

CHIARA FELIZIANI*
LA TUTELA DEL MIGRANTE
TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO AMMINISTRATIVI *****

Sommario: 1. La materia dell'immigrazione come banco di prova per il diritto amministrativo. – 2. L'influenza della giurisprudenza sovranazionale sull'*an* e sul *quomodo* della tutela amministrativa del migrante. – 3. Legislatore - amministrazione - giudice. – 3.1 Concetti giuridici indeterminati e ruolo di supplenza del giudice. – 3.2. Vizi procedurali, amministrazione "difensiva" e giudice amministrativo. – 4. La tutela del migrante tra legalità formale e legalità sostanziale.

1. *La materia dell'immigrazione come banco di prova per il diritto amministrativo*

La c.d. «emergenza immigrazione»¹ che – da alcuni anni a questa parte – è al centro dell'agenda politica dell'Unione europea e, di riflesso, di

*Professore associato di Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Macerata.

**Il contributo ripropone, con gli opportuni adattamenti e le integrazioni del caso, i contenuti della relazione tenuta nel corso del Convegno "Cittadinanza e Stato di Diritto per un'Unione europea più forte", Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche, 8-9 maggio 2023. L'A. ringrazia sentitamente gli organizzatori del convegno per il gradito invito.

*** Il presente lavoro si inserisce nell'ambito del progetto "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata (finanziamento MUR, programma: Dipartimenti di Eccellenza 2023-2027)".

¹ In termini C. FAVILLI, *L'unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione dell'"emergenza" immigrazione*, in *Quad. cost.*, 2015, 3, 785 ss. Più in generale, in tema, si v. M. SAVINO, (voce) *Immigrazione*, in *Enc. dir.* (vol. Funzioni amministrative), Milano, 2022, *passim*.

quella degli Stati membri (specie se di prima accoglienza) non sfugge – come noto – all'attenzione del diritto amministrativo².

Qui, infatti, si discute da tempo e con ampiezza di argomentazioni di questioni quali – in particolare – la cittadinanza³, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza⁴ o, ancora, l'accesso a determinati servizi da parte degli immigrati⁵ e – non da ultimo – la garanzia dei loro diritti fondamentali⁶, anche dal punto di vista della tutela sia procedimentale sia giurisdizionale⁷ (i.e. procedurale).

² Si v. – ad esempio – i lavori monografici di M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario, richiedenti asilo, asilanti, apolidi*, Jovene, Napoli, 2016, *passim*; M. INTERLANDI, *Fenomeni migratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim* e di M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*.

³ In argomento, v. spec. M. MAZZAMUTO, *Il civis temporarius e il diritto amministrativo nell'ordinamento multilivello*, in S. D'ACUNTO - A. DE SIANO - V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, ESI, Napoli, 2017, 217 ss.; F. TIGANO, *Diritti sociali, cittadinanza ed immigrazione. È ancora attuale il tradizionale concetto di cittadinanza?*, in F. ASTONE - A. LUPO - V. PRUDENTE - A. ROMEO (a cura di), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Ed. scientifica, Napoli, 2019, 219 ss.

⁴ Sul tema, v. ad es. G. TROPEA, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in *Federalismi.it*, 2017, 1 ss.

⁵ Al riguardo, si v. M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati tra "certezza" del diritto e "incertezza della sua effettività"*, in M. IMMORDINO - A. CELONE (a cura di), *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, in *Nuove autonomie*, 2013, 2 (numero monografico), 197 ss.

⁶ In proposito, si v. M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *Federalismi.it*, 2014, 19, 1 ss.

⁷ In argomento, e salvo gli ulteriori contributi di cui si darà conto *infra*, si v. A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 816 ss.; F. MARTINES, *La tutela procedimentale e giurisdizionale del migrante in Italia*, in C. ZANGHÌ - L. PANELLA - C. CURTI GIALDINO (dir. da), *Controllo e gestione dei flussi migratori nell'Europa del sud*, OIDU, 2020, 232 ss.; G. TROPEA, *Homo sacer? Osservazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 839 ss., nonché – se si vuole – C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in *Riv. ita. dir. pubbl. comunit.*, 2019, 2, 267 ss.

Da ciò consegue che, nella sua complessità, la materia dell'immigrazione finisce per costituire un interessante banco di prova per il diritto amministrativo. E tanto in ragione del fatto che alcuni istituti "classici" del sistema di diritto amministrativo si trovano a dover essere in certa misura riconsiderati al fine di poter offrire idonee risposte alle istanze di tutela (in senso ampio) che la materia *de qua* pone.

Si pensi – volendo esemplificare – alla valorizzazione della dimensione procedimentale e al necessario accrescimento delle tutele ivi previste⁸; al perimetro della discrezionalità e alla necessità per il giudice amministrativo di operare costantemente un attento bilanciamento tra interessi contrapposti⁹; ancora, ai concetti giuridici c.d. indeterminati che – specie per effetto dell'influenza del diritto europeo e della interpretazione dello stesso resa dal suo giudice – finiscono per vedersi attribuito un significato meno evanescente che in altri ambiti del diritto¹⁰.

È dunque specialmente su questi aspetti – e più in generale sulle implicazioni (*rectius*, trasformazioni)¹¹ che la materia dell'immigrazione

⁸ In tema, tra gli altri, M. CONSITO, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 393 ss.

⁹ Aspetto, questo, già evidenziato – ad. es. – da A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, *cit.*, 816 ss. e da M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2018, 5, 1, spec. 15 ss.

¹⁰ In questo senso anche M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, *cit.*, *passim*.

¹¹ Sulle trasformazioni che interessano il diritto amministrativo e soprattutto la giustizia amministrativa, si v. – senza pretesa alcuna di esaustività – F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 115 ss.

importa sul sistema di diritto amministrativo – che si appunteranno le considerazioni che seguiranno.

Considerazioni che – si avverte – sono tenute insieme da almeno due fili rossi, i quali a loro volta presentano talora – si vedrà – delle inevitabili sovrapposizioni.

Il primo filo rosso è quello della necessaria influenza del diritto sovranazionale – in particolare europeo ed euro-convenzionale (i.e. CEDU) – sull'ordinamento interno, anche per ciò che concerne l'*an* e il *quomodo* della tutela giurisdizionale, nonché – ancor prima – della tutela procedimentale.

Il secondo filo rosso è invece quello per cui, nella materia *de qua*, nella triangolazione legislatore/amministrazione/giudice (amministrativo)¹², quest'ultimo finisce – ancor più che in altri ambiti dell'agire amministrativo – per svolgere un ruolo di "supplenza" rispetto ai vuoti lasciati aperti dal primo (i.e. il legislatore)¹³ e all'agire illegittimo o – come pure talora accade – "difensivo" della seconda (i.e. l'amministrazione)¹⁴.

¹² Con specifico riguardo al rapporto amministrazione - giudice amministrativo, si v. le sempre attuali pagine di M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema della legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Jovene, Napoli, 1981, spec. 24.

¹³ In argomento, si v. A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, in M. SAVINO - D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione. Tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Ed. scientifica, Napoli, 2023, 225 ss.

¹⁴ In ordine al fenomeno dell'amministrazione difensiva e alle conseguenze che ad esso si legano, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Dir. eco.*, 2019, 1, 155 ss.

2. *L'influenza della giurisprudenza sovranazionale sull'an e sul quomodo della tutela amministrativa del migrante*

Posto quanto precede, merita innanzitutto osservare come, nel tempo, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia UE abbiano entrambe offerto indicazioni di fondamentale rilievo per quel che concerne l'*an* e il *quomodo* della tutela che gli Stati sono chiamati ad apprestare nei confronti dei migranti. Ciò vale ovviamente anche con riferimento al sistema italiano, il quale non è rimasto (*rectius*, potuto rimanere) affatto impermeabile a tali indicazioni¹⁵.

In particolare, quanto all'*an* della tutela, assume rilievo innanzitutto la giurisprudenza di Strasburgo in tema di respingimenti¹⁶, specie in mare¹⁷. Questi, infatti, sono stati sovente qualificati dalla Corte Edu come una attività materiale della pubblica amministrazione sottratta a qualsivoglia forma di tutela giurisdizionale. Dal che, a giudizio della stessa Corte, la violazione del diritto (sostanziale) ad un ricorso effettivo *ex art.*

¹⁵ In generale, sull'argomento si v. A. PAJNO, *Rapporti tra le Corti: diritti fondamentali ed immigrazione*, in *Federalismi.it*, 2017, 21, 1 ss..

¹⁶ Pietra miliare in materia è considerata la sentenza Corte Edu 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88. Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, si v. Corte Edu 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. 37201/06, per un commento alla quale A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 2, 449 ss., e Corte Edu 19 gennaio 2010, *Hussun e a. c. Italia*, ric. 10171/05, 10601/05, 11593/05, in ordine alla quale si segnala il commento di C. FAVILLI, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte europea dei diritti umani sui respingimenti da Lampedusa del 2005*, in *asgi.it*, 2010.

¹⁷ In tema si v. i contributi di F. MARONGIU BUONAIUTI, *L'azione dell'Unione Europea in materia di asilo e immigrazione e il rispetto degli obblighi internazionali degli Stati membri: alcune considerazioni* e di L. SALVADEGO, *Il rispetto del principio di non refoulement nel Mediterraneo centrale*, entrambi in L. SALVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del mediterraneo centrale*, cit., rispettivamente 21 ss. e spec. 29 e 105 ss.

13 CEDU, ossia il diritto ad una procedura «accessibile, in pratica e in diritto», e «adeguata» al caso di specie¹⁸.

Sul punto – tra le molte sentenze che hanno interessato il nostro Paese – rileva senz'altro la pronuncia adottata nel 2012 dalla Grande Camera nel caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*¹⁹. Qui infatti la Corte di Strasburgo ha riscontrato la violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 13 CEDU nella misura in cui – si legge nella sentenza – i ricorrenti sono «stati privati di ogni via di ricorso che avrebbe consentito loro di sottoporre ad una autorità competente le doglianze (...) e di ottenere un controllo attento e rigoroso delle loro richieste prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento»²⁰.

In senso analogo si ricorda anche la sentenza resa dalla Corte Edu nel 2014 in relazione al caso *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*²¹, dove si legge che – contrariamente a quanto avvenuto nei fatti – «le doglianze dei ricorrenti (...) avrebbero meritato un esame sul merito dinanzi a un giudice nazionale nell'ambito di un procedimento conforme alle esigenze derivanti dall'art.

¹⁸ In argomento, sia consentito rinviare *amplius* a C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Ed. scientifica, Napoli, 2018, spec. 159 ss.

¹⁹ Vale a dire Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ric. 27765/09, per commento alla quale si v. specialmente P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2012, 2, 447 ss. e A. GIANELLI, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2358 ss..

²⁰ Par. 205 della sentenza in parola.

²¹ Segnatamente, Corte Edu 21 ottobre 2014, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*, ric. 16643/09. In dottrina, per un commento, si v. P. BONETTI, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia e Thakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quad. cost.*, 2015, 1, 219 ss..

13» CEDU²². Dal che, anche in questo caso, il collegio fa discendere la violazione di detto art. 13 CEDU, peraltro in combinato con gli artt. 3 CEDU e 4 del Protocollo n. 4²³.

Ancora, merita qui di essere richiamata la di poco successiva sentenza relativa al caso *Khlaifia e a. c. Italia*²⁴, nella quale la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistere la violazione – da parte dello Stato italiano – degli artt. 13 e 3 CEDU con riferimento alle (cattive) condizioni di accoglienza apprestate e soprattutto all'impossibilità per i ricorrenti di denunciarle²⁵.

Da ultimo, in tema di *age assesement*²⁶ si deve necessariamente ricordare la sentenza del 2022 relativa al caso *Darboe e Camara c. Italia*²⁷. Qui infatti la Corte Edu ha stigmatizzato la circostanza che l'amministrazione procedente, in spregio delle garanzie prescritte dal diritto internazionale ed interno, abbia presunto erroneamente la maggiore età del ricorrente, trattenendolo per un lungo periodo di tempo presso un

²² Par. 173 della sentenza in parola.

²³ Par. 181 e 243 della sentenza in parola.

²⁴ Vale a dire, Corte Edu 1 settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ric. 1483/12, in merito alla quale si v. F. FERRI, *Detenzione in centri di accoglienza, un commento sulla sentenza Khlaifia vs. Italia*, in *asgi.it*, 2017, nonché gli ampi riferimenti presenti in R. PALLADINO, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in A. DISTASI (a cura di) *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Cedam, Padova, 2016, 167 ss. e spec.184.

²⁵ Si v. spec. i parr. 13, 16 e 26 della sentenza in parola.

²⁶ Sull'argomento, si v. il contributo di M. BENVENUTI, *Dubito, ero iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Dir. Imm. Cittadinanza*, 2022, 1, 172 ss.

²⁷ Corte Edu, I sez., 21 luglio 2022, *Darboe e Camara c. Italia*, ric. 5797/17, per un commento alla quale si v. G. SANTOMAURO, *L'accertamento dell'età di fronte alla Corte di Strasburgo: garanzie procedurali per il minore straniero non accompagnato*, in *Adimblog.it*, 2022.

centro di accoglienza per adulti²⁸. Inoltre, i giudici hanno riscontrato la violazione dell'art. 13 CEDU, in combinato disposto con gli artt. 3 e 8 CEDU, data l'assenza di rimedi giurisdizionali effettivi messi a disposizione del Governo italiano per permettere al ricorrente di contestare la legittimità dell'*age assessment* e delle condizioni di vita subìte durante il soggiorno nel centro di accoglienza²⁹.

Più in generale, occorre evidenziare come ancora di recente al centro di una serie cospicua di sentenze dei giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, anche non involgenti lo Stato italiano, vi siano stati i temi del diritto ad un ricorso effettivo, delle garanzie procedurali e dei poteri del giudice. In altri termini, del *quomodo* della tutela (giurisdizionale e non).

Quanto alla Corte Edu, si pensi – ad esempio – alla sentenza della Grande Camera nel caso *Muhammad e Muhammad c. Romania* (2020)³⁰, in tema di espulsione del migrante regolare e dei requisiti di trasparenza che debbono informare la procedura. O anche alla successiva sentenza della terza sezione nel caso *Monir Lotfy c. Cipro* (2021)³¹, dove il giudice di Strasburgo ha stigmatizzato l'arbitrarietà con cui una amministrazione aveva reiteratamente disposto la misura della detenzione amministrativa

²⁸ Si v. spec. par. 122 e ss. della sentenza in parola.

²⁹ Si v. segnatamente parr. 197 - 199 della sentenza in esame.

³⁰ Corte Edu, Grande Camera, 15 ottobre 2020, *Muhammad e Muhammad c. Romania*, ric. 80982/12, per un commento alla quale v. F. L. GATTA, *Equo processo e espulsione dello straniero (regolare). La Grande Camera di Strasburgo delinea i diritti di trasparenza procedurale*, in *Adimblog.it.*, 2020.

³¹ Corte Edu, III sez., 29 giugno 2021, *Monir Lotfy c. Cipro*, ric. 37139/13, in ordine alla quale si v. L. BERNARDINI, *Cattiva fede delle autorità e onere della prova a carico del migrante: da Strasburgo una nuova decisione sulla detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Adimblog.it.*, 2021.

in assenza di quelli che secondo lo stesso giudice erano i presupposti necessari.

Quanto, invece, alla Corte di giustizia, si pensi ad esempio alla sentenza resa nel 2020 in relazione al caso *Milkiyas Addis*³², che aveva ad oggetto la possibilità di sopperire in sede giurisdizionale alla violazione – avvenuta in sede procedimentale – dell’obbligo di condurre un colloquio personale al soggetto richiedente protezione internazionale³³. Nonché, ancora prima, si pensi alla pronuncia della Grande sezione nel caso *Torubarov*³⁴. Qui, infatti, la Corte – adita dal giudice *a quo* ungherese – ha stabilito che dal combinato disposto dell’art. 46, par. 3, direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure) e dell’art. 47 della Carta di Nizza discende che il giudice di prime cure, dopo un esame completo di tutti gli elementi presentati dal richiedente la protezione internazionale, se rileva che tale soggetto soddisfa i criteri previsti dalla direttiva qualifiche, riconosce egli stesso la protezione internazionale (i.e. sostituzione del

³² Corte di giustizia, V sez., 16 luglio 2020, *Milkiyas Addis*, C-517/17.

³³ Sul punto, la Corte di Lussemburgo ha innanzitutto evidenziato che «la direttiva procedure enuncia in modo inequivocabile l’obbligo di dare, al richiedente protezione internazionale, la facoltà di sostenere un colloquio personale prima che venga adottata una decisione sulla sua domanda» (par. 46) e che tale obbligo si applica anche alle decisioni di ammissibilità (par. 48). Pertanto, ha concluso la Corte all’esito di una articolata disamina, «gli articoli 14 e 34 della direttiva procedure devono essere interpretati nel senso che *ostano* a una normativa nazionale in forza della quale la violazione dell’obbligo di dare al richiedente protezione internazionale la facoltà di sostenere un colloquio personale prima dell’adozione di una decisione di inammissibilità (...) non comporta l’annullamento di tale decisione e il rinvio della causa dinanzi all’autorità accertante, *a meno che* detta normativa consenta a tale richiedente, nell’ambito del procedimento di ricorso avverso la decisione di cui trattasi, di esporre di persona tutti i suoi argomenti contro detta decisione nel corso di un’audizione che rispetti le condizioni e le garanzie fondamentali applicabili, enunciate dall’articolo 15 di detta direttiva, e *a meno che* tali argomenti non siano atti a modificare la stessa decisione». Corsivo aggiunto.

³⁴ Corte di giustizia, Grande sezione, 29 luglio 2019, *Torubarov*, C-556/17.

giudice alla amministrazione). Inoltre, qualora a seguire l'amministrazione adotti un provvedimento di segno contrario in assenza di sopravvenienze, il giudice, nuovamente interpellato, ha – sempre secondo la Corte di Lussemburgo – il potere di riformare la decisione dell'autorità amministrativa³⁵. E tanto anche in costanza di una eventuale normativa nazionale che glielo impedisca, la quale – se del caso – dovrà essere disapplicata dallo stesso giudice *a quo*³⁶.

Ebbene, il descritto orientamento dei giudici sovranazionali ha avuto – come anticipato – una significativa eco nella giurisprudenza amministrativa nazionale. A mero titolo esemplificativo – oltre ad una serie di sentenze che toccano i temi delle garanzie procedurali (*rectius*,

³⁵ Al par. 48 della sentenza in esame si legge infatti che «l'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze, come quelle di cui al procedimento principale, in cui un giudice di primo grado ha constatato - dopo aver effettuato un esame completo ed *ex nunc* di tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti presentati dal richiedente protezione internazionale - che, in applicazione dei criteri previsti dalla direttiva 2011/95, al richiedente in questione deve essere riconosciuta una simile protezione per il motivo che il medesimo invoca a sostegno della sua domanda, ma un organo amministrativo o quasi giurisdizionale adotta in seguito una decisione in senso contrario, senza dimostrare a tal fine la sopravvenienza di nuovi elementi che giustifichino una nuova valutazione delle esigenze di protezione internazionale dello stesso richiedente, *il suddetto giudice deve riformare la summenzionata decisione non conforme alla propria precedente sentenza e sostituirla con la propria decisione quanto alla domanda di protezione internazionale, disapplicando, se necessario, la normativa nazionale che gli vieti di procedere in tal senso*». Corsivo aggiunto.

³⁶ In tema di disapplicazione da parte del giudice nazionale della norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione europea si v. G. TULUMELLO, *Disapplicazione* (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1986 ss. Più di recente, in tema si v. M. C. ROMANO, *Le fonti dell'ordinamento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, 15 e spec. 34 ss. Inoltre, specie con riguardo al dovere anche per la pubblica amministrazione di non applicare una siffatta norma, sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo. Profili di natura sostanziale e processuale*, Ed. scientifica, Napoli, 2023, 314 ss.

procedurali), di cui si darà conto tra breve – sia qui sufficiente richiamare una sentenza del 2017 del Consiglio di Stato³⁷ con la quale la III sezione ha stigmatizzato l'ipotesi di mancata o per lo meno insufficiente istruttoria. Nella specie, in tale circostanza i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimo il provvedimento con cui l'amministrazione precedente aveva deciso il trasferimento in Bulgaria di un cittadino afgano, fuggito dal suo Paese a causa della grave situazione politica in atto. E tanto in ragione del fatto che – a parere del collegio – detto provvedimento si fondava sulla sola presunzione che il soggetto richiedente asilo sarebbe stato trattato conformemente agli obblighi internazionali ed europei assunti dal Paese verso cui è disposto il trasferimento. Secondo il Consiglio di Stato infatti, così operando, l'amministrazione precedente avrebbe mancato di accertare che la misura dalla stessa disposta non equivalga, nella pratica, ad un respingimento, come tale vietato.

3. *Legislatore - amministrazione - giudice*

I casi da ultimo analizzati conducono il discorso a soffermarsi sul rapporto di triangolazione tra legislatore/amministrazione/giudice (amministrativo) e qui, in particolare, sul ruolo di supplenza che – si vedrà – è svolto proprio dal giudice³⁸. Vale a dire, quello che nelle prime pagine

³⁷ Cons. Stato, III sez., 3 novembre 2017 n. 5085.

³⁸ Per completezza, occorre osservare come nella materia *de qua* dirimente nel senso indicato sia anche il ruolo del giudice ordinario. Sul punto, v. *amplius* F. V. VIRZÌ, *L'extraterritorialità nel diritto amministrativo. Una ricerca sulla regolazione delle attività oltre il territorio dello Stato*, Jovene, Napoli, 2023, 127 ss.

di questo lavoro è stato indicato essere il secondo filo rosso attorno al quale si è ritenuto di far ruotare la ricerca.

3.1. Concetti giuridici indeterminati e ruolo di supplenza del giudice

Al riguardo, occorre per prima cosa mettere in rilievo come sovente la legislazione nella materia *de qua* si connota per la presenza di concetti estremamente ampi, quali – ad esempio – quelli di *ordine pubblico*, *sicurezza dello Stato* o di *pericolosità sociale*. Concetti, dunque, che – ove non opportunamente perimetrati³⁹ – recano un grado di indeterminatezza tale da finire per lasciare in capo alla amministrazione procedente ampi margini di discrezionalità⁴⁰.

Il rischio tuttavia in questi casi è che provvedimenti a contenuto potenzialmente vincolato (i.e. un visto o un permesso di soggiorno) finiscano per essere qualificati come provvedimenti discrezionali nel senso più alto del termine⁴¹, con ciò inibendo o comunque riducendo sensibilmente il sindacato giurisdizionale sugli stessi.

È quanto emerso anche di recente in un caso portato all'attenzione del Tar Lazio e concernente il diniego di cittadinanza⁴². Qui infatti il collegio ha qualificato la concessione della cittadinanza *ex art. 9*, comma

³⁹ In tema si v. A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, I, 127 ss.

⁴⁰ Per completezza, si ricorda altresì come vi siano spazi della materia *de qua* dove tale discrezionalità risulta – per contro – eccessivamente compressa, ad esempio per ragioni di contenimento della spesa pubblica. In tema, si v. A. BERRETINI, *Le procedure di affidamento dei centri di prima accoglienza e gli eccessivi vincoli alla discrezionalità delle stazioni appaltanti*, in L. SALVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, cit., 197 ss. e spec. 201- 202.

⁴¹ In questo senso si v. ad esempio Cons. Stato, III sez., 17 dicembre 2020 n. 8133.

⁴² Il riferimento è a Tar Lazio, sez. I *ter*, 15 marzo 2022 n. 2928.

l, lett. f) L. n. 91/1992 come un atto di alta amministrazione, nell'adozione del quale la pubblica amministrazione gode di ampia discrezionalità. Rispetto ad esso, pertanto, il Tar ha ritenuto ammissibile solamente «un sindacato *estrinseco* che, sebbene non si estenda al merito, comporta – e questo è già un temperamento rispetto alla pregressa, più rigorosa, giurisprudenza – un controllo sulla logicità e proporzionalità della motivazione, sulla sufficienza dell'istruttoria svolta e sul non travisamento dei fatti»⁴³.

Ecco allora che per riempire di contenuti i concetti di cui sopra i giudici nazionali ricorrono sovente allo strumento del rinvio pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia, attesi gli effetti propri delle sentenze emesse all'esito di tali rinvii⁴⁴.

Significativa in questo senso è – tra le molte – la pronuncia resa dai giudici di Lussemburgo in relazione al caso *Sélina Affum c. Prefet du Pas de Calis*⁴⁵, dove il *thema decidendum* verteva sull'interpretazione del

⁴³ Corsivo aggiunto. In termini, si v. anche Cons. Stato, III sez., 11 marzo 2016 n. 1874; Cons. Stato, III sez., 25 agosto 2016 n. 3696; Cons. Stato, III sez., 6 settembre 2016 n. 3819; Cons. Stato, III sez., 26 ottobre 2016 n. 4498.

⁴⁴ Sul punto si v. innanzitutto G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Cedam, Padova, 2010, 347, nonché M. P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2018, 521. In giurisprudenza si v. – tra le molte, benché non riferita alla materia dell'immigrazione – Cons. Stato, VI sez., 18 novembre 2019 n. 7874.

⁴⁵ Segnatamente Corte di giustizia, Grande sezione, 7 giugno 2016, *Sélina Affum c. Prefet du Pas de Calais*, C- 47/15. Al riguardo, si v. A. BALSAMO, *La Corte di giustizia esclude la detenzione per l'ingresso irregolare di migranti in transito prima della conclusione della procedura di rimpatrio*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2016, 4, nonché le ampie considerazioni presenti in C. SARTORETTI, *Se gli Stati membri tornano Stati nazione: frontiere e immigrazione al vaglio della Corte di giustizia*, in *DPCE on line*, 2020, 1, 1003 ss.

concetto di «soggiorno irregolare» di cui alla direttiva 2008/115/Ce⁴⁶, al fine di poter valutare la legittimità della misura della reclusione disposta nei confronti di un cittadino di un Paese terzo nei confronti del quale non sia stata ancora conclusa la procedura di rimpatrio prevista dalla medesima direttiva.

Il giudice amministrativo italiano, dal proprio canto, non sfugge all'instaurazione di un tale rapporto dialettico con la Corte di giustizia.

Ad esempio, nel 2018 il Tar Toscana⁴⁷ ha promosso un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di veder chiarito se, ai sensi dell'art. 20, par., 4, direttiva 2013/33/Ue, uno Stato membro possa disporre, nei confronti di un soggetto richiedente la protezione internazionale, la revoca della misura di accoglienza qualora detto soggetto violi norme generali dell'ordinamento non riprodotte nei regolamenti del centro di accoglienza in cui è ospitato ovvero ponga in essere una condotta che, pur astrattamente idonea a provocare turbative dell'ordine pubblico, non costituisca tuttavia un illecito penale (i.e. nella specie i ricorrenti avevano prelevato degli indumenti da un cassonetto adibito a raccolta di abiti usati).

Ancora, la III sezione del Consiglio di Stato nel 2020 ha adottato una ordinanza⁴⁸ con quale ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire in via pregiudiziale se l'art. 20, par. 4 e par. 5 della direttiva 2013/33 osti ad una

⁴⁶ Direttiva 2008/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri di rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

⁴⁷ Tar Toscana, ord. 2018 n. 1481.

⁴⁸ Cons. Stato, III sez., ord., 30 dicembre 2020 n. 8540.

normativa nazionale che preveda la revoca delle misure di accoglienza a carico del richiedente maggiorenne e non rientrante nella categoria "persone vulnerabili" nel caso in cui detto richiedente abbia posto in essere comportamenti violenti nei confronti di un pubblico ufficiale.

Accanto a casi – come quelli appena richiamati – in cui il giudice *a quo* invoca il conforto della (*rectius*, confronto con la) Corte di giustizia, non mancano poi casi in cui lo stesso giudice amministrativo autonomamente interpreta e talora "innova" la regola di diritto applicabile al caso sottoposto al suo sindacato⁴⁹.

È quanto si rinviene – ad esempio – in quell'orientamento giurisprudenziale incline ad attenuare gli automatismi espulsivi previsti dal T.U.I. bilanciando l'esistenza di precedenti penali con interessi altri, quali in particolare quelli connessi ai rapporti personali e ai legami familiari del migrante o, più in generale, con la tutela dei suoi diritti fondamentali⁵⁰.

Del pari, non mancano neppure casi in cui il giudice amministrativo si spinge fino a colmare le lacune dell'ordinamento, coniando nuovi (o parzialmente nuovi) istituti. Ne è un esempio una interessante pronuncia della III sezione del Consiglio di Stato del 2014⁵¹ che, in riforma della

⁴⁹ In questo senso anche M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., 19 e più di recente A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo "inventore" del diritto*, cit., 225 ss. Più in generale, in tema si v. P.L. PORTALURI, *La cambiale di Fortsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, ESI, Napoli, 2021, *passim*.

⁵⁰ Tra le molte, si v. Cons. Stato, III sez., 25 settembre 2015 n. 5349; Cons. Stato, III sez., 22 maggio 2017 n. 2382; Cons. Stato, III sez., 23 maggio 2017 n. 2391.

⁵¹ Il riferimento è a Cons. Stato, III sez., 27 ottobre 2014 n. 5328.

sentenza di primo grado⁵², ha ammesso il rilascio nei confronti dello straniero irregolarmente presente sul territorio nazionale di un permesso di soggiorno atipico al fine di permettere alla persona in questione di accedere a cure mediche urgenti e/o salva-vita⁵³.

3.2 *Vizi procedurali, amministrazione "difensiva" e giudice amministrativo*

Un analogo ruolo di supplenza è poi giocato dalla giurisprudenza amministrativa anche nei riguardi dell'amministrazione, per sopperire tanto a decisioni illegittime quanto – e forse soprattutto - all'inerzia o ad un *modus agendi* di stampo difensivo.

Il pensiero corre qui innanzitutto a quei casi in cui il giudice si cimenta in un esame quanto più possibile approfondito della vicenda da cui origina il giudizio, andando «al di là, quindi, della mera e sbrigativa "caccia" al vizio formale e all'errore procedimentale»⁵⁴ (il c.d. giudizio sul rapporto). Si veda, ad esempio, la nutrita serie di sentenze del Consiglio di Stato in tema di diniego o mancato rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni legate al reddito del migrante, dove il collegio tende ad offrire soluzioni improntate al canone di ragionevolezza, valorizzando gli

⁵² Segnatamente, si trattava di Tar Toscana, II sez., 5 luglio 2013 n. 1052.

⁵³ In tema, si v. *amplius* A. CIOFFI, *Motivi umanitari e permesso di soggiorno. A proposito del principio di humanitas*, in L. SAVADEGO - M. SAVINO - E. SCOTTI (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale*, cit., 135 ss., nonché con riguardo alla connessa – benché diversa e più ampia – questione del diritto alla salute del migrante irregolare si v. G. VOSA, *"Cure essenziali". Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, 721 ss..

⁵⁴ Così M. NOCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., 16.

elementi della fattispecie che paiono deporre in senso favorevole per il migrante⁵⁵.

Ancora, si vedano quei casi in cui la componente c.d. conformativa della sentenza di annullamento⁵⁶ è particolarmente valorizzata, tanto da indicare chiaramente alla amministrazione la strada da seguire nel successivo ri-esercizio del potere.

In tale senso, un esempio interessante si rintraccia in una recente sentenza del Tar Toscana in tema di revoca di misure assistenziali per i richiedenti asilo⁵⁷. Qui il collegio ha sottolineato come, in ossequio al principio di proporzionalità, la misura sanzionatoria adottata dalla amministrazione deve essere parametrata alla gravità della condotta tenuta dallo straniero. Pertanto, nel caso di specie, il Tar ha ritenuto di valorizzare la possibilità per l'amministrazione di adottare, in luogo della revoca, misure produttive di effetti meno gravosi per il richiedente, quali – ad esempio – la sua collocazione in una parte separata del centro o il trasferimento in un diverso centro di accoglienza.

Un altro esempio parimenti interessante si rinviene in una pronuncia del Consiglio di Stato del 2020⁵⁸, con la quale il collegio si è espresso nel senso della illegittimità del diniego di conversione del permesso di

⁵⁵ Tra le molte, Cons. Stato, III sez., 11 settembre 2014 n. 4652; Cons. Stato, III sez., 15 gennaio 2015 n. 117; Cons. Stato, III sez., 30 maggio 2016 n. 2266; Cons. Stato, III sez., 14 febbraio 2017 n. 651.

⁵⁶ In tema si v. – per tutti – A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Ed. scientifica, Napoli, 2010, *passim* e più di recente S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'Adunanza Plenaria e valore del precedente*, Ed. scientifica, Napoli, 2019, 75 ss.

⁵⁷ Si tratta della sentenza Tar Toscana, Firenze, 6 maggio 2020 n. 540.

⁵⁸ Il riferimento è a Cons. Stato, III sez., 17 dicembre 2020 n. 8132.

soggiorno per minore età in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, laddove l'amministrazione precedente non offra adeguata motivazione del diniego medesimo.

In senso analogo, più di recente, il Tar Piemonte⁵⁹ ha affermato innanzitutto che colui il quale arriva in Italia da minorenne al compimento della maggiore età può ottenere il rilascio di un titolo di soggiorno per attesa occupazione, anche a prescindere dal previo conseguimento del permesso per minori. E in secondo luogo che, a fronte una siffatta richiesta di conversione, l'amministrazione precedente è tenuta ad applicare l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza al fine di non dare luogo ad una ingiustificata violazione del diritto di partecipazione dell'istante⁶⁰.

A tale ultimo proposito, vale peraltro la pena sottolineare ancora una volta come – anche sulla scia dell'influenza della giurisprudenza sovranazionale richiamata nelle pagine che precedono – la valorizzazione dei diritti procedurali dell'istante costituisca oramai un punto fermo nella giurisprudenza amministrativa in materia migratoria. *Ad abundantiam*, si richiama una sentenza del Consiglio di Stato del 2020⁶¹ in cui il collegio ha stigmatizzato il mancato rispetto del termine di

⁵⁹ Il riferimento è nello specifico alla sentenza Tar Piemonte, Torino, I sez., 5 maggio 2022 n. 424, in ordine alla quale si v. L. PERGOLIZZI, *Il procedimento di conversione del permesso di soggiorno per minore età in altro titolo di soggiorno*, in *Adimblog.it.*, 2022.

⁶⁰ L'applicabilità dell'istituto in parola nei procedimenti in materia di rilascio del permesso di soggiorno era già stata affermata, ad esempio, da Cons. Stato, III sez., 26 giugno 2019 n. 4414.

⁶¹ Vale a dire Cons. Stato, III sez., 28 maggio 2020 n. 3377, per un commento alla quale si v. L. PERGOLIZZI, *La rilevanza del termine di conclusione del procedimento di conferimento della cittadinanza italiana*, in *Adimblog.*, 2020.

conclusione del procedimento da parte dell'amministrazione e, in riforma della sentenza di primo grado, l'ha condannata al pagamento delle spese processuali. Secondo il collegio, infatti, la mole di lavoro gravante sulla amministrazione non può ragionevolmente rappresentare una "grave ed eccezionale ragione" tale da giustificare la compensazione delle spese. Ciò in quanto – si legge nella sentenza – la cattiva organizzazione amministrativa non può essere fatta «gravare sul ricorrente e costituire titolo per pregiudicarlo».

Da ultimo, non meno interessante è la giurisprudenza che si pronuncia su casi di inerzia e finanche di amministrazione c.d. difensiva⁶².

Al riguardo, particolarmente significativa sembra essere una sentenza con cui il Tar Marche nel 2021 ha condannato la questura di Ancona a provvedere sull'istanza di rilascio di permesso di soggiorno per motivi di calamità naturali⁶³. In questo modo la sezione ha esortato l'amministrazione a fare applicazione dell'art. 20 *bis* d.lgs. n. 286/1998 come modificato dal d.l. n. 130/2020 (che, per l'appunto, aveva introdotto la nuova categoria del permesso di soggiorno per motivi di calamità naturale⁶⁴), pur non avendo ancora completato l'istruttoria (i.e. mancato

⁶² In argomento sia consentito rinviare nuovamente a C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, cit., 155 ss.

⁶³ Segnatamente, si tratta della sentenza Tar Marche, Ancona, I sez., 6 dicembre 2021 n. 839, per un commento alla quale v. A. LAZZARO, *Permesso di soggiorno per calamità naturali e ingiustificata inerzia dell'amministrazione*, in *Adimblog.it.*, 2022.

⁶⁴ Più in generale, sul tema della tutela dei c.d. migranti ambientali si v. F. PERRINI, *Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo ed i migranti ambientali: una categoria dimenticata?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, 2, 245 ss.; Id., *Il riconoscimento della protezione umanitaria in caso di disastri ambientali nel recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *OIDU*, 2021, 2, 349 ss.

invio di informazioni da parte dell'Ambasciata di Albania). Ciò in quanto – ha evidenziato il collegio nella sentenza in parola – «il ritardo dell'amministrazione nell'avviare l'istruttoria e quindi nel provvedere non risulta sorretto da alcuna ragione giustificativa ed è tale da integrare una ipotesi di silenzio inadempimento».

Ancora, in tema di conversione di un permesso di soggiorno – in questo caso da permesso per protezione speciale in permesso di soggiorno per motivi di lavoro – il Tar Veneto nel 2022 ha annullato il diniego opposto dalla questura di Padova, censurandone l'approccio c.d. difensivo⁶⁵. L'amministrazione procedente, infatti, aveva fondato la propria decisione su una interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 6, comma 1, T.U.I. – secondo cui il permesso di soggiorno per protezione speciale potrebbe essere convertito in permesso per motivi di lavoro solo se rilasciato dal Questore su richiesta della Commissione territoriale nell'ambito della procedura di decisione sull'istanza di protezione internazionale *ex art. 32, comma 3, d. lgs. n. 25/2008* – ritenuta non condivisibile dal giudice amministrativo in quanto foriera di dare luogo ad una ingiustificata discriminazione *ex art. 3 Cost.*

4. La tutela del migrante tra legalità formale e legalità sostanziale

Provando a tirare le fila di quanto sin qui osservato, vale la pena sottolineare nuovamente come – a fronte dell'esigenza di assicurare la tutela dei migranti – molti istituti del diritto amministrativo, sia

⁶⁵ Tar Veneto, Venezia, III sez., 28 novembre 2022 n. 1812.

sostanziale sia processuale, finiscano per essere messi costantemente alla prova, con ciò arrivando talora anche a conoscere degli aggiustamenti se non addirittura delle più significative trasformazioni.

Al riguardo, tra i diversi aspetti presi in considerazione nelle pagine che precedono, uno sembra spiccare su tutti: il ruolo del sindacato del giudice amministrativo.

Da tutto quanto precede, infatti, emerge chiaramente come – forte anche delle indicazioni provenienti da Lussemburgo e da Strasburgo – la giurisprudenza amministrativa in materia di immigrazione finisca per assumere una caratura massimamente compensativa. Tanto dei vuoti lasciati aperti dal legislatore, quanto dell’agire illegittimo, inerte e finanche difensivo dell’amministrazione.

Si coglie così plasticamente, allora, quella torsione nell’equilibrio tra i poteri dello Stato altrove già messa in rilievo nei suoi termini più generali⁶⁶.

Volendo ulteriormente esemplificare: la Commissione europea nel 2018 ha aperto un *pilot* nei confronti dello Stato italiano concernente l’implementazione dell’art. 46, par. 1, lett. b) della direttiva 2013/32/UE, recante *Procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, da parte del nostro legislatore. Secondo i servizi della Commissione europea la legislazione italiana (i.e. d.lgs. n. 25/2008) non garantirebbe il diritto ad un ricorso effettivo in caso di rifiuto

⁶⁶ Sia consentito rinviare nuovamente a C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere?, A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, cit., 155 ss. e alla bibliografia ivi citata.

dell'amministrazione precedente di riaprire l'esame di una domanda per l'ottenimento della protezione internazionale dopo la sua sospensione.

Ancora, nel 2021 sono stati aperti altri due *pilot* nei confronti del nostro Paese, uno dei quali concerne l'interpretazione del concetto di "rischio di fuga" offerta dal nostro legislatore ai fini della disciplina del trattenimento dello straniero⁶⁷.

In tutte queste ipotesi si tratta di questioni che – allo stato – non hanno ricevuto ancora idonea risposta da parte del legislatore. Dal che, inevitabili riflessi sull'azione dell'amministrazione, la quale finisce per trovarsi ad operare in un contesto normativo connotato, non solo da una elevata complessità, ma anche da una rimarchevole incertezza⁶⁸.

Non stupisce dunque che *parallelamente al o*, per meglio dire, *in conseguenza del* divampare del fenomeno migratorio si sia assistito anche al significativo incremento del contenzioso instaurato, su questa materia, dinanzi al giudice amministrativo⁶⁹.

Come osservato già alcuni anni fa da autorevole dottrina, infatti, quello dei diritti dei migranti è uno dei settori della vita sociale in cui «di fronte alla mancanza o alla debolezza delle risposte politiche, legislative o di governo, la giurisdizione è diventata il luogo legittimamente prescelto dai [singoli] per far sentire la loro voce, rendere visibili e percepibili i loro

⁶⁷ EU pilot rif. n. EUP(2021)9851.

⁶⁸ In proposito, si v. A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, cit., 242, dove l'A. osserva che «nel medio lungo periodo, la scelta della regola più adeguata non può dipendere dai giudici, ma va necessariamente riservata al legislatore».

⁶⁹ Dà conto di ciò A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., 816 ss.

diritti e soprattutto farli valere»⁷⁰. Ovviamente – occorre aggiungere – sempre ammesso che i singoli (i.e. i migranti) abbiano la concreta possibilità di accedere alla giustizia⁷¹.

I dati lo comprovano. A mero titolo esemplificativo, sia qui sufficiente ricordare che nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2018 il Presidente del Tar Brescia sottolineava come nel 2017, delle 1205 controversie instaurate presso tale tribunale, ben 455 – vale a dire il 38% – avessero avuto ad oggetto la materia dell'immigrazione.

Rispetto ad una tale mole di contenzioso, in gran parte dei casi il giudice amministrativo – si è visto – finisce per assumere decisioni improntate ad un canone di ragionevolezza, al fine di individuare un punto di equilibrio tra le ragioni dell'ordine pubblico o di sicurezza dello Stato e la garanzia dei diritti fondamentali dei migranti⁷². E, più in generale, per raccordare interessi tra di loro – almeno astrattamente – anche molto distanti⁷³.

Non di meno, in questa continua tensione tra legalità formale e legalità sostanziale, la tutela che l'ordinamento amministrativo (nel suo complesso) appresta nei riguardi dei migranti, oltre ad essere confinata alla fase patologica, reca inevitabilmente il limite di un certo grado aleatorietà

⁷⁰ Così L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Bari, 2013, 238 ss.

⁷¹ Sul punto sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, cit., 278 ss.

⁷² Si v. nuovamente M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., 16.

⁷³ Su tale attitudine del giudice amministrativo si v. specialmente R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 652 ss.

che allontana la tutela stessa dall'obiettivo della pienezza e della effettività⁷⁴.

Ora, se è vero – come il già Presidente del Consiglio di Stato Franco Frattini sottolineava nel suo discorso di insediamento – che compito del giudice amministrativo è quello di «interpretare il presente» e le sfide che questo pone⁷⁵, compresa ovviamente quella della tutela dei migranti, non può farsi a meno di sottolineare come sia altrettanto vero che tale compito sarebbe più facilmente assolto dallo stesso giudice se anche l'amministrazione e soprattutto il legislatore contribuissero per la loro parte⁷⁶.

⁷⁴ Sul punto, si v. le considerazioni di A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, cit., 238 ss. il quale, pur circoscrivendo la preoccupazione per il c.d. creazionismo giurisprudenziale, evidenzia tuttavia come «il vero problema sotteso all'attività di integrazione della norma [possa] essere sintetizzato nella necessità di rendere esplicito il criterio sulla base del quale si è ritenuto di dare una certa tipizzazione, di stabilire una data soglia di valore o di rinvenire in un dato principio il *trait d'union* fra la situazione regolata e quella ricadente in un'ipotizzata lacuna».

⁷⁵ Liberamente consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁶ Di analogo avviso, specie per ciò che concerne il ruolo del legislatore, sembra essere A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, cit., spec. 241 ss.