



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

Gli Speciali

Marzo 2020

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnull – Aldo Bernardini – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Mario Pio Calogero – Zlata Drnas Clement – Jean-Paul Costa – Emmanuel Decaux – Kerstin Von der Decken – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Giancarlo Guarino – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Sergio Marchisio – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile: Carlo Curti Gialdino

Componenti: – Francesco Battaglia – Raffaele Cadin – Nicola Colacino – Luigino Manca – Michele Messina – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Valentina Zambrano

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a tre *referees*, che decideranno, a maggioranza, sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del Sud

Studio comparato dell'esperienza spagnola e italiana

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 1/2020
marzo 2020

ISSN 2284-3531



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

INDICE

LINA PANELLA, <i>Introduzione</i>	I
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>Introducción</i>	III

Parte I

Controlli alla frontiera dei flussi migratori e immigrazione

PIETRO GARGIULO, <i>Recenti tendenze della cooperazione internazionale in materia di migrazioni. Contenuto, potenzialità e limiti del Global Compact on Migration</i>	1
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>L'obbligo di soccorso e il divieto di respingimento nel diritto internazionale e sovranazionale</i>	11
STEFANO AGOSTA, <i>Dalla certezza del diritto all'incertezza dei diritti (costituzionali) degli stranieri vulnerabili: il rischio della singolare nemesi delle Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale ed immigrazione</i>	24
RABIÀ M'RABET TEMSAMANI, <i>Maghreb-Europe face au controle du flux migratoire: le role du Maroc</i>	36
GIANFRANCO GABRIELE NUCERA, <i>La disciplina italiana sul trattenimento dei richiedenti asilo a fini d'identificazione e la sua conformità agli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani</i>	52
LUCIA IONE PADILLA ESPINOSA, <i>La Guardia europea de fronteras y costas en la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea</i>	66
FRANCESCO LUIGI GATTA, <i>Politiche migratorie respingenti e controllo rafforzato delle frontiere: l'impatto sui diritti umani della gestione della crisi dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	77
GIULIA COLAVECCHIO, <i>L'impatto del Decreto sicurezza sugli istituti di trattenimento dei migranti e dei richiedenti asilo alla luce del Diritto internazionale e dell'Unione europea</i>	89
DANIELE MUSMECI, <i>I diritti umani dei migranti in Libia: due anni di vigenza del Memorandum d'intesa Italia-Libia</i>	103

Parte II

La gestione della migrazione nei Paesi del Sud Europa

MARCO CALABRÒ, <i>La possibile rimodulazione del ruolo degli enti locali nella gestione dei flussi migratori</i>	116
KATARZYNA GROMEK-BROC, <i>Too little too late: assessing the EU's legal framework on the protection of unaccompanied minors in emergency situations</i>	132
ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ, <i>La interacción entre el Derecho internacional privado y el Derecho migratorio</i>	151
ADELE MARINO, <i>Salvaguardia della vita umana in mare e poteri del comandante</i>	174
MICHELE MESSINA, <i>Alcuni recenti chiarimenti della Corte di giustizia UE in materia di presa o ripresa in carico di un richiedente protezione internazionale</i>	189
ANNA PITRONE, <i>La disciplina europea della migrazione economica</i>	205
ANNA LAZZARO, <i>La giurisdizione in materia di immigrazione: criteri di riparto e sindacato del giudice amministrativo</i>	218
FRANCESCO MARTINES, <i>La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia</i>	232
FRANCESCA PERRINI, <i>Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dei richiedenti asilo in Italia</i>	244
VALENTINA PRUDENTE, <i>Espulsione prefettizia e tendenze giurisprudenziali. Diritti fondamentali dello straniero, obblighi formali e garanzie processuali</i>	256
FERNANDO LLAGAS GELO, MAGDALENA REIFS LOPEZ, <i>La Coordinación administrativa en la gestión de los flujos migratorios en España, especial consideración a las administraciones locales</i>	273
FRANCESCO SICILIANO, <i>La rilevanza giuridico-amministrativa del "migrante irregolare"</i>	286
LAURA PERGOLIZZI, <i>Administrative cooperation between EU Member States for the application of the "Dublin system"</i>	296
MIRKO FORTI, <i>Le conseguenze giuridiche dell'applicazione del regolamento (UE) 2016/679 nella gestione dei flussi migratori</i>	304

Parte III

Immigrazione irregolare e criminalità organizzata. L'espulsione dei migranti irregolari

MARIA TERESA COLLICA, <i>Il reato di immigrazione clandestina, tra (in)effettività e simbolismo</i>	315
JONATÁN CRUZ ÁNGELES, <i>Estudio del desarrollo e implementación de las denominadas "Fronteras inteligentes" en la Unión europea</i>	339

ANTONINA ASTONE, <i>Esigenze di solidarietà e sicurezza nella tutela civile del minore straniero non accompagnato</i>	355
EMANUELE LA ROSA, <i>Soccorso in mare e criminalizzazione “diretta” e “indiretta” delle ONG.</i>	365
ALBERTO RANDAZZO, <i>Migrazioni e atti politici (prendendo spunto dal caso “Diciotti”)</i>	378
ALBERTO MARCHESE, <i>Diritto all’immigrazione e problematiche sanitarie: le nuove frontiere dell’accoglienza</i>	390
FRANCESCO ANGELONE, ANGELA CARUSO, <i>“La sponda Sud”: Do we really care about them?</i>	411
EUGENIO CARLI, <i>Gestione dei flussi migratori e obbligo di non refoulement: cenni sulla recente prassi italiana in materia di respingimento ed espulsione di presunti migranti irregolari</i>	425
LETIZIA VALENTINA LO GIUDICE, <i>Il “Porto Sicuro” tra negazione dei diritti umani e obblighi internazionali di protezione</i>	442
GIUSEPPE ROMEO, <i>Organizzazioni criminali transnazionali e migranti: “aguzzini” e “vittime” nei traffici illeciti di persone</i>	453

ANNA LAZZARO*

**LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE: CRITERI DI RIPARTO E
SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO**

SOMMARIO: 1. Politiche pubbliche e libertà degli immigrati. - 2. La giurisdizione in materia di immigrazione: la difficile individuazione dei criteri di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. - 3. Giudice amministrativo e giudice ordinario di fronte alla tutela dei diritti fondamentali: un diverso approccio metodologico. - 4. La casistica giurisprudenziale: tra interesse pubblico alla sicurezza e diritti dello straniero. - 5. Effettività della tutela degli immigrati e principio della dignità dell'uomo.

1. Politiche pubbliche e libertà degli immigrati

L'impatto determinato dal fenomeno migratorio sul nostro Paese ha concentrato il dibattito politico-sociale e giuridico su temi di grande rilevanza politica, che attengono all'analisi dei flussi migratori e al loro controllo, all'analisi dell'impatto economico, alle problematiche del soccorso in mare, all'impatto sulle politiche sociali, alle politiche di accoglienza e di integrazione, alla sicurezza pubblica¹.

Da una parte si assiste ad un fenomeno di emergenza umanitaria che coinvolge l'area del Mediterraneo ed impone il soccorso e l'accoglienza degli stranieri extracomunitari e la garanzia dei diritti fondamentali, secondo principi e norme universalmente riconosciuti, dall'altra i singoli Stati sono chiamati ad introdurre regole affinché non siano pregiudicati l'ordine pubblico, la sicurezza, i servizi sociali, peraltro in un contesto nazionale problematico per la scarsità delle risorse pubbliche da destinare all'inclusione sociale degli stranieri.

Le politiche statali sull'immigrazione dovrebbero tendere a valorizzare il capitale umano che il fenomeno migratorio induce sul territorio, sia come risorse lavorative sia al fine dell'integrazione culturale; tuttavia, questione centrale è la ricerca di un ottimale rapporto tra tutela della libertà degli immigrati e garanzia di interessi pubblici che gli Stati devono tutelare. Pertanto, ricercando un equilibrio tra le diverse aspirazioni, si è prodotta, ora una tendenza all'apertura verso l'ingresso degli immigrati, ora una tendenza restrittiva

* Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università di Messina.

¹ Da tempo la dottrina si è occupata del diritto delle immigrazioni, tra i tanti scritti si veda: B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova 2004; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli 2007; F. ASTONE – F. MANGANARO – A. ROMANO TASSONE – F. SAITTA (a cura), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, 2009; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012; G. MOSCHELLA, L. BUSCEMA (a cura di), *Immigrazione e condizione giuridica dello straniero*, Roma, 2016; M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016; A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine*, II/2017; Id., *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, in *www.rivistaaic.it*, 2018; G. MOSCHELLA, *La legislazione sull'immigrazione e le prospettive della tutela dei diritti fondamentali*, in *OIDU*, 2019, p. 473.

che rischia di comprimere i diritti fondamentali, il principio di uguaglianza e il riconoscimento della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dalla nostra Costituzione².

Rispetto a tali tematiche di così grande rilievo, il contributo di studio che si può dare attraverso l'analisi del ruolo della giurisprudenza nel nostro ordinamento interno e l'apporto che questa può dare ai fini della tutela dei diritti fondamentali degli immigrati, risulta certamente recessivo rispetto all'analisi sull'impatto delle scelte legislative³, e per due ordini di ragioni: la prima per le difficoltà per lo straniero di accedere al sistema di giustizia⁴, il secondo in quanto si tratta pur sempre della rilevanza di una situazione patologica, in cui cioè viene messa in discussione la tutela dei diritti della persona.

La questione migratoria ha assunto negli ultimi anni una sempre maggiore rilevanza quantitativa e qualitativa nell'ambito del sistema giudiziario. Infatti, lo status dell'immigrato costituisce una delle principali materie oggetto del sindacato dei giudici amministrativi⁵, e, dal punto di vista qualitativo, l'interesse peculiare è dato dal fatto che oggetto della controversia davanti al giudice amministrativo non è un interesse meramente patrimoniale, ma viene sindacata la personalità di chi ricorre o del nucleo familiare del ricorrente, con ciò dovendosi chiarire fino a che punto tali caratteristiche del giudizio incidano sul tipo di sindacato del giudice amministrativo. E ciò solo vale a motivare un interesse ad analizzare le attuali tendenze giurisprudenziali e alcune questioni critiche che attengono al ruolo del giudice di fronte ai provvedimenti amministrativi diretti agli immigrati.

In considerazione della interdipendenza fra fattispecie legale e tipo di sindacato che il giudice potrà praticare in ordine alla fattispecie concreta, appare prioritario verificare la struttura delle norme attributive delle singole funzioni amministrative in materia migratoria, che costituiscono le prescrizioni relative al rapporto tra amministrazione e soggetto immigrato⁶.

In gran parte, la disciplina in questione è caratterizzata da fattispecie aperte, che attribuiscono all'amministrazione il dovere di accertare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche al fine di adottare il provvedimento, operando attraverso un'attività di integrazione delle previsioni normative che sono di solito caratterizzate da elasticità e vaghezza⁷. In tal senso, risulta salvaguardata la giuridicità dell'attività amministrativa e dello stesso sindacato giudiziale, intesi come procedimenti di "positivizzazione" del diritto, dove la positività non rappresenta un punto di partenza preconstituito nella legislazione e

² M. CARTABIA, *L'invulnerabilità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. Cost.*, 3, 2009; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

³ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017, p. 816; 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.*, 2, 2017, p.534; 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; M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, 2018.

⁴ Sull'accessibilità dello straniero alla giustizia si veda: F. FRANCONI - M. GESTRI - N. RONZITTI - T. SCOVAZZI (a cura), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008.

⁵ Secondo dati ISTAT rilevabili sul sito, si tratta del contenzioso fra i più numerosi dopo urbanistica, contratti, concorsi.

⁶ M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, p.412.

⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994; Id., *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, p.1453; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubb.*, 1998, p.127.

conoscibile mediante un criterio deduttivo, ma designa l'esito di un'attività integrativa delle singole disposizioni di legge⁸.

Inoltre, la scelta che opera l'amministrazione è diretta ad attuare le politiche poste a monte dal legislatore, non potendo il funzionario, è ovvio, ponderare gli interessi secondo scelte di opportunità politica. Nel T.U. sull'immigrazione sono già evidenti le valutazioni politiche dirette a regolamentare efficacemente i flussi migratori, nel rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri e nei limiti dell'interesse nazionale alla sicurezza, secondo le possibilità di inserimento sociale e nell'ambito delle risorse disponibili.

Si tratta di attività complesse che devono operare un bilanciamento di interessi che emergono dalle previsioni legislative e dalla fattispecie su cui si interviene.

Ad esempio, spesso si tratta di prescrizioni normative indeterminate come il riferimento alla «pericolosità della persona», oppure alla «natura e alla effettività dei vincoli familiari», o ai «legami familiari e sociali», al fine del rilascio, rinnovo e revoca dei permessi di soggiorno (art. 5 comma 5).

In sostanza, la decisione amministrativa che applica al caso concreto queste disposizioni non è dedotta solo dal precetto normativo, ma si forma attraverso valutazioni concrete dei fatti che riguardano episodi di vita delle persone, fatti a cui viene riconosciuta una certa rilevanza giuridica⁹.

Ciò pone semmai il problema di individuare quali siano le deduzioni del funzionario amministrativo nell'attribuire a determinati fatti rilevanza giuridica, ai fini dell'adozione del provvedimento. Si può ritenere che oltre alle indicazioni legislative, e dei principi di diritto europeo e internazionale, hanno rilevanza giuridica altri fattori come l'adeguamento alla realtà sociale, il riferimento a canoni di giustizia naturale, o ragioni di ordine etico o metodologico, oppure ancora il riferimento ad analoghe fattispecie, sempre che se ne dia nel provvedimento motivazione giuridica.

2. La giurisdizione in materia di immigrazione: la difficile individuazione dei criteri di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo

È noto che il nostro ordinamento, anche per quanto riguarda la tutela giurisdizionale degli immigrati si affida alla tradizionale ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario che conosce della lesione dei diritti soggettivi e giudice amministrativo che conosce della lesione di interessi legittimi¹⁰.

Nonostante più recentemente il d. l. n. 13 del 2017, con l'intento di ricondurre ad un assetto chiaro e definito la disciplina sul sistema della tutela giurisdizionale garantita allo straniero che nel tempo si era dimostrata insoddisfacente, abbia previsto l'istituzione delle

⁸ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., p. 817

⁹ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; Id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008; F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura), *Sindacato giurisdizionale e sostituzione della pubblica amministrazione*, Milano, 2013.

¹⁰ N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2008, p. 54.

sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione, la riforma ha toccato solo in parte il complesso sistema, lasciando ancora adito a delle perplessità, soprattutto riguardo il criterio teorico di riparto della giurisdizione.

In generale, si riteneva di dover far riferimento alla distinzione sulla base della tutela di diritti soggettivi o di interessi legittimi, a seconda del fatto che l'amministrazione esercitasse un potere discrezionale o meno, secondo le disposizioni di legge¹¹.

Le controverse questioni hanno portato ad una riforma del riparto di giurisdizione con la finalità di riportare ordine ed organicità ad una legislazione fattasi ormai, nel tempo, confusa e insoddisfacente.

Secondo il disposto dell'art. 6, comma 10, T.U.I., oggi sono devolute al giudice amministrativo tutte le controversie che attengono al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno sul territorio nazionale, ad eccezione di quelle inerenti i 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.

La logica di tale attribuzione deriva dal ritenere che, l'amministrazione dovendo esercitare il potere di regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale sulla base di taluni presupposti fissati dal legislatore e di condizioni valutabili discrezionalmente, si possa di contro configurare una situazione di interesse legittimo in capo allo straniero, tutelabile davanti al giudice amministrativo.

Altri casi di devoluzione al giudice amministrativo sono quelli che riguardano provvedimenti di emersione del c.d. lavoro irregolare, che tendono a regolarizzare la posizione dei lavoratori assunti che intendono legalizzare la propria posizione sul territorio nazionale (come nel caso dell'art. 5 del d. lgs. n. 109 del 2012), ritenendosi che anche in questi casi all'amministrazione competa una valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza delle condizioni per tale regolarizzazione¹².

L'art. 3, comma 1, lett. e) del d.l. n. 13 del 2017, 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. In ragione della natura di diritto soggettivo fondamentale del diritto all'unità familiare, al quale corrisponderebbe l'assenza di discrezionalità amministrativa, si è ritenuto dover derogare all'ordinaria giurisdizione del giudice amministrativo¹³.

Al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 13, comma 8, T.U.I., è affidata la giurisdizione nelle controversie inerenti ai respingimenti¹⁴, alle espulsioni e nelle relative misure di esecuzione, come l'accompagnamento coattivo alla frontiera, il trattenimento nei centri di permanenza per i rimpatri.

¹¹ G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. Pubb.*, 2000, p. 898.

¹² Sul punto v. Cass., Sez. Un., 2 luglio 2015, n. 13570.

¹³ Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2005, n. 383.

¹⁴ 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.giustamm.it*, 2013, 8, con nota di N. VETTORI, *Il respingimento dello straniero: le Sezioni Unite individuano i diritti e il loro giudice*; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, p.534.

Tali provvedimenti incidono direttamente sulla libertà della persona, in modo da essere eventualmente lesivi di diritti soggettivi fondamentali.

Tuttavia, anche in questo caso il criterio di riparto non varrebbe in assoluto, dato che sono previste delle eccezioni con riferimento alle espulsioni decretate dal Ministero dell'Interno per «motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato», (art. 13, comma 1, T.U.I.), e quelle per motivi di prevenzione del terrorismo, (art. 3, d.l. n. 144/2005). In entrambi i casi la cognizione è affidata al giudice amministrativo, in quanto il legislatore ha ritenuto che l'ampia discrezionalità lasciata al Ministro dell'Interno nella valutazione dei motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato o circa l'esigenza di prevenire il terrorismo, determina l'adozione di un atto di alta amministrazione, rispetto al quale la posizione dello straniero sarebbe di interesse legittimo¹⁵.

Il d.l. n. 13/2017 affida alle suddette sezioni specializzate, tutte le controversie in tema di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del d. lgs. n. 25 del 2008, oltre che la giurisdizione sull'impugnazione dei provvedimenti relativi all'esame della domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento UE n. 604 del 2013 (c.d. "Dublino III"), recependo i rilievi che il Consiglio di Stato aveva formulato nella sua giurisprudenza 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 Regolamento¹⁶.

Il d.l. n. 13/2017 assegna alle sezioni specializzate le controversie sul riconoscimento della protezione umanitaria nei casi previsti all'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25/2008, quando 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 umanitari¹⁷.

La devoluzione del contenzioso al giudice ordinario si giustifica per la particolare tutela del richiedente protezione internazionale, come situazione di diritto soggettivo pieno, tutelata dall'art. 10, comma terzo, Cost., anche se non mancano anche in questo caso, alcune deroghe, che vedono affidare talune tipologie di controversie, per la loro specificità, alla cognizione del giudice amministrativo.

Ad esempio, le controversie relative alle misure di protezione temporanea (ai sensi dell'art. 20 T.U.I.) in caso di conflitti o disastri naturali, verificatisi in Paesi non appartenenti all'UE, secondo la disciplina del d.lgs. n. 85/2003, che ha recepito la Direttiva n. 2001/55/CE; altra deroga si riscontra nel caso della revoca delle misure di accoglienza, che il Prefetto può disporre, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 142/2015, in funzione sanzionatoria dell'inadempimento rispetto alle condizioni di accoglienza da parte dello straniero¹⁸, provvedimento impugnabile davanti al TAR (art. 23, comma 5).

In questo caso si giustificano le eccezioni in ragione dell'ampio potere valutativo che si ritiene sia attribuito al Prefetto, riguardo il venir meno dei presupposti legittimanti la fruizione delle misure di accoglienza, essendo la revoca ascrivibile al novero dei provvedimenti sanzionatori che risolvono il rapporto di accoglienza per effetto di trasgressioni poste in essere dallo straniero.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 27 luglio 2015, ord. n. 15693; Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88.

¹⁶ Cons. St., sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738, in *Foro amm.*, 2015, 12, p.3079.

¹⁷ 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; Cass., Sez. Un., 19 maggio 2009, n. 11535, in *Foro it.*, 2009, I, p.23-47.

¹⁸ Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2018, n. 80.

Anche in tema di riconoscimento o diniego della cittadinanza, si verificano gli stessi casi controversi ai fini del riparto della giurisdizione, posto che fino alle previsioni del d.l. n. 13/2017, la giurisdizione del giudice amministrativo è stata riconosciuta dalla giurisprudenza in relazione alla fattispecie dell'art. 9 della l. 91/1992, cioè, con riferimento all'acquisto della cittadinanza per concessione. Si riteneva pacifico, infatti, che permanesse in capo all'amministrazione il potere di esercitare valutazioni discrezionali in ordine all'accertamento dei requisiti necessari per l'acquisizione del diritto di cittadinanza, di modo che le controversie venissero attratte dalla giurisdizione generale di legittimità.

L'art. 3, comma 2, del d.l. n. 13/2017 con l'intento di risolvere definitivamente la controversa questione di giurisdizione in tema di cittadinanza, ha devoluto l'intera materia alla cognizione del giudice ordinario, prevedendo che le sezioni specializzate siano competenti per le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

Tutte le ipotesi sin qui considerate mostrano, ad ogni modo, come il criterio di riparto della giurisdizione, nelle controversie che riguardano gli stranieri, non possa dirsi stabile ed univoco, nonostante l'indubbio sforzo di risistemazione profuso dal legislatore.

3. *Giudice amministrativo e giudice ordinario di fronte alla tutela dei diritti fondamentali: un diverso approccio metodologico*

Nell'evidenziare l'assenza di omogeneità della giurisdizione in materia, dottrina recente ha rilevato che il riparto tra le giurisdizioni nel diritto dell'immigrazione non può univocamente fondarsi sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dell'amministrazione o sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, né tantomeno sulla teoria dell'affievolimento¹⁹.

Non sempre è vero che a fronte di un'attività vincolata corrisponde la giurisdizione del giudice ordinario, come nel caso del 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. non è possibile il rinnovo del permesso di soggiorno), in cui è prevista la giurisdizione del giudice amministrativo; mentre vi è un'attività discrezionale, e giurisdizione del giudice ordinario, nel caso di espulsione prefettizia dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o che, comunque, sia un familiare ricongiunto.

Quanto al criterio della rilevanza della situazione soggettiva fatta valere nel ricorso, va evidenziato che nel caso dello 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»²⁰.

¹⁹ M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, www.federalismi.it, 2018; S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p.578. Più in generale sul riparto di giurisdizione F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p.399; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

²⁰ M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p.12

La teoria dell'affievolimento²¹ poi risulta del tutto inadeguata, se si considera che proprio in questa materia il giudice amministrativo conosce di situazioni giuridiche di diritti fondamentali per i quali in relazione alla loro valutazione non si può certo parlare di diritti affievoliti a fronte dell'esercizio del potere amministrativo.

Posto che il giudice amministrativo deve svolgere valutazioni che riguardano diritti fondamentali della persona, si pone il problema del tipo di sindacato che questo giudice può svolgere quando conosce di provvedimenti amministrativi che incidono su diritti soggettivi fondamentali dello straniero, considerata la necessità dell'effettività della tutela nei confronti degli stranieri, nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

Nonostante una parte della giurisprudenza reputi che di fronte all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, il sindacato giurisdizionale debba riferirsi ad un controllo della legalità procedurale e della non manifesta arbitrarietà della scelta compiuta dal funzionario²², occorre osservare come la graduazione degli interessi sia già insita nella scelta legislativa, in forza della quale le esigenze di carattere personale, familiare e sociale operano come fatto impeditivo della formazione di una decisione sfavorevole allo straniero. Dunque, non si può escludere che il sindacato del giudice vada ad incidere sul modo in cui siano stati valutati gli interessi che la norma stessa ritiene fattori impeditivi della decisione sfavorevole.

Il sindacato giudiziale non ha realmente ad oggetto valutazioni inerenti una scelta politica²³, ma prende in considerazione il caso concreto ascrivibile alla norma, attinente alla individuazione e qualificazione giuridica di vicende talmente rilevanti da inibire l'emanazione del provvedimento negativo a carico dello straniero. Resta semmai da determinare la soglia di rilevanza giuridica di tali circostanze, utilizzando adeguati criteri giuridici.

Al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali occorre valutare il corretto esercizio di un potere pubblico, anche se il giudice è chiamato a sindacare, non solo la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, ma anche gli interessi fondamentali dell'individuo inscindibilmente legati all'adozione del provvedimento amministrativo²⁴.

I visti di ingresso o il rilascio di permessi di soggiorno secondo le previsioni del T.U.I., comportano valutazioni discrezionali in ordine alla prevenzione di situazioni di pericolo per l'ordine e la sicurezza, e nello stesso tempo, attengono a valutazioni sulle situazioni personali come fattori familiari, stato di salute, ragioni lavorative, che non sono

²¹ F. G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p.399.

²² Cons. Stato, sez. III, 9 settembre 2016, n. 3841; Tar Lazio, Roma, sez. II quater, 27 settembre 2016, n. 9942.

²³ F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, p.24 ss.

²⁴ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., 80, secondo cui «la fissazione dei valori dei diversi interessi termina in un'attività volitiva, in quanto l'autorità si pone come regola la scala dai valori da se stessa fissati, e su questa determina l'atto amministrativo in concreto nei singoli punti per i quali la legge le attribuisce il potere discrezionale». L'A. riteneva insindacabile tale valutazione amministrativa mentre altra dottrina evidenziava come fosse possibile individuare dei metodi e dei criteri di rilevanza giuridica del valore sotteso alla decisione, con il conseguente ampliamento del sindacato di legittimità: E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p.13; V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p.271; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, p.991; M. NIGRO, *Le norme-principio della Costituzione e la discrezionalità amministrativa*, ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., I, p.113.

necessariamente comprimibili o soccombenti rispetto all'interesse pubblico²⁵. Pur trattandosi di diritti fondamentali, questi possono essere lesi dall'esercizio del potere amministrativo perché soggetti ad una ponderazione in relazione al necessario bilanciamento con altri valori, assurti a preminente interesse pubblico secondo i precetti legislativi.

Le controversie affidate al giudice ordinario sarebbero connotate dal fatto che la valutazione circa la imprescindibile correttezza del potere esercitato, incide "direttamente" su tali situazioni fondamentali (i permessi di soggiorno per motivi familiari, 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). L'incisione diretta da parte del provvedimento, determinerebbe l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti.

Si tratta anche in questo caso di un criterio meramente descrittivo, peraltro messo in discussione dalla casistica giurisprudenziale più attuale. Resta il fatto che anche il giudice amministrativo è tenuto ad effettuare un bilanciamento di interessi che tiene conto della posizione personale dell'immigrato, operando valutazioni non dissimili rispetto a quelle operate dal giudice ordinario.

In sostanza, per quanto riguarda il tipo di sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo su tali provvedimenti, la giurisprudenza più recente guarda sempre più alla effettività della tutela giurisdizionale che il giudice amministrativo è chiamato ad assicurare, attraverso i suoi poteri cognitori, istruttori e decisorio che, in questa materia, si fanno più penetranti in misura inversamente proporzionale al livello di discrezionalità del potere esercitato dall'amministrazione secondo le disposizioni di legge²⁶.

Infatti, le valutazioni che l'amministrazione deve operare ricadono su diritti fondamentali dello straniero e non possono a maggior ragione essere arbitrarie o discriminatorie; dunque la giurisprudenza più recente ha avvertito sempre più la necessità di un sindacato penetrante affinché l'esercizio del potere non si trasformi 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»²⁷.

Ciò è ancor più evidente se si considera che nella materia e sul sindacato giurisdizionale incidono principi e norme di diritto internazionale, europeo e i contenuti delle decisioni delle Corti superiori.

Dunque, sono da condividere le considerazioni di chi ha osservato che le tecniche di controllo giudiziale si possano spingere ben oltre una verifica sulla mera legalità procedurale sull'operato dell'amministrazione, e, in una visione evolutiva e secondo il principio di legalità sostanziale, possano sindacare la logicità e la ragionevolezza della motivazione del provvedimento e il grado di incisione sulle situazioni giuridiche dello straniero²⁸.

²⁵ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, cit., p.96.

²⁶ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.821.

²⁷ M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p.16

²⁸ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.822; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, cit.

4. La casistica giurisprudenziale: tra interesse pubblico alla sicurezza e diritti dello straniero

Da un esame della giurisprudenza si può evincere questa linea di tendenza evolutiva.

La giurisdizione amministrativa, tiene ormai conto del ruolo delle Supreme Corti, e ne recepisce e attua i principi di diritto, secondo il modulo del c.d. *costituzionalismo multivello*, completandone la tutela giurisdizionale secondo i principi di effettività sostanziale avverso gli atti dell'amministrazione²⁹.

Per esigenze di sinteticità si farà riferimento solo ad alcuni casi e ad alcune delle decisioni in cui il giudice amministrativo tiene conto di diverse prospettive relative alle condizioni di vita degli stranieri.

Non sempre per il giudice amministrativo il precetto normativo è di per sé sufficiente indicazione circa la legittimità del rinnovo di un permesso di soggiorno.

È significativo il caso in cui il Consiglio di Stato ha ritenuto al riguardo che, dalle disposizioni del T.U.I., complessivamente considerate, non si evinca che sia necessaria la dimostrazione del possesso, in modo assoluto ed ininterrotto, di un certo livello di reddito richiesto dalla legge. Secondo il giudice amministrativo, al contrario, l'amministrazione deve comunque tener conto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, T.U.I., di «comprovati fatti sopravvenuti prima del provvedimento (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»³⁰.

In questa prospettiva, che guarda al possibile 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.

Anche in relazione alle valutazioni circa la pericolosità sociale dello straniero, si può trarre esempio del modo con il quale la giurisprudenza amministrativa, seguendo l'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 straniero³¹.

La Corte Costituzionale non ha negato in linea di principio l'ampia discrezionalità del legislatore nell'ammettere i cc.dd. "automatismi espulsivi" discendenti da condanne penali considerate indici di particolare pericolosità sociale dello straniero e di minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica.

In generale si è affermato il principio, 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

²⁹ 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; A. PAJNO, *Diritto europeo e trasformazioni del diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Riv. dir. ital. pubbl. com.*, 2017, 2, p.467.

³⁰ Cons. St., sez. III, 26 maggio 2015, n. 2645; Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n.651.

³¹ M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, 1, p.41.

“agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa³².

Sulla scorta di questi principi, 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 si debba fondare su un'estesa e completa valutazione circa la 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.

Tali orientamenti della Corte Costituzionale hanno attenuato la rigorosa previsione dell'automatismo espulsivo, e sono stati recepiti nell'interpretazione del giudice amministrativo sulla scorta dei principi costituzionali e sovranazionali.

Pertanto, riguardo la valutazione 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 che sono radicati sul territorio per ragioni familiari, o senza valutare in concreto la sua pericolosità sociale³³.

Il sindacato del giudice amministrativo si estende ad una valutazione globale della posizione dello straniero, in modo da evitare arbitrari e decisioni irragionevoli, soprattutto dopo che, per effetto degli interventi da parte della Corte Costituzionale e delle Corti sovranazionali, si è determinato l'indebolimento degli automatismi espulsivi, a riprova che anche attraverso l'azione discrezionale dell'amministrazione, possono essere garantiti i diritti fondamentali dello straniero.

Questa attività interpretativa si concretizza nell'attribuzione di una rilevanza giuridica a situazioni compatibili con ciò che emerge dall'esperienza e dalla prassi amministrativa e giudiziale³⁴; ne consegue che il sindacato di legittimità abbia ad oggetto la conformità della decisione alla fattispecie che deriva da tale attività integrativa effettuata o meno dai funzionari amministrativi, oltre che la conformità dell'atto alla disposizione di legge come descritta dal legislatore.

E ancora, sono significative le ipotesi delle espulsioni prefettizie, che, ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), del t.u., possono essere disposte nei confronti dei soggetti contemplati dagli artt. 1, 4 e 16 d. lg. n. 159/2011, ossia di soggetti dediti a traffici delittuosi, o che vivono dei loro proventi.

Secondo la giurisprudenza in materia, l'espulsione è legittimamente disposta solo quando sia stata effettivamente accertata la pericolosità sociale dello straniero³⁵, ossia se questi possa essere riconducibile ad una tipizzazione del soggetto socialmente pericoloso. Il sindacato del giudice con riferimento a tale tipizzazione può valutare se l'amministrazione ha correttamente accertato gli elementi necessari oppure se tale attività si è basata su argomenti solo presuntivi³⁶.

Riguardo le valutazioni circa la pericolosità sociale dello straniero è significativo anche il fatto che gli orientamenti della giurisdizione ordinaria ed amministrativa mostrano sul punto delle significative convergenze.

³² Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Foro it.*, 2012, I, 691.

³³ Cons. St., sez. III, 23 maggio 2017, n. 2391.

³⁴ N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p.373, secondo il quale l'indagine dei criteri di integrazione utilizzati dal giudice resta essenziale per cogliere i profili evolutivi del sindacato di legittimità.

³⁵ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

³⁶ Cass., Sez. I, 4 maggio 2016, n. 25217; Cass., sez., II, 26 aprile 2016, n. 20205; Cass., sez., I, 7 gennaio 2016, n. 6636.

La presunzione della pericolosità sociale già da tempo è stata censurata dalla Corte Costituzionale³⁷ ed in sede penale è stata superata dopo l'abrogazione dell'art. 204 c.p.

Dalle decisioni in materia si rileva che la pericolosità non va individuata dall'amministrazione in termini probabilistici, ma va riferita ad « elementi che giustificano sospetti e presunzioni », come pure all'« attuale pericolosità » della persona ed all'« esame globale della personalità del soggetto nei confronti dei quali è rivolta la misura espulsiva ». L'espulsione è illegittima qualora l'amministrazione abbia fondato le proprie decisioni su indici come i soli precedenti penali dello straniero, e non abbia ampliato la propria attività conoscitiva alle vicende di vita successive alla condanna, anche con riferimento all'inserimento lavorativo e sociale della persona³⁸.

Sempre con riferimento alla individuazione di elementi che definiscano la pericolosità sociale dell'individuo anche nella giurisprudenza amministrativa si ritrovano analoghe valutazioni, in materia di procedimenti di diniego, mancato rinnovo e revoca del permesso di soggiorno disposti ai sensi degli artt. 5, comma 5 *bis*, 9, comma 4, e 9 *bis*, comma 6, del T.U.

Secondo il Consiglio di Stato, è infatti la stessa logica della disciplina ad escludere l'ingresso o la permanenza nel territorio italiano di soggetti che abbiano una condotta di vita tale da costituire un «pericolo per l'integrità dei beni altrui e delle persone», ossia di soggetti socialmente pericolosi³⁹. La pericolosità dell'individuo viene dunque valutata in concreto, sulla base di una ricostruzione globale della sua condotta⁴⁰, e di dati generalizzabili attraverso la massima di esperienza dell'*id quod plerumque accidit*⁴¹.

Anche in materia di ricongiungimento familiare e di bilanciamento di interessi⁴² si riscontra una casistica giurisprudenziale che ritiene determinante individuare in concreto l'esistenza di elementi che effettivamente possano giustificare il diniego o la revoca del permesso di soggiorno, dovendosi bilanciare interessi fondamentali come i fattori che riguardano la personalità dell'individuo e i diritti fondamentali che tengono conto dei vincoli familiari⁴³.

5. Effettività della tutela degli immigrati e principio della dignità dell'uomo

Alla luce della complessità della materia, è condivisibile la tesi per cui il criterio del riparto di giurisdizione in materia di immigrazione debba essere affidato ad «una pluralità di criteri diversi o forse ad esigenze eminentemente pratiche»⁴⁴.

E' evidente che nonostante i tentativi di riordino della tutela processuale dello straniero permangono taluni profili di criticità nel modello attuale, soprattutto se si ricerca

³⁷ La presunzione di pericolosità sociale è stata censurata dalla Corte Costituzionale in una serie di decisioni già a partire dagli anni settanta. Corte Cost. n. 177/1980 e di recente Corte Cost. sent. n. 24-25 del 2019, in cui la Corte opera una ricostruzione storico evolutiva del concetto di pericolosità generica e qualificata.

³⁸ Cass., sez. VI-1 civile, ord. n. 12973 del 22 giugno 2016;

³⁹ Cons. di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 6293; Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. III, C 554/13, sent. dell'11 giugno 2015.

⁴⁰ Tar Lazio, Roma, sez. II quater, 11 maggio 2015, n. 6617.

⁴¹ Corte Cost., 6 luglio 2012, n. 172; Cons. di Stato, sez. III, 9 settembre 2016, n. 3841. Sul diniego del permesso di soggiorno TAR Toscana, sez. I, 12 maggio 2009, n. 803; Tar Piemonte, sez. II, 26 aprile 2008, n. 812; Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3569.

⁴² Cass., sez. VI, ord., 12 gennaio 2017, n. 647; Cass., sez. VI penale, 7 dicembre 2016, n. 1432.

⁴³ Cass., sez. un., 12 giugno 2019, n. 15750.

⁴⁴ S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592; M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p.13

un criterio di riparto univoco. Si tratta, come si è visto, di una tutela differenziata e complessa, ancora irrisolta e che mostra profili di potenziale contrasto con principi dell'ordinamento interno e internazionale.

In questo senso appare valida l'affermazione di chi ha ritenuto che nelle società multiculturali possa tornare a valere la tesi di una stretta consonanza tra diversificata disciplina sostanziale e forme di tutela, purtuttavia nella prospettiva di superamento delle disomogeneità, che abbia come base unificante l'idea di giusto processo e di effettività della tutela⁴⁵.

La dottrina che si è occupata del sindacato giurisdizionale amministrativo sugli stranieri ha osservato che le tecniche di verifica dell'operato dell'amministrazione in sede giudiziale vanno oltre un accertamento circa la mera legalità procedurale e giungono a sindacare, in un percorso incrementale, 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 fenomeno⁴⁶.

Secondo l'attuale tendenza della giurisprudenza il giudice è tenuto ad adeguare la normazione positiva e la stessa tutela processuale alle caratteristiche della singola controversia, valutando anche il contesto esistenziale entro il quale si pone l'intervento dell'amministrazione.

Ciò comporta una interpretazione evolutiva del precetto normativo, da effettuare secondo parametri giuridici offerti dalla Costituzione o altre fonti sovranazionali, così da favorire una collocazione sistematica della disciplina dell'immigrazione, tesa a valorizzare la tutela dello straniero – persona di fronte al potere pubblico.

Il controllo giudiziale va effettuato tenendo conto del rapporto fra legge, amministrazione ed individuo⁴⁷; ciò significa che la norma attributiva del potere debba essere oggetto di un'interpretazione sistematica che giustifichi le sfere di interferenza dell'amministrazione nella vita dell'individuo, secondo i limiti ed i modi che garantiscono le caratteristiche soggettive tutelate dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali ed internazionali.

In sostanza, la trattazione del delicato problema dei diritti fondamentali tutelabili davanti al giudice amministrativo, si può sintetizzare in ciò che un recente indirizzo giurisprudenziale ha evidenziato con l'affermarsi di un percorso evolutivo che va da un "diritto amministrativo del sospetto"⁴⁸ nei riguardi dello straniero ad un "diritto amministrativo del rispetto" verso i suoi diritti fondamentali, secondo una logica necessaria dal momento che la dignità dell'individuo, straniero o cittadino che sia, costituisce principio ispiratore e fondamento democratico.

Numerosi sono i fattori che riconducono al principio incompressibile della dignità dell'uomo e ad uno statuto dello straniero ispirato a questo valore: l'integrazione degli ordinamenti, nazionali e sovranazionali; la trasversalità dei valori, delle regole e dei principi del diritto internazionale; i singoli ordinamenti nazionali e l'apertura dei loro sistemi costituzionali alla recezione di questi valori; il dialogo tra le Corti supreme interne e

⁴⁵ F. ASTONE, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p.153.

⁴⁶ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.822

⁴⁷ A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*, cit., p.830

⁴⁸ Cons. St., sez. III, 17 novembre 2015, n. 5248, secondo cui non può trovare ingresso in un moderno ordinamento democratico 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.

sovrnazionali; il ricorso sempre più costante all'uso dell'argomento comparatistico, nelle pronunce dei giudici nazionali⁴⁹, quando vengano in rilievo le posizioni degli stranieri; l'universalità dei diritti fondamentali che prescinde dalla cittadinanza⁵⁰.

Anche il giudice amministrativo per realizzare una tutela effettiva che sia tale, dovendo porre rimedio ad un'azione amministrativa illegittima, è tenuto ad adottare un "bilanciamento" tra il c.d. diritto alla sicurezza e le posizioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale o sovranazionale.

In questa prospettiva la nuova frontiera della materia in esame deve essere costituita dal diritto dell'integrazione e del rispetto per lo straniero secondo una cultura dell'accoglienza e del multiculturalismo, con un approccio globale e pluralistico, che riconosca i diritti del prossimo anche per la forza stessa della solidarietà, immanente ad un ordinamento democratico ed espressione dei principi costituzionali dell'eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3, comma secondo, Cost.).

In conclusione, non vi è dubbio che anche il giudice amministrativo, seppure con un diverso approccio alla controversia rispetto al giudice ordinario, investito direttamente della tutela di diritti fondamentali degli immigrati, è «idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa⁵¹».

Inoltre, da tempo nella giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale in tema di *translatio iudicij*⁵² è possibile trarre uno stesso principio comune: traendo le loro argomentazioni dal principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. e da una precisa concezione di questo, esse giungono alla stessa conclusione, che non è più tanto la scelta di una diversa giurisdizione ad essere contrastata, quanto l'idea che vi sia incomunicabilità e separazione tra i giudizi. I principi di effettività e certezza della tutela giurisdizionale impongono una chiave di lettura del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo non in termini di separazione, ma in termini di specialità tra giudici appartenenti allo stesso ordine⁵³.

Questa tesi interpretativa permette ad un tempo di superare i contrasti tra le giurisdizioni in materia, di giustificare gli interventi normativi che attribuiscono la giurisdizione ai due giudici e le loro eccezioni, oltre che a mantenere la conformità agli art. 24 e 103 Cost.

⁴⁹ A. GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia e immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Quad. della riv. trim. dir. e proc. civ., Milano, 2014, p.3.

⁵⁰ P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2013, p.7; 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; A. RUGGERI, *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, cit.

⁵¹ Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, I, 2007, con nota di G. VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.*

⁵² R. ORIANI, *E' possibile la translatio iudicij nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, p.1013; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicij*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p.796.

⁵³ A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p.112.

ABSTRACT: *The immigration jurisdiction: the allotment criterion and the administrative judge's unions*

It is interesting to investigate some issues regarding the immigration justice system in the Italian order. In summary, the difficult search for a possible balance between migrants' freedom and internal public interests within states and local communities also emerges in the field of jurisdictional protection of immigrants.

In the first place, the problem of the division of jurisdiction between ordinary judge and administrative judge in relation to measures in which the administration would operate in a constrained or discretionary manner is still of interest; secondly, it is interesting to examine the peculiar relationship between immigrants with their interests, often referring to personal rights, and the discipline of administrative action that interferes with the immigrant's living conditions.

Indeed the public power issues residence permits, renewal or revocation of the same, expulsion orders, according to the provisions of the T.U. immigration and the most recent disciplines. The judge's legitimacy syndicate in these cases looks at disputes whose conflict has no mere patrimonial relevance but involves the personality of the individuals or their families.

This leads to some in-depth analysis of the protection modalities offered by the Italian law to foreigners who intend to challenge certain administrative measures adopted against them.