamente connesso al tema della giurisdizione amministrativa, sinora trattato, e necessariamente consequenziale ad esso, è il problema inerente all'ampiezza e ai limiti del suo sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nei confronti degli stranieri, sui quali il giudice amministrativo è stato chiamato a misurarsi sin dalla sua "comparsa" nel nostro ordinamento e, cioè, dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889<sup>34</sup>.

Nozioni come sindacato "forte" o "debole", "estrinseco" o "intrinseco", tradizionalmente in voga tra la dottrina e la giurisprudenza, rischiano di essere insufficienti, se non addirittura fuorvianti, nell'inquadramento dello specifico problema<sup>35</sup>, perché esse, chiuse entro rigide dicotomie e astratti schematismi ormai logori, eludono la questione centrale della materia in un moderno ordinamento giuridico: l'effettività della tutela giurisdizionale che il giudice amministrativo è chiamato ad assicurare.

La forza dei poteri cognitori, istruttori e decisorio del giudice amministrativo, infatti, in questa materia si fa più penetrante in misura inversamente proporzionale al *tasso di discrezionalità* del potere che il legislatore ha voluto riconoscere all'Amministrazione nella cura

---

<sup>34</sup> V., sul punto, P. Esperson, *I decreti di espulsione degli stranieri e la quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Arch. giur.*, 1895, LV, p. 595, il quale ricorda come, ad esempio, i decreti di espulsione dello straniero fossero ritenuti non impugnabili, secondo la prima giurisprudenza del Consiglio di Stato chiamata a pronunciarsi, perché aventi natura politica: v. Cons. St, sez. IV, 24 novembre 1891, n. 143, in *Giust. amm.*, 1891, p. 408. Sulla questione cfr. M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 51 e nt. 57.

<sup>35</sup> Sul tema v. in generale, di recente, l'analisi di F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, San Giuliano Milanese, 2017, p. 540 ss. e di R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2014, p. 287 e ss. Per quanto attiene alla tutela giurisdizionale dello straniero avanti al giudice amministrativo v., in particolare, A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 821.

dell'interesse pubblico attribuito, ritenuto preminente alla stregua di un bilanciamento che però, incidendo sui diritti fondamentali dello straniero, non può essere arbitrario e discriminatorio, come si vedrà, e che proprio per questo ha subito progressivi temperamenti e rimodulazioni per effetto delle pronunce delle Corti superiori, nazionali e sovranazionali.

Un primo approccio alla materia, infatti, indurrebbe a ritenere che maggiore è il contenuto discrezionale di questo potere inteso a valutare la posizione dello straniero sul territorio nazionale, per la complessità o la delicatezza dell'interesse pubblico ad esso sotteso, minore sia la capacità, per il giudice amministrativo, di sindacarne la ragionevolezza, ma questo approccio, sino a non molti anni addietro non infrequente nella stessa giurisprudenza amministrativa, può dirsi ora superato dalla necessità, fortemente avvertita dalla giurisprudenza amministrativa negli anni più recenti, che l'esercizio del potere non trasmodi, sostanzialmente, in un insindacabile arbitrio, sul piano sostanziale, che si trasformerebbe in una denegata giustizia, sul piano processuale, così conculcando, senza rimedio effettivo, i diritti fondamentali dello straniero<sup>36</sup>.

La dottrina che si è occupata del sindacato giurisdizionale amministrativo sugli stranieri ha osservato che le tecniche di controllo giudiziale si spingono ben oltre una verifica circa la mera legalità procedurale sull'operato dei pubblici poteri in questo settore dell'ordinamento – al di là, quindi, della mera e sbrigativa “caccia” al vizio formale e all'errore procedimentale – ma giungono a sindacare, in un *percorso incrementale* di cui meglio si dirà, la logicità e la ragionevolezza della motivazione del provvedimento, in nome e per un principio di legalità sostanziale, e in questa tendenza ha ravvisato i più rilevanti «*profili evolutivi del fenomeno*»<sup>37</sup>.

La casistica giurisprudenziale conosce un ventaglio di ipotesi, davvero significative, che danno conto di questa linea evolutiva, non

---

<sup>36</sup> Sul tema dei diritti fondamentali v. P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 168-172, con particolare riferimento alla inviolabilità di tali diritti, nonché M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali dei migranti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2014, 19, p. 3, la quale evidenzia che la questione di fondo, nella tutela dei diritti fondamentali dello straniero, sta nel rapporto tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino.

<sup>37</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 822.

sempre sicura e coerente, tra le stesse pronunce dei giudici amministrativi, ma ad ogni buon conto chiara e consapevole.

Si possono prendere le mosse nell'analisi di questa casistica, anzitutto e per esempio, dalla disciplina dei visti di ingresso sul territorio nazionale.

L'art. 4, comma 2, T.U.I. prevede che il visto di ingresso possa essere negato allo straniero per motivi di ordine pubblico senza alcuna motivazione, e tanto in deroga espressa all'obbligo generale di motivazione di cui all'art. 3 della l. n. 241 del 1990, salvo per quando riguarda le domande di visto presentate ai sensi degli artt. 22, 24, 26, 27, 28, 29, 36 e 39 T.U.I, il cui diniego, invece, deve essere motivato.

Eppure, soprattutto dopo il forte richiamo della Corte costituzionale, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, circa la imprescindibile centralità della motivazione quale baricentro del provvedimento amministrativo e baluardo di legalità sostanziale<sup>38</sup>, la stessa giurisprudenza amministrativa, a fronte di una disposizione – ormai – di dubbia costituzionalità quale quella in esame, non ha mancato di censurare la illegittimità dei dinieghi, ancorché non motivati, quante volte l'Amministrazione non abbia in giudizio dimostrato ragionevolmente la sussistenza di tali ragioni, riconducibili ai motivi di ordine pubblico, anzitutto, come sovente accade, per quanto attiene al c.d. *rischio migratorio*<sup>39</sup>.

La sussistenza di ragioni attinenti all'ordine pubblico, ancorché non debba essere dunque essere motivata nel provvedimento

---

<sup>38</sup> Occorre al riguardo richiamare la fondamentale ordinanza di Corte cost., 26 maggio 2015, n. 92, in *Giur. cost.*, 2015, 3, p. 784, la quale ha ribadito come «*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti*». La Corte menziona a conforto di tale suo orientamento la costante giurisprudenza amministrativa: v., per tutte, la pronuncia di Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1048. Sulla questione, nel sottolineare la centralità dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 come fondamentale norma sull'attività decisionale, v. A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 888.

<sup>39</sup> V., sul punto, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 2 aprile 2009, n. 3565, in *Foro amm.*, 2009, 4, p. 1089.

negativo, può e deve essere sindacata dal giudice amministrativo, al fine di non frustrare le legittime aspettative del richiedente e di assicurarne, quindi, la pienezza della tutela giurisdizionale avverso atti eventualmente arbitrari adottati dall'Amministrazione.

Analogo orientamento si è registrato nella giurisprudenza amministrativa – prima, come si è accennato nel § 1, che la materia della cittadinanza fosse devoluta alla cognizione delle sezioni specializzate dall'art. 3, comma 2, del d.l. n. 13 del 2017 – per i dinieghi di riconoscimento della cittadinanza per naturalizzazione, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 92 del 1991, allorché il Ministero dell'Interno abbia opposto ragioni attinenti, ad esempio, alla sicurezza nazionale<sup>40</sup>.

Eguale è a dirsi per le espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico o per prevenzione antiterroristica che, come si è accennato nel § 1, rientrano nella cognizione del giudice amministrativo.

E va ricordato che anche sulle revoche delle misure di accoglienza, previste dall'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015, di cui si è detto nel § 1, la giurisprudenza amministrativa non manca di esercitare un sindacato attento, che afferma la necessità delle garanzie procedurali (e, in particolar modo, quella dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990, relativa alla comunicazione di avvio del procedimento), a fronte di provvedimenti che assumono carattere sanzionatorio.

La forza del sindacato giurisdizionale aumenta, per estensione ed intensità, via via che decresce il tasso di discrezionalità, lasciato al potere amministrativo, nel doveroso bilanciamento con altri valori, ritenuti parimenti meritevoli di tutela se non, in taluni casi, addirittura prevalenti per la loro dignità costituzionale o internazionale, riconosciuta non solo dalla Costituzione e dai Trattati internazionali o dalle fonti eurounitarie, ma dalla giurisprudenza delle Supreme Corti, nazionali o sovranazionali<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cons. St., sez. III, 11 maggio 2016, n. 1874.

<sup>41</sup> Sul punto v. A. D'Atena, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2017, p. 15, il quale sottolinea l'ancoraggio ormai internazionale della garanzia dei diritti fondamentali, nonché C. Marchese, *I diritti sociali nell'epoca dell'austerità: prospettive comparate*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 1, p. 170, che, all'esito di una accurata analisi delle varie giurisprudenze costituzionali nei singoli Stati, rileva come loro tratto saliente, e

La giurisdizione amministrativa, nel dialogo incessante con le Supreme Corti, ne recepisce e attua i principî di diritto, secondo il modulo del c.d. *costituzionalismo multivello*, completandone e inverandone la tutela giurisdizionale, con pienezza ed effettività, avverso gli atti dell'Amministrazione<sup>42</sup>.

Si possono qui citare due esempi assai ricorrenti nella casistica giurisprudenziale, che dimostrano come questo sindacato giurisdizionale "cresca" di intensità e si faccia più penetrante, nell'attuazione di tali principî e secondo la logica incrementale cui sopra si accennava, con un pieno accesso ai fatti posti a fondamento della decisione amministrativa e una rigorosa verifica del corretto uso del potere, sul piano della motivazione, e in termini di ragionevolezza, nella misura in cui l'uso di tale potere si ponga in contrasto irrimediabile con i diritti fondamentali dello straniero<sup>43</sup>.

Il primo esempio attiene alla *valutazione del reddito* che lo straniero richiedente il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato deve dimostrare, reddito che, secondo le disposizioni vigenti in materia, deve essere almeno pari all'importo annuo dell'assegno sociale che, per il 2017, ammonta ad € 5.824,91.

Il possesso di un reddito minimo idoneo al sostentamento del cittadino extracomunitario e del suo nucleo familiare, per costante giurisprudenza, costituisce condizione una soggettiva non eludibile, perché attiene alla sostenibilità dell'ingresso e della permanenza dello straniero nella comunità nazionale e garantisce che egli contribuisca al progresso anche materiale della società e non si dedichi ad attività illecite<sup>44</sup>.

La misura di detto requisito reddituale, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, non è indeterminata, come si è accennato, e

---

comune, sia una concezione dei diritti sociali quali strumenti di sviluppo della persona necessari al fine di realizzare una effettiva partecipazione democratica.

<sup>42</sup> F. Patroni Griffi, *Corti nazionali e corti europee verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2017, 2, p. 449 ss. e A. Pajno, *Diritto europeo e trasformazioni del diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Riv. dir. ital. pubbl. com.*, 2017, 2, p. 467 ss.

<sup>43</sup> Sul canone di ragionevolezza quale garanzia dei diritti fondamentali, anche in una prospettiva comparatistica, v. le considerazioni di G. Romeo, *La comparazione degli argomenti in tema di diritti: la trasformazione del giudizio di ragionevolezza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 2, p. 279 ss.

<sup>44</sup> Cons. St., sez. III, 9 aprile 2014, n. 1687.



lasciata ad una valutazione caso per caso, bensì è stabilita, per il lavoro subordinato, dall'art. 29, comma 3, lettera *b*), ormai anche richiamato dall'art. 22, comma 11, T.U.I.<sup>45</sup>, nonché, per il lavoro autonomo, dall'art. 26, comma 3, T.U.I. e dall'art. 39, comma 3, del d.P.R. n. 394 del 1999<sup>46</sup>.

Il Consiglio di Stato ritiene che, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, dalle disposizioni del T.U.I., complessivamente considerate, non si evinca che sia necessaria la dimostrazione del possesso, in modo assoluto ed ininterrotto, di questo livello di reddito, ma che al contrario l'Amministrazione debba comunque tener conto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, T.U.I., di «*comprovati fatti sopravvenuti prima del provvedimento (in primis: un rapporto di lavoro che faccia presumere una prospettiva di continuità per il futuro), che superino situazioni di carenza di reddito riscontrate durante il pregresso periodo di validità del precedente permesso di soggiorno*»<sup>47</sup>.

In questa prospettiva, che guarda *de futuro* anche al verosimile incremento di reddito nel corso dell'anno, la giurisprudenza ha affermato che la Questura non può legittimamente negare il rilascio del permesso quando lo straniero ha avviato da poco tempo la propria attività lavorativa regolare ed è presumibile ritenere che, entro la fine dell'anno, egli raggiunga il livello stabilito annualmente per l'assegno sociale.

Analogamente, per quanto riguarda la sopravvenienza di un secondo rapporto di lavoro regolare dopo che lo straniero aveva richiesto il permesso di soggiorno sulla base di un primo rapporto di lavoro risultato fittizio, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'ottenimento del permesso per motivi di lavoro subordinato non è precluso dalla natura fittizia del primo rapporto lavorativo, perché, non determinando la situazione dell'accertata falsità di tale rapporto una preclusione tassativa al rilascio del permesso, non vi è motivo per non applicare l'art. 5, comma 5, T.U.I., nella parte in cui dispone che,

---

<sup>45</sup> Cons. St., sez. III, 2 luglio 2014, n. 3342; Cons. St., sez. III, 11 settembre 2014, n. 4652.

<sup>46</sup> Cons. St., sez. III, 15 gennaio 2015, n. 117, in *Foro it.*, 2015, III, 76.

<sup>47</sup> Cons. St., sez. III, 26 maggio 2015, n. 2645 e, più di recente, Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 651. Ma nello stesso senso v. già Cons. St., III, 10 dicembre 2014, n. 6069; Cons. St., sez. III, 14 luglio 2014, n. 3674; Cons. St., sez. III, 11 luglio 2014, n. 3596.

ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, si tenga conto degli elementi sopravvenuti quali, per l'appunto, la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro, risultato essere reale e regolare.

La massima valorizzazione degli elementi favorevoli allo straniero sopravvenuti alla proposizione dell'istanza per il rilascio o per il rinnovo del permesso di soggiorno, ai sensi dell'art. 5, comma 5, T.U.I., anche in chiave prognostica, incontra tuttavia un limite temporale insuperabile nell'emissione stessa del provvedimento, poiché non è possibile richiedere all'Amministrazione di prevedere eventi non verificatisi e, comunque, non accertabili al momento in cui provvede.

L'orientamento, seguito da alcuni Tribunali amministrativi regionali, secondo il quale l'interpretazione dell'art. 5, comma 5, T.U.I., alla luce dei principî costituzionali ed europei, debba valorizzare nella loro massima portata estensiva le sopravvenienze favorevoli allo straniero, vertendo il giudizio amministrativo sul "rapporto" di questi con la collettività nazionale che lo accoglie e dovendo, quindi, tenere in considerazione tutti gli elementi, mutevoli nel tempo, di tale rapporto, anche quelli successivi all'emissione del provvedimento, è stato perciò censurato dal giudice di appello.

Per quanto ispirato da una visione "dinamica" della materia e ad una concezione del processo amministrativo "aperta" al rapporto dedotto in giudizio, infatti, questo orientamento non considera che l'Amministrazione è chiamata ad effettuare una valutazione dei requisiti per il rilascio o per il rinnovo del permesso di soggiorno al momento *rebus sic stantibus* e, sebbene debba formulare una prognosi sull'effettivo inserimento dello straniero che si proietta nel futuro, non può prescindere dagli elementi ad essa noti fino all'emissione del provvedimento.

Il Consiglio di Stato ha così chiarito che nessuna prognosi, nemmeno quella più modernamente intesa ad una visione dinamica ed aperta del rapporto tra l'ordinamento interno e lo straniero, può infatti «astrarre dai soli elementi esistenti al momento della domanda e da quelli eventualmente sopravvenuti e noti (o resi noti) sino all'emissione del provvedimento, poiché anche questa materia e, anzi, prima di ogni altra questa materia, per le esigenze di ordine e di sicurezza pubblici di rilievo costituzionale ed europeo, che la caratterizzano, altrettanto basilari quanto i diritti fondamentali dello

*straniero, non può sottrarsi alla irrinunciabile necessità di certezza dei rapporti giuridici tipica del diritto amministrativo»<sup>48</sup>.*

Un diverso orientamento, quale quello seguito da alcuni giudici amministrativi di primo grado, richiederebbe all'Amministrazione, nel delicato bilanciamento degli interessi in gioco, di valutare elementi non previsti né prevedibili, al momento del provvedimento, trasformando il giudizio discrezionale che le compete in una «*forma di intuizionismo insindacabile*»<sup>49</sup>, in sede di legittimità, dallo stesso giudice amministrativo, in spregio di fondamentali principi quali quelli affermati dagli artt. 24, 97 e 111 Cost.

La cauta, ma comunque sensibile apertura della giurisprudenza amministrativa alla doverosa considerazione degli elementi sopravvenuti di cui all'art. 5, comma 5, T.U.I., in una lettura globale della posizione dello straniero, costituisce certo un esempio del *sindacato incrementale*, già accennato, che il giudice amministrativo è venuto costruendo in questa materia, ritagliando significativi spazi di tutela nelle “maglie larghe” del T.U.I.

Passi ancor decisivi questo sindacato incrementale ha compiuto sul terreno della pericolosità sociale dello straniero, secondo esempio del modo con il quale la giurisprudenza amministrativa, sulla scia dell'orientamento della Corte costituzionale, ha interpretato e applicato la normativa del T.U.I. al fine di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti reclamati dallo straniero.

La Corte costituzionale, come è noto, non ha negato in linea di principio l'ampia discrezionalità del legislatore nell'ammettere i cc.dd. *automatismi espulsivi* discendenti da condanne penali avvertite dal legislatore come indici di particolare pericolosità sociale dello straniero e di minaccia per l'ordine pubblico.

Per il giudice delle leggi, che ha avallato in questo senso una concezione della legalità “forte”<sup>50</sup>, non è manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo.

---

<sup>48</sup> Cons. St., sez. III, 25 agosto 2016, n. 3692.

<sup>49</sup> Cons. St., sez. III, 30 maggio 2016, n. 2266.

<sup>50</sup> M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, 1, 41 ss. e, in particolare, p. 53-54.

In tale ordine di idee, infatti, la condanna per un delitto punito con la pena detentiva la cui configurazione è diretta a tutelare beni giuridici di rilevante valore sociale – quali sono le fattispecie incriminatrici prese in considerazione dalla normativa censurata – non può, di per sé, essere considerata circostanza ininfluenza per l'ingresso o la permanenza dello straniero in Italia, al punto di far ritenere manifestamente irragionevole la disciplina legislativa che siffatta condanna assume come circostanza ostativa all'accettazione dello straniero nel territorio dello Stato<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Corte cost., 15 maggio 2008, n. 148, in *Corr. del mer.*, 2008, 7, p. 875, con nota di R. Cicchese, *Costituzionali le norme che impediscono il rilascio del permesso di soggiorno in presenza di alcune condanne*. Nello stesso senso, ancor più di recente, Corte cost., 12 dicembre 2014, ord. n. 277, in *Giur. cost.*, 2014, 6, p. 4712, la quale, nel dichiarare inammissibili le questioni sollevate dal T.R.G.A. del Trentino Alto Adige con due distinte ordinanze per l'asserito contrasto degli art. 4, comma 3, e 5, comma 5, T.U.I. con l'art. 3 Cost., nella parte in cui tali disposizioni fanno derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno del cittadino extracomunitario dalla pronuncia, nei suoi confronti, di una sentenza di condanna per uno dei reati per i quali l'art. 381 c.p.p. prevede l'arresto facoltativo in flagranza, senza consentire che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, rileva che, nel delineare le condizioni ostative collegate al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno in dipendenza di condanne penali, la scelta del legislatore è stata quella di dar vita ad un sistema "bipartito" basato sulla enucleazione di due criteri concorrenti di natura composita. Il primo, di tipo misto, riferito ai casi per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; disciplina, quest'ultima, che, a sua volta, risulta costruita (art. 380, commi 1 e 2, c.p.p.) su base in parte "quantitativa", raccordata, cioè, alla pena prevista dalla legge, e, in parte, qualitativa, ragguagliata, quindi, alla specificità dei titoli di reato. L'altro paradigma, del tutto peculiare, riferito non già ad una rassegna quantitativa, basata sulla pena, né ad una indicazione qualitativa fondata su specifiche fattispecie delittuose, ma calibrato in funzione di "tipologie" di reati, individuati *ratione materiae* e raggruppati, per così dire, all'interno di complessi normativi delineati solo attraverso il richiamo ai relativi "settori di criminalità". La disamina delle "materie" evocate dalla normativa in questione (che riflette anche specifici impegni internazionali derivanti da convenzioni o trattati o normativa di rango comunitario), secondo la Corte, «dimostra come sia evidente l'intendimento del legislatore di assumere a paradigma ostativo non certo la gravità del fatto, in sé e per sé considerata, quanto – e soprattutto – la specifica natura del reato, riposando la sua scelta su una esigenza di conformazione agli impegni di "inibitoria" di traffici riguardanti determinati settori reputati maggiormente sensibili». Per l'effetto ostativo delle condanne per delitti attinenti alla materia degli stupefacenti al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno v., nella

Nondimeno, con riferimento a talune peculiari situazioni, la Corte costituzionale è intervenuta sul sistema normativo per sanzionare l'irragionevolezza dell'automatismo espulsivo o, comunque, per indicare una via interpretativa costituzionalmente orientata delle disposizioni che prevedono le fattispecie ostative.

In particolar modo, per quanto attiene alle procedure di regolarizzazione dei lavoratori domestici, il giudice delle leggi, con la sentenza n. 172 del 2012, ha stigmatizzato l'irragionevolezza del diniego di regolarizzazione, previsto dall'art. 1-ter, comma 13, lett. c), del d.l. n. 78 del 2009, siccome introdotto dalla legge di conversione n. 102 del 2009, automaticamente correlato alla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati di cui all'art. 381 c.p.p., senza che sia permesso alla pubblica amministrazione di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato<sup>52</sup>.

Seppure con riferimento alla specificità del caso, che concerne la regolarizzazione dei lavoratori domestici che spesso svolgono attività di assistenza per lunghi periodi in favore di disabili e instaurano un intenso legame affettivo con essi e le loro famiglie, la Corte ha rimarcato che l'inesistenza di un'incompatibilità, in linea di principio, dell'automatismo espulsivo in questa materia con l'art. 3 Cost. non implica, infatti, che le fattispecie nelle quali esso è previsto siano sottratte al controllo di non manifesta arbitrarietà.

Il legislatore può, pertanto, subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti dalla

---

consolidata giurisprudenza amministrativa conformatasi all'indirizzo della Corte, Cons. St., sez. III, 22 novembre 2017, n. 5503, la quale fa salva, come ora si dirà, la considerazione dei rapporti familiari.

<sup>52</sup> Corte cost., 6 luglio 2012, n. 172, in *Foro amm.*, C.d.S., 2012, 10, p. 2483 nonché in *Riv. dir. int.*, 2012, 4, p. 1186, con nota di N. Vettori, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, la quale rileva come il maggior interesse della sentenza in commento sta nell'aver posto l'attenzione sul fatto che «per la tutela dei diritti fondamentali della persona il principio di stretta legalità non offre necessariamente la soluzione più garantista e anzi, in certi casi, la disciplina più conforme a Costituzione è quella che prevede regole elastiche e uno spazio valutativo in concreto».

disciplina dell'immigrazione, ma la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario, perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere «considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi»<sup>53</sup>.

Il giudice delle leggi ha ribadito il principio generale, applicabile anche al diritto dell'immigrazione, secondo cui «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245, in *Riv. dir. intern.*, 2011, 4, p. 1259, nonché in *Dir. fam.*, 2012, 1, 59, con nota di P. Palermo, *Sul diritto inviolabile al matrimonio (ed alla famiglia legittima) dell'essere umano, anche se "clandestino": brevi riflessioni su irragionevoli cause di "irregolarità" e di "inesistenza"*, la quale, nel ricordare che tra i diritti fondamentali dello straniero rientra anche quello a contrarre matrimonio, ha ritenuto sproporzionato il sacrificio imposto a tale libertà, sia per lo straniero che per il cittadino o la cittadina che intende contrarre matrimonio con lo straniero, dall'art. 116 c.c., come modificato dalla l. 15 luglio 2009 n. 94, secondo il quale lo straniero extracomunitario deve presentare all'ufficiale di stato civile un documento attestante la regolarità del proprio soggiorno nel territorio italiano. Questa disposizione, secondo la Corte, viola altresì l'art. 117, comma 1, Cost., perché un divieto generale a contrarre matrimonio, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla legittimità del matrimonio, è lesivo del diritto al matrimonio enunciato nell'art. 12 della CEDU. Sottolinea l'importanza della pronuncia M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., perché essa riconosce la necessità di un bilanciamento tra l'interesse statale al controllo delle frontiere e gli interessi individuali, ma nel contempo l'Autore osserva che, come le poche altre decisioni "progressiste" in tale ambito, anche questa è stata dettata da una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 dicembre 2010, *O' Donoghue and others v. The United Kingdom*.

<sup>54</sup> Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Foro it.*, 2012, I, 691, ove è affermato tale principio generale, seppure in relazione all'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, conv., con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009 n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art.

Nella sentenza n. 202 del 2013 la Corte costituzionale, nell'assicurare la «*massima espansione delle garanzie*» esistenti di tutti i diritti e i principî rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca, ha negato che l'automatismo espulsivo possa legittimamente operare nei confronti degli stranieri che abbiano legami familiari in Italia e ha dichiarato incostituzionale l'art. 5, comma 5, T.U.I. nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che «*ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare*» o al «*familiare ricongiunto*», e non anche allo straniero «*che abbia legami familiari nel territorio dello Stato*».

La tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati.

Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari<sup>55</sup>.

Ad analoga soluzione contro l'operatività dell'automatismo espulsivo, questa volta in via ermeneutica, la Corte è pervenuta anche,

---

74 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

<sup>55</sup> Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, in *Foro it.*, 2013, I, p. 3376, nonché in *Giur. cost.*, 2013, 4, p. 2835, con nota di G. Sirianni, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*.

con l'ordinanza n. 58 del 2014<sup>56</sup>, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 26, comma 7-*bis*, T.U.I., introdotto dalla l. n. 189 del 2002 (c.d. legge Bossi-Fini), indicando la strada di una interpretazione costituzionalmente orientata che tenti un approccio alla fattispecie ostativa in termini di un giudizio in concreto, senza fare ricorso ad astratti apriorismi.

Proprio recependo questi orientamenti della Corte, che ha in parte attenuato il rigorismo espulsivo del T.U.I., l'interpretazione adeguatrice del giudice amministrativo ha inteso assicurare l'attuazione dei principî costituzionali e sovranazionali e completare il sistema di tutela giurisdizionale dello straniero.

E così, per tornare alla doverosa considerazione dei rapporti familiari pur a fronte delle condanne penali previste dall'art. 4, comma 3, T.U.I., il Consiglio di Stato è ormai costante, nella sua giurisprudenza, allorché rileva che la competente Questura deve valutare l'esistenza dei rapporti familiari in comparazione con i precedenti penali, senza applicare indebiti automatismi espulsivi nei confronti di soggetti radicati sul territorio, in ragione dei loro rapporti familiari, e senza scendere nella valutazione in concreto della sua pericolosità sociale<sup>57</sup>.

Da questo punto di vista, e in conformità con quanto la Corte ha chiarito circa il valore sostanziale della motivazione, assume rilievo centrale la motivazione del provvedimento questorile, che non può essere apparente o stereotipa, come quando la competente Questura considera, paradossalmente, i rapporti familiari come una forma di "aggravante" delle precedenti condotte penalmente rilevanti ai fini della pericolosità sociale, inferendone un giudizio di disvalore penale ulteriore perché lo straniero, nonostante l'esistenza dei rapporti familiari, ha scelto comunque di delinquere.

Una simile argomentazione, che ritorce in danno dello straniero l'esistenza di tali rapporti in contrasto con le indicazioni provenienti

---

<sup>56</sup> Corte cost., 27 marzo 2014, n. 58, in *Giur. cost.*, 2014, 2, p. 1273.

<sup>57</sup> Cons. St., sez. III, 23 maggio 2017, n. 2391, la quale evidenzia che la valutazione comparativa tra gli interessi, ed in particolare la pericolosità attuale dello straniero, alla luce della condanna, ma anche degli elementi che connotano il suo inserimento familiare, sociale e lavorativo in Italia, avrebbe dovuto essere esternata dalla Questura e non può essere sostituita da quella effettuata direttamente dal giudice.



dal diritto europeo e dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza, finisce per introdurre surrettiziamente, ancora una volta, una forma di automatismo espulsivo nella misura in cui si sottrae all'obbligo motivazionale di soppesare, da un lato, la gravità della condotta delittuosa, la sua attualità, la sua effettiva sintomaticità di pericolo per l'ordine costituito, e dall'altro l'esistenza di una radicata rete di rapporti, di legami, di interessi intrattenuta dallo straniero, tale da dimostrare l'assoluta unicità e/o marginalità del fatto penalmente rilevante quale singolo e irripetibile (o anche non più ripetuto) fenomeno di devianza non grave dalle fondamentali regole che presiedono all'ordinato vivere civile<sup>58</sup>.

Ad analoghe considerazioni e in attuazione di indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, contro ogni forma di automatismo espulsivo "mascherato", la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in misura largamente maggioritaria, ha ritenuto che una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 26, comma 7-bis, T.U.I. vieta di ipotizzare un qualsivoglia automatismo ostativo al rilascio del permesso di soggiorno per lavoro autonomo nella commissione dei reati legati alla tutela del diritto d'autore e dei marchi industriali, senza valutare, in concreto, la pericolosità di un soggetto che abbia richiesto il permesso di soggiorno di lungo periodo, ai sensi dell'art. 9 T.U.I., o quantomeno nell'ipotesi in cui abbia, comunque e di fatto, maturato la condizione per il rilascio del permesso di soggiorno a siffatto titolo (cinque anni di regolare permanenza sul territorio italiano)<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Cons. St., sez. III, 22 maggio 2017, n. 2382, secondo cui «*la recessività dei rapporti familiari rispetto all'esistenza di fatti penalmente rilevanti, peraltro risalenti nel tempo, non può essere legittimamente affermata sulla base della motivazione stereotipa, astrattamente – e perciò potenzialmente e indifferentemente – acconcia ad ogni genere di situazione familiare e ogni specie di condotta delittuosa, alla stregua della quale i legami familiari sarebbero irrilevanti ai fini dell'integrazione positiva nel contesto socio-economico e il nucleo familiare "si è caratterizzato materialmente incapace ad impedire lo svolgimento di attività illecite per le quali lo straniero è stato condannato", come si legge nel provvedimento del Questore*».

<sup>59</sup> Cons. St., sez. III, 25 novembre 2015, n. 5349 e Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1637. Ma v. già, in questo senso, Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2009, n. 2342, in *Foro amm.*, C.d.S., 2009, 4, p. 1043, per l'applicazione non automatica e vincolata dell'art. 26, comma 7-bis, del d. lgs. n. 286 del 1998, ma tenendo in considerazione

Il sindacato del giudice amministrativo, sulla scorta del quadro normativo in materia, si intensifica ed estende il suo raggio di azione alla ragionevolezza della valutazione rimessa all'Amministrazione in un'ottica di valutazione globale della posizione dello straniero, soprattutto dopo che, per effetto degli interventi da parte della Corte costituzionale (o, come pure si dirà, delle Corti sovranazionali), l'affievolirsi degli automatismi espulsivi, che la stessa Corte ha sempre considerato, secondo una giurisprudenza tralaticia, un presidio irrinunciabile della legalità formale ad evitare arbitri contro lo stesso straniero, cede il passo ad una nozione di legalità sostanziale, tesa ad assicurare i *diritti fondamentali del singolo straniero*, mediante il riespandersi della discrezionalità amministrativa.

E non è questa – la via, cioè, di un metodo assiologico, come è stata definita in dottrina<sup>60</sup> – nemmeno, e in ultimo, la frontiera più avanzata del sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo su atti e provvedimenti che incidono sulla posizione giuridica dei migranti.

È talvolta lo stesso giudice amministrativo a tentare e a percorrere, *direttamente*, la via di una interpretazione costituzionalmente o convenzionalmente orientata della normativa in materia, laddove ne intraveda gli spazi, facendo propri i principî o anche solo le indicazioni provenienti dalle Corti supreme nazionali, internazionali o sovranazionali, in dialogo non solo con queste Corti, ma anche con i giudici delle Corti supreme di altri Stati, e spingendosi sino al limite del *sindacato propulsivo od evolutivo* e, a tutela di diritti fondamentali incompressibili, persino *sostitutivo* ove appaia chiara la natura vincolata, per la loro necessaria attuazione, del provvedimento richiesto dall'Amministrazione.

Si pensi all'ipotesi, di recente emersione, del c.d. permesso di cure atipico, finalizzato a regolarizzare la posizione dello straniero già presente in Italia per consentirgli l'accesso a cure mediche altrimenti precluse per fonti secondarie che subordinano determinate terapie al possesso di cure idonee.

---

tutti gli altri elementi di fatto che concorrano ad una integrale valutazione in concreto della pericolosità sociale dello straniero richiedente.

<sup>60</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 862.

Al riguardo la Corte costituzionale, in una ormai risalente pronuncia, aveva lanciato un monito al legislatore affinché lo straniero irregolare potesse beneficiare delle terapie mediche necessarie alla tutela del nucleo fondamentale del diritto alla salute garantito ad ogni individuo dall'art. 32 Cost.<sup>61</sup>.

Sulla scia di questo orientamento il Consiglio di Stato ha ritenuto che la normativa vigente (e, in particolare, le disposizioni dell'art. 35, comma 3, T.U.I. e dell'art. 43, commi 2, 3 e 4, del d.P.R. n. 394 del 1999), interpretata alla luce dei principî desumibili dalla richiamata giurisprudenza costituzionale, consenta il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno atipico temporaneo per cure mediche a favore dello straniero bisognoso di cure mediche, ma entrato irregolarmente nel territorio nazionale<sup>62</sup>.

A tale riguardo lo stesso Consiglio di Stato ha chiarito in una sua più recente pronuncia, precisando il proprio orientamento, che non deve essere sottovalutata la portata del principio di cui all'art. 35, comma 3, T.U.I. e la sua capacità espansiva in relazione alle circostanze, dato che esso costituisce una norma di chiusura del sistema e di suprema garanzia di un diritto fondamentale e che è suscettibile della massima espansione proprio nelle situazioni estreme come quella in esame dove vi è pericolo di vita<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. it.*, 2002, 5, p. 908, con nota di A. Algostino, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, secondo cui «la valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità ed urgenza delle cure deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico; di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si dovrà, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare tale profilo – tenuto conto dell'intera disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 286 del 1998 – se del caso ricorrendo ai mezzi istruttori che la legge, pur in un procedimento caratterizzato da concentrazione e da esigenze di rapidità, certamente consente di utilizzare». V., per l'analisi di questo orientamento, anche A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 885-886.

<sup>62</sup> Cons. St., sez. III, 20 settembre 2011, n. 5286, in *Foro amm.*, C.d.S., 2011, 9, p. 2731. V., nello stesso senso, anche Cons. St., sez. III, 8 luglio 2014, n. 3488, in *Rass. giur. san.*, 2015, 369-370, che tuttavia esclude nel caso di specie l'applicazione dell'art. 35, comma 3, T.U.I. al cospetto di una patologia ritenuta di tale gravità tale da richiedere la somministrazione di cure urgenti o, comunque, essenziali.

<sup>63</sup> Cons. St., sez. III, 27 ottobre 2014, n. 5328. Sul problema v. E. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., nonché G. Vosa, *Cure*

Anche in relazione al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, dopo l'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016 sulle unioni non matrimoniali<sup>64</sup>, il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia, ha chiarito che negli ultimi anni si è assistito, e non solo nella nostra legislazione nazionale, ad una interpretazione nuova ed evolutiva del concetto di famiglia, comprensivo anche delle unioni di fatto tra individui (e anche dello stesso sesso), tanto che la Corte di Strasburgo, di recente, ha chiarito come la legislazione degli Stati membri in materia di immigrazione non si può spingere sino al punto di negare all'individuo il diritto a vivere liberamente una condizione di coppia, intesa come vita familiare<sup>65</sup>.

Proprio in virtù della presenza di rapporti affettivi (di natura eterosessuale od omosessuale), infatti, l'eventuale applicazione di una misura di allontanamento o di diniego di un permesso di soggiorno è in grado, secondo la Corte di Strasburgo, di provocare un sacrificio sproporzionato del diritto alla vita privata e familiare per il soggetto portatore dell'interesse<sup>66</sup>.

La circostanza che l'attuale legislazione in materia di permessi di soggiorno non sia stata ancora adeguata o comunque ben coordinata, sul punto, alle riforme introdotte dalla l. n. 76 del 2016 sulle unioni civili e di fatto, consentendo il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, di cui all'art. 30, comma 1, lett. b), T.U.I., anche al convivente straniero di cittadino italiano, purché ne ricorrano le condizioni, formali e sostanziali, ora previste dalla stessa l. n. 76 del 2016 (e, in particolare, dall'art. 1, commi 36 e 37), non osta all'applicazione mediata, anche in via analogica, degli istituti previsti dalla legislazione in materia di immigrazione per le unioni matrimoniali e, quindi, dello stesso art. 30, e ciò per la forza, essa immediata, di principî costituzionali ed europei, la cui cogenza

---

*essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare. Dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale, in Dir. pubbl., 2016, 2, p. 755 ss.*

<sup>64</sup> V., sulla l. n. 76 del 20 maggio 2016, T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuov. legg. civ. comm.*, 2016, 3, p. 367 ss.

<sup>65</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2016, ric. n. 6845/13, *Pajic c. Croazia*.

<sup>66</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2012, ric. n. 31956/05, *Hamidovic c. Italia*, in particolare § 37.

prescinde dalla normativa sopravvenuta della medesima l. n. 76 del 2016 e dalle conseguenti disposizioni di attuazione e/o coordinamento.

Il Consiglio di Stato, nell'annullare il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, ha quindi ritenuto che l'Amministrazione dovesse rivalutare, ai sensi dell'art. 5, comma 9, T.U.I.<sup>67</sup>, se sussistano o meno i presupposti, formali e sostanziali, per rilasciare un permesso a diverso titolo e, in particolare, per i motivi familiari di cui all'art. 30, comma 1, lett. *b*), T.U.I., disposizione da applicarsi necessariamente, in via analogica, anche alla convivenza di fatto della straniera, cittadina di Stato non appartenente alla UE, con il cittadino italiano<sup>68</sup>.

Va comunque chiarito che le aperture della giurisprudenza amministrativa, anche nelle punte più "avanzate" come quelle appena menzionate, non hanno mai inteso rimettere in discussione il sistema dei visti e dei permessi, quale disciplinato dal T.U.I. per regolamentare i flussi migratori, né affermare un principio di atipicità dei titoli di soggiorno in base ad una indiscriminata convertibilità dei titoli stessi al di fuori delle ipotesi e in base ai motivi legislativamente previsti.

Su questo punto, anche di recente, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire che, allo stesso modo in cui la tipicità causale dei permessi di soggiorno, le cui diverse tipologie appartengono ad un *numerus clausus* normativamente definito in ragione della finalità per la quale possono essere rilasciati dall'Amministrazione, esige il controllo di quest'ultima sulla sussistenza dei relativi presupposti legittimanti, così, ugualmente, il potere di autorizzare la conversione del permesso di soggiorno rilasciato per una determinata causa in altra

---

<sup>67</sup> Si riporta la disposizione dell'art. 5, comma 9, T.U.I.: «il permesso di soggiorno è rilasciato, rinnovato o convertito entro sessanta giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, se sussistono i requisiti e le condizioni previsti dal presente testo unico e dal regolamento di attuazione per il permesso di soggiorno richiesto ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso da rilasciare in applicazione del presente testo unico».

<sup>68</sup> Cons. St., sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5040.

tipologia finalistica presuppone una espressa regolamentazione delle ipotesi in cui essa è ammissibile e delle relative condizioni<sup>69</sup>.

La giurisprudenza amministrativa si preoccupa di tutelare i diritti fondamentali dei cc.dd. migranti volontari, regolari o irregolari, che già *di fatto* si trovino sul territorio nazionale, ma non ammette, per costante orientamento, che questi possano entrare sul territorio nazionale sulla base di permessi atipici o comunque “convertibili” indiscriminatamente, al di fuori delle ipotesi contemplate dal T.U.I.

Il giudice amministrativo, anche nel suo orientamento più evoluto ispirato ad un criterio “analogico”<sup>70</sup>, intende colmare le lacune dell’ordinamento, per assicurare una tutela piena ed effettiva dei diritti fondamentali dello straniero che aspiri ad entrare o a rimanere sul territorio nazionale secondo le procedure e per le ragioni riconosciute legittime dall’ordinamento, non già creare fattispecie non tipizzate dal legislatore in funzione di supplenza giudiziaria.

Per dirla diversamente, e riservando al § 3 la trattazione delicato e nevralgico problema dei diritti fondamentali tutelabili avanti al giudice amministrativo, si può sintetizzare questo indirizzo interpretativo, teso a tutelare la posizione dello straniero senza abdicare alle esigenze di controllo sull’ingresso e sul soggiorno di questo sul territorio nazionale, nel percorso che muove da un *diritto amministrativo del sospetto*<sup>71</sup> nei riguardi dello straniero ad un *diritto*

---

<sup>69</sup> Cons. St., sez. III, 24 gennaio 2018, n. 476, che, nel rimarcare la impossibilità di convertire il permesso di soggiorno per motivi religiosi in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato nell’ipotesi di ritorno allo stato laicale da parte del richiedente già entrato sul territorio nazionale, offre un sistematico inquadramento dell’intera normativa.

<sup>70</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 887.

<sup>71</sup> Cons. St., sez. III, 17 novembre 2015, n. 5248, secondo cui «*il principio fraud omnia corrumpit non può trovare indiscriminata e irragionevole applicazione nella materia riguardante il rilascio o il rinnovo dei permessi in favore dei cittadini stranieri, non potendo trovare ingresso in un moderno ordinamento democratico, nemmeno per esigenze di ordine pubblico, un diritto amministrativo “del sospetto”, che discrimini la posizione dello straniero da quello del cittadino solo in quanto tale, poiché spetta all’Amministrazione sempre verificare, senza seguire astratti teoremi inquisitori, se il comportamento fraudolento del cittadino straniero sia effettivamente tale, nel caso concreto, e denoti il reale intento di aggirare la legislazione in materia per procurarsi illegalmente ingresso e/o permanenza sul territorio nazionale, e ciò anche attraverso un ragionamento di tipo presuntivo, che si fondi su indizi gravi, precisi e*

*amministrativo del rispetto* verso i suoi diritti fondamentali, secondo quella logica incrementale e necessaria che ha nella dignità dell'individuo<sup>72</sup>, straniero o cittadino che sia, il proprio principio ispiratore e fondamento costituzionale.

### *3. La tutela dei diritti fondamentali assicurati allo straniero avanti al giudice amministrativo*

L'analisi sin qui condotta in ordine al sindacato del giudice amministrativo e agli orientamenti più recenti della giurisprudenza – non solo – amministrativa disvela, in modo alquanto evidente, che vi è un *Leitmotiv* costante, al di là delle variazioni tematiche, nelle pronunce dei giudici chiamati a sindacare la legittimità degli atti emessi nei confronti dei migranti, siano essi volontari o, secondo una terminologia ormai invalsa, involontari: la tutela dei diritti fondamentali spettanti allo straniero<sup>73</sup>.

---

*concordanti, ma mai attraverso inversioni probatorie o petizioni di principio, che colmino, sul piano motivazionale, un sostanziale vuoto istruttorio».*

<sup>72</sup> In questa medesima prospettiva A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 887-888, rileva che il baricentro del sindacato giudiziale si innesta sul rapporto prioritario tra legge, Amministrazione ed individuo, identificando nella prima il punto di partenza al quale ancorare la definizione del rapporto sussistente tra la stessa Amministrazione e l'individuo, anche straniero: «questa opzione – rileva l'Autore – non si risolve, tuttavia, in una interpretazione legalistica – e formalistica – dell'ordinamento, ma implica che la «legge» che fonda la norma attributiva del potere debba essere oggetto di un'interpretazione sistematica che giustifichi le sfere di interferenza dell'amministrazione nella vita individuale entro i limiti e i modi idonei a garantire le prerogative soggettive tutelate dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali ed internazionali di riferimento»-

<sup>73</sup> Sul punto v., tra gli altri, G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 9, il quale evidenzia la radicalità e l'urgenza delle questioni che l'immigrazione pone sul terreno dei diritti e della dignità; G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 866; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., p. 5; F. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, cit., p. 644, il quale ricorda il processo di internazionalizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, che fa sì che lo straniero, in quanto persona, non possa subire discriminazioni rispetto al cittadino; M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 68; E. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., 43. Sulla tutela dei diritti fondamentali dei c.d. migranti involontari v., di recente, anche V. Berlingò, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il 'trattamento' degli immigrati irregolari*,

L'integrazione degli ordinamenti, nazionali e sovranazionali, secondo il sistema del c.d. costituzionalismo multilivello; la trasversalità dei valori, delle regole e dei principi del diritto internazionale ai singoli ordinamenti nazionali e l'apertura dei loro sistemi costituzionali alla recezione di questi; il dialogo, fattosi sempre più serrato e costruttivo nonostante, talvolta, reciproche incomprensioni o diffidenze, tra le Corti supreme interne e quelle sovranazionali; il ricorso sempre più costante all'uso dell'argomento comparatistico, nelle pronunce dei giudici nazionali<sup>74</sup>, quando vengano in rilievo le posizioni degli stranieri; l'universalità dei diritti fondamentali, che si viene affermando secondo un criterio di territorialità che prescinde dalla cittadinanza, e impone la protezione dello straniero, ovunque si trovi, senza discriminazioni dovute alla cittadinanza sono tutti elementi, convergenti, che concorrono ciascuno singolarmente e nel loro insieme all'affermazione di uno statuto dello straniero, quale emerge dal diritto vivente delle Corti interne e sovranazionali, fondato sul principio incompressibile ed ultimo della dignità dell'uomo<sup>75</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, non si può disconoscere anzitutto nell'affermazione di questo processo l'influenza, sempre più penetrante e in certi ambiti decisiva, del diritto eurounitario e dell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia UE,

---

in *Dir. amm.*, 2017, 3, p. 529 ss., la quale evidenzia un *deficit* di tutela nei confronti del c.d. migrante involontario, soprattutto in rapporto alla delicata problematica della c.d. detenzione amministrativa.

<sup>74</sup> Sull'uso del diritto comparato da parte della giurisprudenza v. A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia e immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2014, p. 3 ss., il quale rileva come la principale funzione del diritto comparato rispetto al formante giurisprudenziale sia una funzione propulsiva, «che spinge cioè verso il cambiamento del diritto vivente» (*ibidem*, p. 10).

<sup>75</sup> Sul principio della *dignità umana*, quale fondamento e fine ultimo di ogni altro diritto fondamentale riconosciuto all'individuo, v. tra gli altri P. Becchi, *Il principio dignità umana*<sup>2</sup>, Brescia, 2013, p. 7 e ss., M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, p. 247, il quale evidenzia come la dignità umana sia diventata «oggi una formula autenticamente globalizzata di fondazione e di giustificazione della tutela dei diritti fondamentali».



che influenza non solo le decisioni dei giudici ordinari, ma anche, con un impatto generale, dei giudici amministrativi.

Si può menzionare, sola per tutte, la pronuncia del Consiglio di Stato che, confermando la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, ha annullato definitivamente il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che fissava, per il contributo richiesto allo straniero, ai sensi dell'art. 5, comma 2-ter, T.U.I., per il rilascio o per il rinnovo dei permessi di soggiorno cc.dd. brevi, importi compresi tra € 80,00 ed € 200,00<sup>76</sup>, oltre ai costi previsti per la procedura che, come noto, ammontano ad € 73,50.

Sul punto il supremo consesso amministrativo, recependo l'interpretazione della Corte di Giustizia nella sentenza del 1° settembre 2015, in C-309/2014, ha ritenuto che dal quadro del complesso intreccio del diritto eurounitario e nazionale, alla luce dell'interpretazione, vincolante per il giudice nazionale, datane dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, discendessero una serie di conseguenze fondamentali sia in ordine alla questione specifica sottoposta al suo giudizio che, più in generale, al rapporto tra diritto eurounitario e il diritto interno:

a) secondo quanto aveva affermato la Corte di Giustizia nella sentenza del 2 settembre 2015, in C-309/14, l'incompatibilità, nel suo complesso, della normativa nazionale, che prevede i contributi per il rilascio e il rinnovo di tutti i permessi di soggiorno in una forbice compresa tra un minimo di € 80,00 ed un massimo di € 200,00, perché ha ritenuto che il "tariffario" di tali contributi, di tutti i contributi, sia

---

<sup>76</sup> Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4487, in *Foro amm.*, 2016, 10, p. 2323, nonché in *Guida al dir.*, 2016, 46, 105, la quale ha confermato la sentenza del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 24 maggio 2016, n. 6095, in *Foro amm.*, 2016, 9, p. 487. Sul tema v. G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, cit., p. 24-25, il quale ricorda che, con successivo decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 5 maggio 2017, seguito dalla circolare attuativa del Ministero dell'Interno del 9 giugno 2017, gli importi sono stati rideterminati in € 40,00 per i permessi di soggiorno di durata superiore a tre mesi e inferiore o pari ad un anno, in € 50,00 per i permessi di soggiorno di durata superiore ad un anno ed inferiore o pari a due anni, e in € 100,00 per i lungosoggiornanti UE e per i dirigenti e i lavoratori specializzati di cui all'art. 27, comma 1, lett. a), T.U.I. L'Autore esprime, tuttavia, perplessità sulla congruenza anche delle nuove tariffe, come rideterminate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, con i principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sopra richiamata sentenza.

di ostacolo all'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva n. 2003/109/CE ai cittadini stranieri "stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri" ("Considerando" n. 4) e intenzionati a richiedere il permesso UE di lungo soggiorno, ma soggetti a ripetuti e sproporzionati contributi, fin da quello iniziale di € 80,00 e a quelli successivi di importo via via crescente, da parte della legislazione nazionale, nel quinquennio richiesto dalla stessa direttiva n. 2003/109/CE (art. 4) e dalla legislazione nazionale attuativa (art. 9, comma 1, del d. lgs. n. 286 del 1998) per l'ottenimento di tale permesso;

b) l'incidenza finanziaria considerevole di tali contributi, anche quello minimo di € 80,00, per i cittadini di Paesi terzi che soddisfano le condizioni sostanziali previste dalla stessa Direttiva n. 2003/109/CE e la compromissione degli obiettivi perseguiti da tale Direttiva, privandola del suo effetto utile, soprattutto ove si consideri che anche l'importo più basso – € 80,00 – tra tutti quelli previsti supera, comunque, ben oltre le sette volte il costo richiesto nel nostro Paese per il rilascio della carta di identità ad un cittadino italiano;

c) la *vis expansiva* della legislazione eurounitaria, anche nella forma del "diritto vivente" scolpita dall'attività ermeneutica della Corte di Giustizia, sui settori della legislazione nazionale, non strettamente rientranti nella propria sfera di competenze, e la sua indubbia influenza orientativa anche sulla loro applicazione, laddove le regole poste anche in questi settori – come, nel caso di specie, quelle concernenti i contributi per i permessi di breve soggiorno – privino di effetto utile il diritto eurounitario, facendo sì che i suoi principî e le sue regole divengano difficilmente applicabili o sostanzialmente inapplicabili nei singoli Stati;

d) la primazia del diritto eurounitario, che non comporta alcuno sconfinamento di questo nelle competenze legislative riservate ai singoli Stati nazionali, in pretesa violazione del fondamentale principio di attribuzione sancito dall'art. 5 TUE, quando si tratti di assicurarne l'effetto utile compromesso da un esercizio di tale competenze che ne renda inapplicabile o estremamente difficoltosa l'applicazione nei singoli Stati, con lesione dei diritti riconosciuti direttamente dalla normativa sovranazionale e della sua c.d. efficacia orizzontale, ai cittadini dell'Unione o anche, come nel caso di specie, agli stranieri cittadini di Paesi terzi;

e) la necessità, qualora la Corte di Giustizia dell'Unione europea, come in questo caso, dichiarare l'incompatibilità del diritto nazionale con i Trattati e la "legislazione eurounitaria", per il giudice interno e, in particolar modo, per il Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE, di disapplicare o, meglio, di non applicare il diritto dello Stato giudicato dalla Corte contrastante con i Trattati e detta legislazione;

f) la disapplicazione nel caso di specie, per effetto della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 2 settembre 2015, in C-309/14, della disposizione del comma 2-ter dell'art. 5 T.U.I., nella misura in cui fissa gli importi dei contributi richiesti per tutti i permessi di soggiorno da un minimo di € 80,00 ad un massimo di € 200,00, in quanto costituenti nel loro complesso un ostacolo, per il loro importo eccessivamente elevato, ai diritti conferiti ai cittadini stranieri richiedenti i permessi UE di lungo soggiorno, con conseguente illegittimità del D.M. del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

La pronuncia, tralasciando qui la specificità del caso, mostra di inserirsi in un quadro che vede un fitto dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Lussemburgo per una corretta applicazione dei principî e delle regole, eurounitarie ed interne, a tutela dei diritti fondamentali riconosciuti allo straniero e in un'ottica di progressiva integrazione perseguita dalle Direttive emanate in sede europea<sup>77</sup>.

Al di là del decisivo e diretto influsso del diritto eurounitario, poi, si deve registrare anche nella giurisprudenza amministrativa, su un piano più generale, la progressiva penetrazione del diritto internazionale e dei suoi principî, a tutela dei diritti fondamentali dei migranti, secondo un modello di apertura agli irrinunciabili valori di civiltà giuridica perseguiti dalle Carte e dai Trattati internazionali, che ancora una volta vede nel rispetto della dignità umana il cardine e il principio ispiratore dell'attività interpretativa, in consonanza con le

---

<sup>77</sup> V., sul punto, le acute considerazioni di G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*<sup>2</sup>, cit., p. 175 e ss., il quale rammenta anche – v. *op. ult. cit.*, p. 203 – la sentenza della Corte di Giustizia UE del 4 marzo 2010, causa C-578/08, sui costi del permesso di soggiorno per il ricongiungimento familiare; M. Di Filippo, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in A. Calamia, M. Di Filippo e M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, cit., p. 223.

pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e, non di rado, anche con le Corti superiori di altri Stati, chiamate a pronunciarsi su analoghi casi, quasi a costruire un nuovo *ius commune* europeo di matrice giurisprudenziale<sup>78</sup>.

Si può al riguardo segnalare, tra i numerosi esempi di tale significativa tendenza ermeneutica nella c.d. tutela multilivello dello straniero, una recente pronuncia del Consiglio di Stato che, confermando un orientamento ormai consolidato in materia (prima che sul punto, come accennato nel § 1, intervenisse il d.l. n. 13 del 2017, che ha devoluto la giurisdizione anche su tali provvedimenti alla giurisdizione ordinaria), ha annullato il provvedimento di trasferimento asilo verso la Bulgaria, adottato dall'Unità Dublino<sup>79</sup> nei confronti di un richiedente asilo di nazionalità afgana, di fronte al dubbio, non fugato dall'istruttoria svolta nel corso del giudizio, circa le carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza dei migranti in tale Paese, per il ritenuto contrasto con la previsione dell'art. 3, par. 2, del Regolamento UE n. 604 del 2013 e con quella dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Rileva G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale*, cit., p. 255-256, il quale evidenzia come siano emerse linee di sviluppo spesso coincidenti sia nei rapporti di comunicazione "orizzontale" tra le Corti nazionali sia per effetto delle giurisprudenze sovranazionali. V. anche F. Saitto, *La solitudine delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 421 ss.

<sup>79</sup> Sul c.d. "sistema Dublino", previsto a livello eurounitario, il quale comporta che il cittadino di un Paese terzo o l'apolide possa presentare una sola domanda di protezione internazionale in uno solo degli Stati membri dell'Unione europea, normalmente lo Stato c.d. di primo ingresso, che diviene l'unico competente all'esame dell'istanza, senza che il richiedente possa in seguito ad una decisione negativa o nelle more del procedimento avanzare una nuova istanza ad altro Stato membro, sistema regolato ora dal Regolamento UE n. 604/2013, (c.d. "Dublino III"), v., tra gli altri, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., 243-250, la quale ricorda che gravi difficoltà registrate da alcuni Stati europei nella gestione amministrativa dei migranti rischiano di rendere il "sistema Dublino" inefficiente e di innescare il fenomeno, tristemente noto nell'esperienza statunitense, di *refugee roulette* o "roulette" del richiedente asilo.

<sup>80</sup> Cons. St., sez. III, 3 novembre 2017, n. 5085, che richiama, peraltro, una propria già consolidata giurisprudenza in materia. V., sul punto, Con. St., sez. III, 27 settembre 2016, n. 3998.

Secondo il supremo consesso amministrativo, infatti, la Bulgaria non garantirebbe con certezza o, comunque, al di là di ogni ragionevole dubbio il rispetto dei diritti fondamentali del richiedente in tale Stato, ragionevole dubbio che ben ricorre allorché lo straniero, tra l'altro, venga sottoposto per ragioni di ordine pubblico, e in attesa che la sua domanda sia esaminata, a forme più o meno stringenti di detenzione amministrativa in appositi centri per rifugiati e richiedenti asilo<sup>81</sup>.

Il Consiglio di Stato ha ricordato, nel pur vasto e non omogeneo quadro delle pronunce dei giudici europei sui trasferimenti disposti dalle varie autorità degli Stati membri in Bulgaria<sup>82</sup>, la decisione n. 484

---

<sup>81</sup> Il tema dei centri di detenzione riservati ai rifugiati e ai richiedenti asilo, nei vari Stati europei, è di particolare spinosità e pone seri interrogativi circa la loro compatibilità con i principî del diritto internazionale e con la tutela dei diritti fondamentali da riconoscere ai migranti. Su questi delicati profili v. le riflessioni di G. Campesi, *La libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Pol. del dir.*, 2012, 2-3, p. 390, ove si osserva che «il diritto alla sicurezza dei cittadini europei giustifica l'insicurezza dei diritti dei cittadini extracomunitari». Sulla spinosa questione v. anche le riflessioni di M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 132 e ss., secondo cui tutte le misure detentive o restrittive adottate nei confronti dei migranti possono dirsi accomunate dall'anomalia dell'assenza di qualsivoglia contenuto ripristinatorio proprio delle misure esecutive e presentano un «contenuto di fatto afflittivo tipico dei provvedimenti sanzionatori». Al riguardo cfr. anche le notazioni di M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58, il quale rammenta che anche la gestione dei migranti, quale attuata nei centri di primo soccorso e accoglienza (cc.dd. CPSA), è stata ritenuta incompatibile dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Klhaifia*, con l'art. 5, par. 1, CEDU, perché la privazione della libertà personale che di fatto viene attuata nei CPSA, essendo priva di base legale, non soddisfa il principio generale della certezza del diritto e contrasta con lo scopo di proteggere l'individuo dall'arbitrio. Sulla detenzione amministrativa e sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che più volte ha censurato il sistema italiano, v. *amplius* S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali*, cit., p. 435 ss.

<sup>82</sup> La pronuncia a titolo esemplificativo richiama, nel senso della legittimità dei trasferimenti disposti in Bulgaria per la non provata esistenza di condizioni disumane e/o degradanti, ad esempio, la *Cour administrative d'appel de Bordeaux*, 30 gennaio 2017, n. 16BX03424, o il *Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 5 aprile 2017, n. 39356 e, nell'opposto senso della loro illegittimità per il rischio di tali condizioni, il *Bundesverwaltungsgericht*, il Tribunale federale amministrativo svizzero, 5 settembre 2017, E-305/2017, il quale rileva, invece, che

del 9 giugno 2017 della Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*), la quale ha annullato una pronuncia della Corte suprema amministrativa (*Bundesverwaltungsgericht*) che, nel respingere il ricorso proposto dal richiedente asilo afgano contro il proprio trasferimento in Bulgaria, si era fondata sull'arbitrario convincimento («*mit Willkür belastet*») secondo cui le condizioni dei richiedenti asilo fossero sicure, in contrasto con le risultanze istruttorie emerse nel giudizio amministrativo austriaco, risultanze non dissimili da quelle sin esaminate nel giudizio amministrativo italiano.

Il giudice amministrativo di appello, sulla scorta degli elementi istruttori analizzati e anche alla luce della più recente giurisprudenza delle Corti supreme europee intervenuta sul punto, è pervenuto al convincimento non vi siano elementi affidabili per ritenere che le condizioni dei richiedenti in asilo in Bulgaria offrano sicure garanzie di rispettare i diritti fondamentali dello straniero e siano tali da scongiurare il fondato rischio di trattamenti disumani e degradanti, siccome prevede l'art. 3, par. 2, del Reg. UE n. 604 del 2013.

In questa materia e sul piano del diritto internazionale opera, secondo il Consiglio di Stato, un principio di cautela a garanzia degli incomprimibili diritti fondamentali dello straniero, principio che impone al giudice nazionale di annullare il provvedimento di trasferimento in uno Stato che non assicuri idonee condizioni di accoglienza dei richiedenti tutte le volte in cui sussista non solo la prova certa, ma anche il ragionevole dubbio che sussistano carenze sistemiche in tali condizioni di accoglienza, anche ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siccome interpretato dalla Corte di Strasburgo<sup>83</sup>.

Anche questo ragionevole dubbio all'esito di un'attenta istruttoria circa tali concrete condizioni, infatti, può assurgere a fondato motivo di diniego (o di annullamento) del trasferimento, ai sensi dell'art. 3, par. 2, e dell'art. 17 del Regolamento UE n. 604 del 2013 e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, poiché solo la certezza di condizioni consone alla dignità

---

«*das Asylwesen in Bulgarien gewisse Mängel aufweist*» e, cioè, che il sistema di asilo in Bulgaria «*manifesta alcune carenze*».

<sup>83</sup> Sul principio del ragionevole dubbio, in linea generale, v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 marzo 2005, *Ay c. Turchia*, e in particolare i §§ 59-60.

umana nello Stato di destinazione può costituire il presupposto irrinunciabile per garantire l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali dello straniero da trasferire.

La presunzione secondo la quale lo straniero sarà trattato nello Stato individuato come competente ai sensi del regolamento "Dublino III" nel rispetto dei suoi diritti fondamentali è solo relativa, ha osservato ancora il Consiglio di Stato, e ben può essere vinta dalla dimostrazione di elementi o, comunque, da un principio di prova che rendano dubbio il rispetto di tali diritti, dimostrazione che può essere data dallo straniero anche attingendo a fonti, attendibili ed oggettive, che non siano quelle messe a disposizione dallo Stato straniero interessato.

A tale conclusione il Consiglio di Stato è pervenuto in accordo non solo con quanto ha chiarito la Corte di giustizia UE, già da anni, nella pronunce sull'applicazione della normativa eurounitaria, ma soprattutto in conformità con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in numerose pronunce e già con riferimento al precedente regolamento "Dublino II"<sup>84</sup>, ha costantemente ribadito che gli Stati membri dell'Unione non possono fondarsi sulla presunzione che il richiedente asilo sia trattato conformemente agli obblighi internazionali ed europei assunti dal Paese verso il quale dispongono il trasferimento, senza accertarsi che la misura non equivalga, nella pratica, a *refoulement*.

Di tali essenziali valori di civiltà giuridica, riconosciuti non solo dai regolamenti e dai trattati fondamentali della UE, oltre che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche dalle Corti supreme quali principî di diritto consuetudinario e, in quanto tali, fonti primarie del diritto internazionale, deve farsi attento interprete – ha chiarito il Consiglio di Stato – e attento «*custode anche il giudice nazionale, e qui in particolare il giudice amministrativo, al quale non è affatto estranea nel quadro del nostro sistema di garanzie giurisdizionali,*

---

<sup>84</sup> Sulla interazione tra diritto eurounitario e diritto convenzionale e sul complesso dialogo tra la Corte di Giustizia UE e la Corte europea dei diritti dell'uomo nel sistema multilivello delle tutele v., tra gli altri, F. Donati, *Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo*, L. Ruggieri (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza del diritto dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 57 e ss.

come ha già chiarito la Corte costituzionale (v., ex plurimis, Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140), anche la tutela dei diritti fondamentali»<sup>85</sup>.

La pronuncia del Consiglio di Stato non riafferma in concreto solo un principio fondamentale a tutela dei diritti fondamentali dello straniero e, cioè, l'obbligo di *non refoulement* (pietra angolare, come è stato definito, dell'intero sistema<sup>86</sup>), ma rivendica alla giurisdizione amministrativa, conformemente all'indirizzo ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale, nella acquisita dimensione multilivello del c.d. diritto amministrativo globale<sup>87</sup>, la ormai incontestabile capacità di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva ai diritti fondamentali dello straniero (come, del resto, anche del cittadino), indipendentemente o meno dalla "incomprimibilità" del loro nucleo fondamentale della sua posizione rispetto all'esercizio del potere autoritativo da parte dell'Amministrazione<sup>88</sup>.

La stessa Corte costituzionale, in numerose pronunce, ha ribadito che alla giurisdizione amministrativa compete la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ascrivibili al novero dei cc.dd. diritti fondamentali, e tanto per la considerazione secondo cui non vi è alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi

---

<sup>85</sup> Così, testualmente, Cons. St., sez. III, 3 novembre 2017, n. 5085.

<sup>86</sup> M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 127.

<sup>87</sup> G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 841.

<sup>88</sup> Sulla tutela dei diritti fondamentali avanti al giudice amministrativo v. i contributi di S. Spuntarelli, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 741 e ss.; N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, p. 83 e ss.; M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista A.I.C.*, 2015, 3, p. 10, il quale evidenzia la prospettiva empirica, rimediabile, tesa a valorizzare l'effettività della tutela ben al di là dello schema interesse legittimo/diritto soggettivo. Nella giurisdizione amministrativa, sul punto, v. di recente le pronunce di Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, 9, p. 2229 nonché di Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro amm.*, 2016, 4, p. 789, secondo cui la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto «estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali».



esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti<sup>89</sup>.

Si tratta di un orientamento che si è affermato – come è stato esattamente rilevato<sup>90</sup> – a partire dall'ordinanza n. 140 del 2001 della stessa Corte costituzionale, laddove essa ha chiarito, che nel riparto della giurisdizione proprio in materia di immigrazione ciò che al legislatore preme è garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, in un modo che si direbbe trasversale tra le giurisdizioni, ordinaria ed amministrativa, secondo «*la tendenza di rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione (e ciò può valere sia per il giudice ordinario, sia per il giudice amministrativo)*»<sup>91</sup>.

L'effettività della tutela giurisdizionale e la prospettiva rimediabile costituiscono, dunque, anche in questa materia il baricentro dell'intera disciplina e il criterio ispiratore anche del giudice amministrativo nelle controversie nelle quali è chiamato a sindacare il legittimo esercizio del potere incidente sui diritti fondamentali dello straniero secondo la tecnica del *bilanciamento* tra il c.d. diritto alla sicurezza e le loro

---

<sup>89</sup> Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, p. 435. V., per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie inerenti all'emergenza dei rifiuti in Campania prevista dall'art. 4 del d.l. n. 90 del 2008, conv. con mod. in l. n. 123 del 2008, la sentenza della Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Giur. cost.*, 2010, 1, p. 432, con nota di R. Croce, *Sui confini della giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo*, e di F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*.

<sup>90</sup> M. Midiri, *Diritti fondamentali*, cit., p. 10.

<sup>91</sup> Corte cost., 17 maggio 2001, n. 140, in *Riv. dir. intern.*, 2001, p. 814, che, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Parma, rileva, peraltro, che non esiste un principio costituzionale che escluda la possibilità per il legislatore ordinario, in determinati casi (rimessi alla scelta discrezionale dello stesso legislatore), in sede di affidamento della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione, di attribuire al giudice ordinario anche un potere di annullamento e speciali effetti talora sostitutivi dell'azione amministrativa, inadempiente rispetto a diritti che lo stesso legislatore considera prioritari, anche se ciò può comportare la necessità, da parte del giudice, di valutazioni ed apprezzamenti non del tutto vincolati, ma sempre riguardanti situazioni regolate da una serie di previsioni legislative, che prevedano espressamente l'esercizio di tali poteri.

posizioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale o sovranazionale<sup>92</sup>.

Non va trascurato, infatti, che il giudice amministrativo è chiamato a valutare, alla stregua di quel sindacato *incrementale* che si è cercato di descrivere nel § 2, la legittimità della valutazione comparativa, espressa dall'Amministrazione, tra l'interesse pubblico, da un lato, al regolare ingresso e/o al corretto inserimento sociale dello straniero in Italia, prevenendo situazioni di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, e dall'altro l'interesse dello straniero a tutelare i propri diritti fondamentali in modo da preservare, senza discriminazioni giustificate dalla sola (assenza della) cittadinanza, la propria incompressibile dignità, individuale ed identitaria.

Si tratta di una valutazione complessa, nella quale entrano in gioco delicati valori costituzionali e spesso confliggenti interessi.

Il tema esula dalla presente trattazione.

Qui basti però rilevare che, come è stato acutamente notato, il *diritto alla sicurezza* è inversamente proporzionale alla *sicurezza dei diritti*, poiché, quando le politiche securitarie non sono accompagnate da adeguati interventi sociali, si finisce con il rilevarne «*l'inidoneità allo scopo, se non l'eterogeneità dei fini, traducendosi in misure atte a fronteggiare la destrutturazione sociale provocata proprio dal ritirarsi dello Stato assistenziale*»<sup>93</sup>.

In questa prospettiva la nuova frontiera della materia in esame è costituita, infatti, non già dal diritto della prevenzione e del sospetto, come si è detto, ma dal diritto dell'integrazione e del rispetto per lo straniero, inteso non come estraneo o, peggio, come nemico rispetto ad una dimensione nazionale chiusa ad autoreferenziale, ma come altro nella sua incompressibile dimensione identitaria, secondo una cultura dell'accoglienza e del multiculturalismo, in un moderno diritto amministrativo globale e pluralistico, che riconosca i reciproci diritti del prossimo non solo, e anzitutto, come sua prerogativa fondamentale e inviolabile, declinata in senso universalistico e incondizionatamente riconosciuto<sup>94</sup>, ma anche per la forza stessa della

<sup>92</sup> G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 860.

<sup>93</sup> Così M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., p. 241. V., nello stesso senso, anche G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 858.

<sup>94</sup> Rileva G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. del dir.*, 2013, 1-2, p. 5, che l'idea dei diritti che accompagnano le persone in ogni luogo del

solidarietà<sup>95</sup>, immanente ad un ordinamento democratico ed espressione dell'eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3, comma secondo, Cost.).

Il criterio di territorialità, necessario portato del principio solidaristico, dovrebbe consentire l'accesso anche dello straniero alle prestazioni sociali e ai livelli essenziali di assistenza, a parità di condizioni con i cittadini, in modo da rimuoverne ogni effettivo impedimento all'inserimento nella vita civile e alla sana partecipazione al tessuto sociale, per la tutela dei diritti fondamentali dello straniero stesso (salute, istruzione, servizi sociali, etc.) e per la realizzazione della dignità umana che ne è il fine ultimo, poiché, se è consentito al legislatore regolare l'afflusso e la permanenza degli stranieri in Italia con determinate norme e secondo determinate condizioni, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con gli obblighi internazionali, *«una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»*<sup>96</sup>.

---

mondo, secondo una logica universalistica, rappresenta *«la nuova dimensione entro cui può svilupparsi la democrazia nelle nostre società post-nazionali»*.

<sup>95</sup> Sul principio solidaristico v. le considerazioni di S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Pol. del dir.*, 2012, 4, p. 525 e ss., il quale rileva che *«la stessa idea di una solidarietà europea, oltre i recinti degli egoismi sociali nazionale, richiede, oggi, un grande esercizio di fiducia e di ottimismo sulla possibilità di riscattarci da questo tempo amaro e mediocre»* (op. ult. cit., 553). Anche M. D'Alberti, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, p. 777, osserva che *«la tutela dei diritti fondamentali esige, accanto alle previsioni normative e ai rimedi giurisdizionali, una continua opera di sostegno sul piano amministrativo e un potenziamento di una cultura «comunitaria» dei diritti, che oggi soffre di seri limiti legati al riemergere di contropunte nazionalistiche, ben al di là del «Brexit»*. Sulla nozione di solidarietà v. anche, *infra*, gli Autori citati alla nt. 99.

<sup>96</sup> Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3338, con nota di A.M. Battista, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, che dichiara incostituzionale l'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e l'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 T.U.I., come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini) e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non

È questa la strada intrapresa, seppur ancora con timidi passi, non solo dalla Corte costituzionale<sup>97</sup>, ma anche dalla legislazione interna, ad ogni livello, e dalle stesse amministrazioni competenti, a livello statale, regionale o locale<sup>98</sup>, che si vanno via via svincolando dal classico criterio della cittadinanza per rinvenire il fondamento della prestazione sociale o il presupposto del servizio essenziale (i cc.dd. *diritti sociali*)<sup>99</sup> da erogare al richiedente nel radicamento al territorio nazionale e nell'inserimento sociale da parte del richiedente stesso e, quindi, essenzialmente nel concetto di territorialità (c.d. *cittadinanza sociale*)<sup>100</sup>.

Il radicamento al territorio nazionale e l'inserimento armonico nel tessuto sociale costituiscono, infatti, l'autentica dimensione civile dell'individuo, consentendo il superamento dell'alterità (*ablatio*

---

risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno e successivamente previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), per il permesso di soggiorno CE (ora UE) per i soggiornanti di lungo periodo.

<sup>97</sup> V., sul punto, M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58 ss.

<sup>98</sup> In ordine a questo delicato tema v., in particolare, V. Satta, *Profili evolutivi dello Stato sociale e processo autonomistico nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2012, p. 127 ss.

<sup>99</sup> Sull'evoluzione dell'ordinamento, che implica il godimento dei diritti sociali anche ai migranti, v. F. B. Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento straniero e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, p. 16, la quale rileva come il rapporto tra immigrazione e *welfare* sia uno dei temi centrali dai quali dipenderà il livello di coesione interna delle future società democratiche nonché, in una prospettiva comparatistica, E. V. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, San Giuliano Milanese, 2016, p. 80 ss., A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, 2012, p. 132. Sul tema cfr. anche G. Vosa, *Cure essenziali*, cit., p. 751 ss. e P. Morozzo della Rocca, *I servizi sociali e gli stranieri irregolarmente soggiornanti*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, cit., p. 461 ss. nonché S. Benvenuti, *Giudici e solidarietà in tempi di crisi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 2, p. 209 e ss. Circa l'importanza crescente che i diritti sociali vanno assumendo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, comunque, sul piano del diritto internazionale, oltre agli Autori citati *supra* nella nt. 40, v. anche A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 9 ss.

<sup>100</sup> E. V. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, cit., p. 17.

*alteritatis*) insita nella sua originaria condizione dello straniero inteso come distinto ed estraneo rispetto al contesto in cui si inserisce, ed è nella dinamica relazionale, secondo una logica inclusiva e partecipativa, che va ricercato, come avverte la più recente dottrina, la sostanza stessa dei diritti sociali<sup>101</sup>, vera frontiera nobile ed estremo approdo di un diritto dell'immigrazione aperto ai valori costituzionali e sovranazionali.

La logica dell'integrazione, il superamento della diffidenza, la rimozione dell'alterità (*ablatio alteritatis*) se intesa come irriducibile *distinzione da sé*, che impedisce l'autentico riconoscimento della pari dignità allo straniero, anziché come semplice *diversità del sé*, sono tra le sfide più importanti del moderno diritto amministrativo in un ordinamento democratico di una società aperta e pluralistica<sup>102</sup> – e a maggior ragione in una dimensione ormai globalizzata che spesso rischia di smarrire il senso dell'altro e la dimensione sociale dei diritti<sup>103</sup> – nel tentativo di contemperare, secondo la tecnica del bilanciamento, le irrinunciabili esigenze pubbliche di uno Stato di diritto – la tutela dell'ordine, della sicurezza, della sanità – con i diritti fondamentali dei singoli, cittadini e stranieri, secondo l'assoluto, e altrettanto irrinunciabile, canone della dignità umana e della solidarietà sociale.

A questa sfida che, come è stato efficacemente detto, cerca di tenere insieme la «riserva del possibile» e il nucleo di diritti che

---

<sup>101</sup> E. Longo, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, 2012, p. 437, che costruisce i diritti sociali come “diritti a relazioni”, «relazioni sociali che generano quei valori che poi costituiranno la sostanza dei diritti sociali». V., in termini analoghi, per le discriminazioni di genere e per il ruolo “inclusivo” che gioca il diritto amministrativo, anche a livello locale, A. Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio*, cit., p. 651-652.

<sup>102</sup> Sul multiculturalismo quale criterio al quale l'Amministrazione si deve ispirare in una società ormai globalizzata v. F. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, cit., p. 644-645.

<sup>103</sup> Basti richiamare al riguardo la riflessione di A. Touraine, *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*, Milano, 2008, p. 214, laddove rileva che «più si sviluppano la globalizzazione e gli scambi internazionali, in particolare le migrazioni, più diventa possibile e necessario articolare il riconoscimento dell'altro con la fedeltà al razionalismo e all'affermazione dei diritti individuali».

incarnano il principio dello Stato sociale<sup>104</sup>, il giudice amministrativo, chiamato ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva degli interessi legittimi, intimamente compenetrati alla dignità del migrante, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione, non può e non deve sottrarsi, nel valutare la legittimità e la ragionevolezza o, con espressione di sintesi, la congruità giuridica<sup>105</sup> della decisione amministrativa nei confronti del migrante stesso, nel rispetto dei diritti fondamentali spettanti a questo, come al cittadino, e in nome di quel principio solidaristico<sup>106</sup>, dal carattere ormai universale, che è il diretto portato dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), quale cardine di un ordinamento effettivamente democratico.

**Abstract:** The article analyses the case law of the Italian administrative courts on immigration law. In the first paragraph, it is examined the division of jurisdiction between the ordinary judge and the administrative judge, recently amended by the law l. n. 46/2017. In the paragraph 2, the attention is focused on the particularly strict scrutiny of the administrative judge on measures concerning fundamental rights of foreigners. In the third paragraph, in conclusion, the protection of fundamental rights of the foreigners is analysed, highlighting which international, European and constitutional principles are taken into consideration.

**Keywords:** Administrative judge, Immigrants, Fundamental rights, Judicial protection, Balancing

---

<sup>104</sup> G. Repetto, *La dignità umana*, cit., p. 275.

<sup>105</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 888.

<sup>106</sup> S. Benvenuti, *Giudici e solidarietà in tempi di crisi*, cit., p. 212, la quale rileva che diritti inviolabili e doveri inderogabili, tra loro complementari, rispondono ad una comune aspirazione personalista, che intende superare una visione individualistico-liberale, per porre al centro l'uomo nella sua dimensione sociale. Sul tema della solidarietà v. le riflessioni di S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*<sup>6</sup>, Bari, 2014, p. 38, con particolar modo alla sua portata universalistica, di P. Morozzo della Rocca, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, p. 131, il quale rammenta come, secondo taluni Autori, la solidarietà sia un principio tanto fondamentale nel nostro ordinamento da non essere assoggettabile a procedimento di revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 Cost.

**Abstract:** Il saggio analizza la giurisprudenza del giudice amministrativo sul diritto dell'immigrazione. Nel § 1 si esamina il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in questa materia, che ha conosciuto una risistemazione nel recente d.l. n. 13 del 17 febbraio 2017, conv. in l. n. 46 del 13 aprile 2017. Nel § 2 si esamina l'intensità del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sui provvedimenti riguardanti gli stranieri, sindacato particolarmente inteso quando i provvedimenti incidono su situazioni fondamentali dello straniero. Nel § 3, infine, si esamina la tutela dei diritti fondamentali dello straniero davanti al giudice amministrativo, chiamato a garantire l'effettività della tutela e il rispetto di principi costituzionali, eurounitari e internazionali a garanzia dello straniero.

**Parole chiave:** Giudice amministrativo, Straniero, Diritti fondamentali, Tutela giurisdizionale, Bilanciamento degli interessi, Pericolosità sociale

**Massimiliano Nocelli** - Consigliere di Stato  
(m.nocelli@giustizia-amministrativa.it)