



## **Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata**

di

Margherita Interlandi \*

**SOMMARIO:** 1. La rilevanza giuridica dei legami affettivi, sociali ed economici dello straniero con il contesto territoriale di riferimento. 2. Potere amministrativo e libertà di soggiorno tra esigenze di ordine pubblico e tutela dei diritti fondamentali della persona straniera. 3. Segue. I provvedimenti restrittivi della libertà di soggiorno per motivi di ordine pubblico e sicurezza. 4. Segue: le ipotesi di "automatismo espulsivo". 5. L'applicazione del principio di proporzionalità nell'esercizio dei poteri limitativi dei diritti degli stranieri: l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo. 6. Segue. L'orientamento della Corte Costituzionale. 7. La proporzionalità nel controllo giurisdizionale sui provvedimenti di ordine pubblico e sicurezza.

### ***1. La rilevanza giuridica dei legami affettivi, sociali ed economici dello straniero con il contesto territoriale di riferimento.***

La disciplina sostanziale e processuale che regola la condizione giuridica dello straniero offre numerosi ed interessanti spunti di riflessione per rileggere, in una prospettiva multilivello, il rapporto tra amministrazione e individuo in termini di funzione sociale - diritti della persona, ovvero in termini di dovere della prima di «servire gli uomini i cui diritti esprimono l'essenza dello stato democratico».<sup>1</sup>

---

\* Professoressa associata di Diritto amministrativo presso Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

<sup>1</sup> U. Allegretti, *Amministrazione e costituzione*, Padova, 1996, p. 11. Circa l'art. 2 cost. come clausola aperta v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985, p. 3. La l. n. 191/1998, integrando la l. n. 59/1997, ha espressamente correlato allo sviluppo economico al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo «imponendone la considerazione e la valutazione, in funzione della loro soddisfazione, alla nuova amministrazione funzionalizzata allo sviluppo economico e per ciò stessa obbligata ad organizzarsi e ad agire secondo criteri ispirati a semplificazione, velocità, economicità, efficacia, sussidiarietà, flessibilità ecc.». L. IANNOTTA, *Legalità e amministrazione di risultato*, cit., p. 743 e ss. Si è altresì osservato, L. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2017, 99 ss., che l'amministrazione

Il tema dei rapporti Stato-individuo, autorità-libertà, è stato approfondito in dottrina secondo diversi approcci, accomunati dall'idea di fondo che lo status di cittadino, oggi, non può costituire più una "giustificazione" ad un uso discriminatorio del potere pubblico, soprattutto quando si tratta di imporre dei limiti alle libertà costituzionalmente garantite.

Si ritiene, infatti, che gli stranieri, quando instaurano con il territorio un legame da cui l'ordinamento fa discendere il riconoscimento di un nucleo minimo di garanzie, diventano titolari di posizioni giuridiche soggettive, che sono molto simili a quelle che maturano in virtù dei rapporti di «cittadinanza *pleno iure* fino ad attingere alla stessa dimensione politica»<sup>2</sup>.

Si fa strada, dunque, nel pensiero giuridico moderno il riconoscimento del valore sostanziale della cittadinanza, che, diversamente dallo *status*, si fonda su un legame effettivo che lo straniero instaura con il territorio<sup>3</sup>. Un legame da cui scaturiscono rapporti che gradualmente assumono rilevanza giuridica, in considerazione dei bisogni personali che essi realizzano, e che trovano tutela nelle garanzie costituzionali accordate alla persona, in tutte le sue manifestazioni.

Questa implicazione tra territorio e cittadinanza viene, inoltre, messa in rilievo con riferimento alla nozione di cittadinanza europea, quale naturale sviluppo della libertà di circolazione e di soggiorno riconosciuta ai cittadini di un Stato membro<sup>4</sup>.

Il processo di integrazione europea, infatti, ha eroso notevolmente la sovranità statale in ordine alla regolazione dell'ingresso nei propri confini territoriali, nella misura in cui, elevando la libertà di circolazione dei soggetti appartenenti ad uno

---

esercita funzioni e non poteri, e il confronto tra gli interessi non avviene perché essa li pondera alla luce di quello pubblico: quest'ultimo costituisce, invece, il risultato del confronto democratico che dà luogo alla decisione. L'a. propone «un ripensamento radicale della teoria della sovranità ed, attraverso questa, dell'amministrazione, del suo potere, dell'interesse pubblico e delle libertà». V., inoltre, M. WALZER, *Sfere di giustizia*, cit., 68

<sup>2</sup> M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, p. 127 ss

<sup>3</sup> M. CUNIBERTI, *La cittadinanza cit.*; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2007; M. Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

<sup>4</sup> M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Giur.*, 1995, p. 3, secondo cui «l'obiettivo fondamentale delle norme sulla cittadinanza dell'Unione sembra essere quello di equiparare gli stranieri-comunitari residenti ai cittadini dello Stato ospitante, in ordine al godimento di alcuni diritti».

dei paesi dell'Unione a diritto fondamentale, impone agli Stati membri di rinunciare al rapporto di esclusività che intercorre tra cittadini e territorio<sup>5</sup>.

Sotto altro profilo, va, altresì, rilevato che la cittadinanza come condizione giuridica si è notevolmente indebolita anche con riferimento ai diritti politici, come dimostra l'accesso ai pubblici uffici che può essere riservato in via esclusiva ai cittadini solo con riferimento a posizioni che implicano l'esercizio di poteri pubblici o la tutela di interessi generali dello Stato, rilevando in tali ipotesi il rapporto di solidarietà e lealtà alla base del vincolo di cittadinanza (C. giust., C- 149/79, *Commissione c. Belgio*, 17 novembre 1980).

Tutto ciò porta, allora, a riconoscere all'immigrato che si è stabilito sul territorio nazionale la titolarità di posizioni soggettive meritevoli di tutela, in virtù della rilevanza dei vincoli affettivi, sociale ed economici che ha costituito durante la sua permanenza.

Pertanto, in questi casi, la sovranità dello stato deve misurarsi con quelle libertà connaturate alla personalità complessiva dell'individuo, che discendono dal rapporto che questi ha instaurato con il territorio in cui risiede, e che prescindono dallo status di cittadino.

Tuttavia ciò non significa negare che la cittadinanza possa rilevare come presupposto per l'esercizio di talune libertà, come ad esempio quella di circolazione ex art. 16 cost., legittimando l'adozione di provvedimenti restrittivi nei confronti di un non cittadino, volti a garantire l'effettività del potere statale di controllare l'ingresso nei propri confini. Né tale circostanza può ritenersi discriminatoria, poiché l'assenza del requisito di cittadinanza costituisce uno dei presupposti, che a norma dell'art. 16 cost. condiziona la decisione delle autorità pubbliche sull'allontanamento o meno dello straniero.

Viceversa, ciò che non può essere giustificata è, invece, la discriminazione che opera sul piano dell'applicazione delle misure restrittive, subordinando lo straniero ad un trattamento diverso da quello che in situazioni analoghe sarebbe

---

<sup>5</sup> M. SAVINO, *cit.*

applicato al cittadino, e cioè privo delle garanzie poste a presidio della libertà su cui incide il potere limitativo.

## ***2. Potere amministrativo e libertà di soggiorno tra esigenze di ordine pubblico e tutela dei diritti fondamentali della persona straniera***

L'ipotesi che il legame costituito dallo straniero nel contesto sociale, affettivo ed economico di riferimento possa costituire «l'ossatura di una vera e propria seconda cittadinanza (...) che si radica non già su uno *status* attribuito dal legislatore ma nelle esigenze della concreta applicazione delle libertà costituzionali»<sup>6</sup>, è supportata dal particolare regime giuridico che l'ordinamento stabilisce a favore dello straniero, quando vengono in rilievo determinati rapporti giuridici

Ed invero, il TUI prevede per alcune situazioni soggettive una particolare tutela che ricorre nelle ipotesi di istanza di ricongiungimento familiare, di tutela del minore straniero, di protezione umanitaria e internazionale, di tutela della salute.

In presenza di tali circostanze, infatti, la tutela dell'immigrato si realizza nella previsione di un obbligo per l'autorità competente di accertare caso per caso, e di tener conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo paese di origine (art. 5, c. 5. ,TUI). Se, poi, ricorrono seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali il questore non può rifiutare il rilascio del permesso di soggiorno (art. 5, c. 5 *bis*). A queste ipotesi si aggiungono le ulteriori eccezioni disposte per la protezione sociale dello straniero, che ricorrono quando siano accertate situazioni di violenza e grave sfruttamento (art. 18), anche in ambito domestico (art. 18 *bis*). Ulteriori garanzie sono, inoltre, disposte nei confronti dei soggetti "vulnerabili". Si tratta, in particolare degli stranieri minori, i quali non possono essere espulsi, a meno che non ricorrano particolari ragioni di ordine pubblico e sicurezza che giustifichino l'adozione di un'espulsione ministeriale; dei minori non accompagnati, per i quali il divieto di espulsione è assoluto (art. 19, c. 1 *bis*); dei

---

<sup>6</sup> M CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 843. Sul valore sostanziale della cittadinanza inteso come «forma di riconoscimento dei diritti umani» v. G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, p. 11 ss.

soggetti esposti al rischio di persecuzione nello stato di origine (art. 19, c. 1.); dei disabili, degli anziani, e dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori, e degli stranieri vittime di violenza (art. 19, c. 2, TUI).

Dalle disposizioni appena evocate è possibile trarre l'indicazione che laddove lo straniero consolidi determinati legami nel contesto sociale ed affettivo di riferimento, da cui l'ordinamento fa discendere il riconoscimento di un nucleo minimo di garanzie, si costituiscono a favore di tale soggetto posizioni giuridiche soggettive riconducibili a quelle che maturano in virtù di rapporti di «cittadinanza *pleno iure* fino ad attingere alla stessa dimensione politica»<sup>7</sup>.

Nell'ambito dei legami che ricevono particolare tutela, anche in ambito internazionale, riveste sicuro rilievo il diritto all'unità familiare, inteso in funzione della tutela del superiore interesse del minore straniero.

Sia in ambito internazionale che europeo, infatti, il diritto minorile sta evolvendo verso una rinnovata attenzione legislativa ai concreti bisogni della persona minore di età, fondata sulla considerazione che il suo "superiore interesse" non solo costituisce un criterio performante delle relazioni familiari, ma è, altresì, un elemento di valutazione delle decisioni che concernono la sua personalità, in tutte le sue componenti, affettive, fisiche, psicologiche<sup>8</sup>.

In particolare, l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricata "Diritti del bambino", dopo aver sancito il diritto del minore alla

---

<sup>7</sup> M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 817 ss.

<sup>8</sup> La convenzione relativa ai diritti del fanciullo riconosce il principio del rispetto della vita familiare. Essa è fondata sul riconoscimento, espresso nel suo sesto 'considerando', che il minore deve poter crescere, ai fini di un armonioso sviluppo della propria personalità, nell'ambiente familiare. L'art. 9, n. 1, della detta convenzione prevede, in tal senso, che gli Stati contraenti provvedano affinché il minore non venga separato dai genitori contro la loro volontà; da tale obbligo discende, ai termini del successivo art. 10, n. 1, che qualsiasi richiesta effettuata da un minore o dai genitori al fine di fare ingresso in uno Stato contraente o di lasciare il medesimo ai fini del ricongiungimento familiare dev'essere considerata dagli Stati contraenti, in uno spirito positivo, con umanità e diligenza. Parimenti, l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, riconosce il diritto al rispetto della vita privata o familiare. Tale disposizione dev'essere letta in correlazione con l'obbligo di prendere in considerazione il superiore interesse del minore, sancito dall'art. 24, n. 2, della Carta medesima, tenendo conto parimenti della necessità per il minore di intrattenere regolarmente rapporti personali con i due genitori (necessità affermata dal medesimo art. 24, n. 3). In tal senso C. Giustizia, 27 giugno 2007, C-540/03, in *www.curia.europa.eu*.

protezione e alle cure necessarie per il suo benessere, impone alle autorità pubbliche e private di *considerare preminente in tutti gli atti relativi ai bambini, il suo superiore interesse*.<sup>9</sup>

E' evidente, dunque, che la concreta ed effettiva realizzazione dei diritti fondamentali del minore straniero impone di inquadrare il suo superiore interesse non solo, nella pur condivisibile prospettiva della tutela di un soggetto in formazione, ma anche e soprattutto, nell'ottica del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, e, quindi, del diritto a conservare i suoi ambiti familiari di riferimento, anche quando ricorrono le condizioni normative che prescrivono l'allontanamento o l'espulsione dei genitori o dei soggetti affidatari.

In questo contesto, in cui emerge una particolare attenzione normativa per l'inasprimento delle misure di contrasto all'ingresso e alla permanenza dei migranti non autorizzati<sup>10</sup>, la Corte EDU, muovendo da una interpretazione

---

<sup>9</sup> In questa direzione, poi, un ulteriore passo in avanti verso la concreta realizzazione dei bisogni dei minori si registra in alcune significative iniziative assunte a livello europeo, volte ad introdurre negli Stati membri gli strumenti necessari per assicurare una tutela effettiva, che in ambito processuale si traduce nell'obbligo di prevedere rimedi accessibili, rapidi e flessibili ma soprattutto adeguati ai bisogni che esprimono le persone minori di età. Ci si riferisce, in particolare, alle *Linee guida del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore* e alla *Agenda europea per i diritti dei minori*, che pongono al centro dell'attenzione normativa la rilevanza dell'efficienza dei rimedi processuali come condizione essenziale a garantire «il rispetto e l'attuazione effettiva dei diritti dei minori al più alto livello possibile». Cfr. Commissione 15 febbraio 2011 e Linee guida approvate dal Comitato dei Ministri il 17 ottobre 2010.

<sup>10</sup> In particolare, la legge 94/2009 c. d. "Pacchetto sicurezza" ha introdotto il reato di clandestinità e ha incluso nell'elenco delle circostanze aggravanti comuni l'aver commesso il reato in situazione di soggiorno irregolare (art. 61, n. 11 *bis*, cod. pen.). Tale ultima disposizione è stata dichiarata incostituzionale dalla C. Cost., sentt. n. 249/2010 e n. 250/2010, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che ha chiarito che «la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata – per quanto riguarda la tutela dei diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato».

Sul carattere universale della libertà personale quale diritto inviolabile che spetta ai singoli in quanto "esseri umani" v. C. Celone, *La "detenzione amministrativa" degli stranieri nell'ordinamento italiano e dell'Unione Europea ed il diritto fondamentale di ogni persona alla libertà ed alla tutela giurisdizionale*, in M. Immordino - C. Celone (a cura di), *Diritto degli immigrati e diritto dell'immigrazione*, in *Nuove autonomie*, 2/2013, 299 ss.

dinamica del diritto sancito dall'art. 8 CEDU a tutela della vita privata e familiare<sup>11</sup>, ha svolto un ruolo determinante a salvaguardia delle garanzie riconosciute ai minori di età.

Infatti, la Corte di Strasburgo in più occasioni ha dichiarato incompatibili con la Convenzione quelle misure di espulsione e di diniego di permesso di soggiorno previsti da alcuni Stati membri lesive dell'interesse dei figli di minore età a preservare legami significativi e funzionali al proprio sviluppo.

In particolare i giudici di Strasburgo ritengono che «la tutela del prevalente interesse del minore costituisce un criterio fondamentale nella valutazione delle legislazioni e delle decisioni degli Stati in materia di immigrazione, potendo comportare ulteriori limiti alla loro discrezionalità»<sup>12</sup>.

Ed in questa prospettiva, ad esempio, si ritiene che il diritto al rispetto della vita privata e familiare prevalga sulle norme in materia di immigrazione, anche nell'ambito di una relazione omosessuale<sup>13</sup>.

Per la Corte EDU, dunque, l'interesse superiore del minore si realizza, innanzitutto, attraverso il suo diritto ad intrattenere con i genitori una relazione affettiva reciproca, avente carattere stabile e duraturo. Sicchè, il profilo "relazionale" del rapporto che la persona straniera intrattiene con la comunità sociale e affettiva di riferimento porta al riconoscimento del diritto all'unità familiare come prerogativa che spetta al figlio, ma anche a ciascuno dei genitori<sup>14</sup>, nonché al genitore "affettivo" o "sociale", alludendo, come suggerisce parte della dottrina<sup>15</sup>, a qualunque soggetto con cui il minore intrattenga una relazione

---

<sup>11</sup> Il diritto alla tutela della privata e della vita familiare è sancito anche dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che recita «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni».

<sup>12</sup> C. EDU, 18 ottobre 2006 (ric. n. 46410/99), in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); orientamento confermato anche nel caso Hamidovic c. Italia, 4 dicembre 2012, (ricorso n. 31956/05) in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), in cui la Corte ha rilevato che «le decisioni degli Stati in materia di immigrazione possono, in alcuni casi, costituire un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare protetto dall'art. 8 della Convenzione, soprattutto quando gli interessati possiedono legami personali e familiari sufficientemente forti che rischiano di essere gravemente lesi nel caso in cui venga applicata una misura di allontanamento».

<sup>13</sup> C. EDU, Pajic c. Croazia, 23 febbraio 2016, (ric. n. 68453/13), in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>14</sup> Cfr. sentenze Uner c. Paesi Bassi e Hamidovic c. Italia *cit.*

<sup>15</sup> G. Recinto, *Le genitorialità, cit.*

affettiva stabile e continuativa, in funzione, per l'appunto, dei concreti interessi del singolo minore coinvolto.

In quest'ordine di idee, l'esigenza di assicurare al minore la permanenza nella sua famiglia di origine, ha spinto la Corte Edu a considerare "irrilevante" il fatto che il genitore convivente risiedesse illegalmente nel paese ospitante, non potendo il "benessere economico del Paese" (criterio utilizzato nel caso di specie) essere considerato prevalente sui diritti derivanti dall'art. 8 CEDU, a causa del pregiudizio che sarebbe derivato al minore in seguito alla separazione della madre. In definitiva, per la Corte Europea la vulnerabilità del minore costituisce un valore prevalente rispetto alla condizione di straniero in posizione irregolare, che impone allo Stato "ospitante" l'obbligo di prendersi cura del bambino e di adottare tutte le misure idonee a garantire quanto disposto dall'art. 3 (che vieta trattamenti disumani e degradanti) e dall'art. 8 della Convenzione<sup>16</sup>.

Dunque, come si è visto, l'orientamento della Corte EDU è chiaramente proteso a salvaguardare le garanzie del minore di età avverso i possibili ed irrimediabili pregiudizi che deriverebbero dall'applicazione, spesso soggetta a pericolosi automatismi, delle misure di contrasto alla irregolarità di soggiorno adottate nei confronti dei genitori o dei soggetti affidatari. L'indirizzo dei giudici di Strasburgo, in tale specifico ambito applicativo del diritto all'unità familiare, perciò, è destinato ad incidere profondamente sulla supremazia degli Stati membri in ordine alla regolamentazione dei propri confini, laddove esprime in modo inequivocabile che le esigenze di controllo del territorio non possono apoditticamente, e senza una valutazione delle circostanze rilevanti nel singolo caso concreto, privare i minori dei loro contesti di riferimento e di sviluppo della loro personalità. E ciò sia nelle ipotesi in cui la valutazione abbia ad oggetto la posizione dei genitori, sia nei casi in cui i minori siano coinvolti direttamente.

### ***3. Segue: i provvedimenti restrittivi della libertà di soggiorno per motivi di ordine pubblico e sicurezza.***

---

<sup>16</sup> C. EDU, 12 ottobre 2006, (ric. n. 13178/03) in *eur-lex.europa.eu*..

L'applicazione da parte della Corte Edu delle garanzie che operano a tutela del superiore interesse del minore induce a riflettere sulla compatibilità dell'assetto normativo delineato dal TUI con il particolare livello di protezione previsto in ambito internazionale per determinate situazioni soggettive, che, come si è visto, impone una valutazione del caso concreto ed un bilanciamento effettivo di tutti gli interessi coinvolti.

Infatti, nonostante il TUI abbia previsto un regime di *favor* per le istanze di soggiorno funzionali al soddisfacimento di tali specifiche posizioni, la disciplina sui flussi migratori appare particolarmente rigorosa nel circoscrivere le condizioni che consentono allo straniero, una volta entrato, di proseguire il soggiorno sul territorio nazionale. Inoltre, la normativa in esame sembra essere articolata in modo tale da precludere all'amministrazione di valutare la situazione del caso concreto e di bilanciare, quindi, l'interesse pubblico primario con l'interesse del soggetto interessato a non essere allontanato dal contesto territoriale in cui si è stabilmente inserito.

Ed invero, da un lato, viene in rilievo il problema della indeterminatezza delle clausole di ordine pubblico e sicurezza poste a fondamento dei provvedimenti sfavorevoli (quali la revoca, il diniego di permesso, o il rifiuto di rinnovo e l'espulsione), che conferiscono al potere amministrativo un margine di apprezzamento eccessivamente ampio e difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale. Dall'altro lato, invece, la legge contiene alcune disposizioni in base alle quali l'espulsione, dinanzi a determinati presupposti, si configura come scelta obbligata. In tali ipotesi, quindi, sembrerebbe essere preclusa all'amministrazione la possibilità di valutare, e quindi, di decidere caso per caso, in base alla specifica situazione dello straniero.

Quanto al primo profilo, va rilevato come sia i poteri autorizzatori (relativi all'ingresso e al permesso di soggiorno) sia i poteri ablatori (espulsione e respingimento) impongono alla p.a. di accertare il rischio che l'ingresso o la

permanenza dell'immigrato non costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza<sup>17</sup>.

Tuttavia, la disciplina in materia, a differenza di quella che regola l'ingresso e il soggiorno dei cittadini euro-unitari, di cui al d.lgs. 30/2007, non specifica le condizioni in presenza delle quali il rischio di una possibile aggressione a tali interessi giustifichi l'adozione di un provvedimento sfavorevole, lasciando alle autorità nazionali ampio margine di apprezzamento<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. artt. 4 e 5 del TUI, sulle norme che regolano le condizioni di ingresso e di soggiorno, e art. 13, TUI, sui presupposti per l'espulsione. In particolare in base all'art. 4, c. 3 TUI, «non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale 10. Lo straniero per il quale è richiesto il ricongiungimento familiare, ai sensi dell'articolo 29, non è ammesso in Italia quando rappresenti una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone».

Sulla possibilità di aggirare i criteri di valutazione della pericolosità sociale relativi sia ai motivi di ordine pubblico e sicurezza, sia alla condanna penale per i reati indicati dalle norme in materia di autorizzazione ed espulsione dello straniero, v. M. SAVINO, *op. cit.*, 281-283. L'autore, invero, rileva acutamente come attraverso una serie di sotterfugi «il legislatore riesca ad definire ex ante la sorte dello straniero che abbia violato la norma penale, senza che sia mai possibile accertarne in concreto la pericolosità sociale». Anche in questo caso, secondo l'a., l'espulsione vincolata (quella cioè fondata sulla revoca del permesso di soggiorno) precluderebbe al prefetto di valutare la situazione specifica dello straniero anche nell'ipotesi di pericolosità sociale derivante da condanne penali.

<sup>18</sup> In base all'art. 20, d.lgs. n. 30/2007, i motivi di ordine pubblico e sicurezza che ostano all'ingresso e alla permanenza dello straniero euro-unitario sul territorio nazionale ricorrono quando la persona appartiene ad una delle categorie previste dall'art. 8 della l. 152/1975, e succ. mod., o quando vi siano fondati motivi per ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali. A tal fine si tiene conto anche di eventuali condanne pronunciate da un giudice italiano per uno o più delitti riconducibili a quelli indicati nel libro secondo, titolo primo del codice penale. Il comma 3, della medesima norma, inoltre, specifica che i motivi imperativi di pubblica sicurezza sussistono quando la persona da allontanare abbia tenuto comportamenti che costituiscono una minaccia effettiva e concreta sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona o all'incolumità pubblica. Ai fini dell'adozione del provvedimento, si tiene conto anche di eventuali condanne

In questa ipotesi, dunque, il timore di una arbitraria ingerenza dell'intervento autoritativo sulla libertà dello straniero si annida nell'ampiezza della discrezionalità amministrativa in merito alla individuazione delle situazioni di ordine pubblico e sicurezza. Con la inevitabile conseguenza che lo straniero sarebbe ingiustamente privato della possibilità di acquisire un titolo essenziale all'esercizio di diritti fondamentali.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di espulsione ministeriale, che ai sensi dell'art. 13, c. 1, TUI, può essere disposta per motivi di ordine pubblico e sicurezza<sup>19</sup>. In questi casi, secondo l'indirizzo accolto dal Consiglio di Stato, a cui ha successivamente aderito la giurisprudenza di primo grado, «alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà»<sup>20</sup>. In base a tale orientamento, quindi, «l'altissima discrezionalità» di cui gode il Ministero dell'Interno implica che il giudice possa svolgere un sindacato circoscritto solo «a eventuali profili di irragionevolezza e alla correttezza dell'iter logico seguito dall'amministrazione»<sup>21</sup>.

La genericità della clausola di ordine pubblico e sicurezza incide anche sull'ampiezza del potere del questore di revoca o di rinnovo del permesso di soggiorno, e di conseguenza, per effetto di tale provvedimento, sul potere di

---

per determinati reati. Inoltre, il comma 4, dell'art. 20, in esame, prevede che i provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità e non possono essere motivati da ragioni estranee ai comportamenti dell'interessato. Tale disposizione precisa anche che l'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l'adozione di tali provvedimenti.

Infine, secondo la previsione in esame la decisione che incide sulla libertà di soggiorno deve sempre tener conto della durata del soggiorno, dell'età dell'interessato, del suo stato di salute, della sua integrazione sociale e culturale nel territorio nazionale e dell'importanza dei suoi legami con il Paese di origine.

<sup>19</sup> Cfr. C. Stato, 16 gennaio 2006, n. 88 sulla sindacabilità dell'atto ministeriale, inteso come atto di alta amministrazione, sui cui v., in senso critico, A. DEFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel "dialogo" tra Corte costituzionale e giudice amministrativo*, in (a cura di) M. CARDUCCI, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, pp. 112-113; M. SAVINO, *op. cit.*

<sup>20</sup> C. Stato, sent. n. 88/2006

<sup>21</sup> Tar Lazio, sez. I, sent. 5070/2006. In tal senso v. anche Tar Lazio, sez. I, 155/2009. Sul rapporto tra espulsione ex art. 13, c. 1 e le norme processuali previste dalla disciplina sulla prevenzione del terrorismo v. A. DEFENU, *cit.*, 135.

espulsione del prefetto. In tal caso, infatti, non essendo indicati i parametri di applicazione dei provvedimenti in esame, è sufficiente per il questore invocare la sussistenza di tale presupposto per adottare un provvedimento sfavorevole alla prosecuzione del soggiorno, predeterminando, così, un'ipotesi in cui l'espulsione costituisce un provvedimento vincolato (cfr. art. 13, c.2 lett. b).

#### ***4. Segue: le ipotesi di "automatismo espulsivo"***

Ulteriori profili di criticità emergono anche con riferimento alle ipotesi in cui l'allontanamento dello straniero venga configurato come conseguenza automatica del verificarsi di determinate condizioni, secondo un meccanismo che mira a precludere all'amministrazione la possibilità di valutare il caso concreto, e di tener conto della situazione specifica dello straniero.

L'art. 13, c. 2, TUI, prevede tre situazioni in cui lo straniero può essere allontanato, e cioè, quando: a) è entrato clandestinamente e non è stato respinto; b) si è trattenuto sul territorio italiano senza valido titolo di soggiorno, o quando questo è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero soggiorna in violazione dell'art. 1, comma 3, l. 68/2007; c) appartiene ad una delle categorie sottoposte a misure di sicurezza preventiva, ai sensi degli artt. 1,4,16, del dlgs.159/2011, in quanto dedito abitualmente a traffici delittuosi o appartenente ad associazioni criminali o terroristiche.

In base a tale norma, poi, il decreto di allontanamento deve essere adottato "caso per caso", alludendosi, quindi, alla necessità di valutare la situazione specifica del soggetto, onde verificare se sussistono posizioni giuridiche meritevoli di tutela, rispetto alle quali bilanciare l'esigenza di pubblico interesse imposta dalla norma.

Senonché, parte della dottrina in proposito ha evidenziato che quando il presupposto dell'espulsione è costituito dal venir meno del permesso di soggiorno, (art. 13, c. 2., lett. b), l'amministrazione non avrebbe alcun margine di apprezzamento in ordine alla situazione soggettiva dello straniero<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione, cit.*, 7.

In particolare, le critiche espresse fanno riferimento a quelle disposizioni che fondano l'adozione dei provvedimenti sfavorevoli alla permanenza dello straniero sul venir meno dei requisiti di ingresso, tra cui rientrano, quali condizioni automaticamente ostative, la condanna per uno dei reati indicati dall'art. 4, c. 3, TUI.

In queste ipotesi, la revoca sarebbe giustificata da una previsione normativa, che implica un accertamento *ex lege* della presunta pericolosità dello straniero e, pertanto, in siffatti casi, come rileva una parte della giurisprudenza, «non residua alcuna sfera di discrezionalità in capo all'Amministrazione, che è obbligata a dare immediata applicazione al disposto normativo»<sup>23</sup>. In altri termini, la previsione di cause ostative al rilascio, o alla conservazione del titolo di soggiorno, implicherebbe una valutazione *ex lege* della pericolosità sociale della persona straniera, che viene, quindi, "acquisita" con il provvedimento di revoca, precludendo eventuali accertamenti aggiuntivi da parte del prefetto, ai fini dell'ordinanza di espulsione<sup>24</sup>.

La situazione appena descritta si potrebbe configurare, quindi, in una situazione di contrasto con quei parametri di proporzionalità, che, invece, sono previsti per i cittadini italiani - e, come vedremo di qui a poco, per quelli eurounitari - dalla disciplina sulle misure preventive personali nei riguardi di soggetti sospettati di minacciare l'ordine pubblico e la sicurezza<sup>25</sup>. Tale disciplina, infatti, impone, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, un «accertamento oggettivo e non meramente soggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni»<sup>26</sup>, nonché la valutazione «dell'attualità della pericolosità, e la necessità di un esame globale della personalità del soggetto, quale risulta da tutte le manifestazioni sociali della sua vita».

---

<sup>23</sup> Cons. St., sez. III, 1 agosto 2014, n. 4087

<sup>24</sup>In senso critico, v G. BASCHERINI, *Immigrazione cit.*; M. SAVINO, *La libertà degli altri*, cit., 268. Così anche S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione*, op. cit.

<sup>25</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 23/64, in cui si afferma che le misure di prevenzione non possono essere adottate sulla base di semplici sospetti, richiedendosi per la loro applicazione, una oggettiva valutazione dei fatti, della quale risulti una condotta abituale ed il tenore di vita della persona.

<sup>26</sup> Cfr. C.Cass. civ., sez. I, n. 13740/2003. Più recentemente, cfr. Sez. VI, n. 17585/2010 e sez. VI, n. 18482/2011.

Principi, questi, che sono stati recentemente ribaditi soprattutto con riguardo all'elemento dell'attualità del requisito di pericolosità, che, in uno schema di tutela preventiva, qual è quello che si delinea in virtù degli artt. 4, c. 3, 5. c. 2 e 13 del TUI, assume una «valenza essenziale anche in relazione alla possibilità di applicare le misure reali, in riferimento alle quali deve previamente individuarsi il periodo nel quale la pericolosità è collocabile al fine di verificare l'imputazione del tempo di acquisizione dei beni sottoponibili ad apprensione in tale periodo, per giustificare la loro diretta connessione con le manifestazioni di pericolosità richiamate»<sup>27</sup>.

Al riguardo, la Suprema Corte ha dato atto che il riconoscimento della natura afflittiva che caratterizza le misure di prevenzione, anche quando incidono sulla libertà di circolazione, piuttosto che sulla libertà personale, ha progressivamente avvicinato le tutele previste in fase di applicazione delle misure di prevenzione all'applicazione di misure cautelari o di sanzioni penali.

Tutto ciò potrebbe, allora, configurare un trattamento discriminatorio per gli immigrati extracomunitari, che si sono stabiliti sul territorio nazionale, dal momento che quando la revoca è disposta in virtù della sopravvenuta condanna per uno dei reati indicati dall'art. 4, c. 3 TUI, il provvedimento non viene inquadrato nell'ambito di una misura preventiva, come quella che si configura, invece, ex art. 13, c. 2, lett. c), TUI. In questi casi, infatti, la revoca costituirebbe un effetto obbligatorio della sopravvenuta carenza dei requisiti di ingresso e di soggiorno. Con la conseguenza che anche se il provvedimento costituisce un presupposto dell'espulsione, (secondo l'ipotesi di cui all'art. 13, c. 2, lett. b), il

---

<sup>27</sup> C. Cass., S.U., sent. n. 111/2018. La pronuncia in questione trae fondamento dall'indirizzo ormai consolidato della Cassazione, secondo la quale «le misure intese a limitare la libertà dei soggetti ritenuti pericolosi al fine di renderne più agevole il controllo da parte delle autorità di pubblica sicurezza, sono state sottoposte ad un processo di costituzionalizzazione (...) interessando un bene di primaria valenza costituzionale come la libertà personale, presidiato dall'art. 13 cost.; e, quindi, ad un processo di "giurisdizionalizzazione" allo scopo di assicurare, per quanto possibile, - stante la peculiarità del procedimento di prevenzione rispetto a quello di cognizione - la tutela delle garanzie difensive, al fine del contemperamento, pur esso ineludibile, con i parametri convenzionali». Così, C. Cass., S.U., 4880/2014.

questore sarebbe esonerato dall'obbligo di applicazione delle garanzie oggettive che l'ordinamento ha, invece, stabilito per le misure preventive personali<sup>28</sup>.

Il differente "inquadramento" della misura di allontanamento si riflette, inoltre, anche sulla tutela processuale. Infatti, mentre per la Cassazione, a cui spetta la giurisdizione sull'espulsione prefettizia, l'ordinanza di allontanamento, *ex art. 13, c. 2, lett. c)*, TUI, configurando una misura preventiva, è subordinata all'accertamento dell'attualità e della concretezza del pericolo,<sup>29</sup> per i giudici amministrativi, a cui spetta la giurisdizione sui provvedimenti autorizzatori, l'ordinanza sfavorevole al rilascio o alla conservazione del premesso di soggiorno, non sarebbe soggetta al medesimo obbligo di valutazione e bilanciamento. Infatti, in tale ipotesi, il provvedimento del questore sarebbe una scelta obbligata per il venir meno dei requisiti di ingresso.<sup>30</sup>

Pertanto, qualora l'espulsione fosse fondata sul presupposto di un provvedimento del questore di revoca del permesso di soggiorno, il giudice ordinario, non potrebbe svolgere l'accertamento secondo le modalità indicate dalla Suprema Cort,

---

<sup>28</sup> In argomento, v. M. SAVINO, *op. cit.*, 243 a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici ivi citati.

<sup>29</sup> La Suprema Corte ritiene, infatti, che «in caso di ricorso avverso il decreto prefettizio con il quale sia stata disposta l'espulsione amministrativa dello straniero, ai sensi dell'art. 13, c. 2, lett. c, d.lgs. 286/98, il controllo giurisdizionale deve avere ad oggetto il riscontro della sussistenza dei presupposti dell'appetenza dello straniero ad una delle categorie di persone pericolose indicate nell'art. 1, l. 1423/1956, come sostituito dall'art. 2, l. n. 327/1988, ai fini del soddisfacimento della tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica, da un lato, e del rispetto dei diritti soggettivi delle persone coinvolte nella misura, dall'altro. Inoltre, quanto alla natura del sindacato, la Cassazione ha affermato che il controllo giurisdizionale «deve essere compiuto *ab extrinseco*, e cioè scrutinando la completezza, la logicità e la non contraddittorietà delle valutazioni operate dall'amministrazione». Così, Cass. civ., sez. I, n. 11321/2004.

<sup>30</sup> In senso contrario, v., C. Stato, sez. VI, sent. n. 934/2016, che conferma la sentenza di I grado con cui era stata annullata la revoca del permesso di soggiorno, disposta dal questore ai sensi dell'art. 26, c. 7 *bis*, (che prevede la revoca del permesso a seguito di condanna per reati relativi alla violazione dei diritti di autore), evidenziando che l'amministrazione aveva fatto discendere tale provvedimento quale effetto automatico dell'esistenza della condanna penale, senza aver svolto alcun accertamento costitutivo. Infatti, osserva il Collegio, che se «il legislatore avesse voluto accedere all'effetto diretto ed automatico invocato dal Ministero sarebbe ricorso a una diversa formulazione della norma, utilizzando l'istituto della "decadenza" e prevedendo espressamente un effetto caducante "automatico"». Considerando, poi, che «la revoca è atto costitutivo, o al più, in mancanza di margini di discrezionalità in capo all'autorità amministrativa come nella specie, atto di accertamento costitutivo (sia pur dovuto e vincolato), risulta indubitabile che la perdita di efficacia del precedente permesso di soggiorno necessitava comunque di una determinazione espressa dell'autorità amministrativa al riguardo».

ma dovrebbe limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti ex art. 13 c. 2 lett. b), TUI.

In queste fattispecie, inoltre, la posizione soggettiva dell'immigrato sarebbe ulteriormente compromessa dal carattere vincolato del potere di revoca<sup>31</sup> attribuito all'amministrazione a fronte degli automatismi previsti dall'art. 4, c. 3 TUI, che priverebbe l'interessato delle garanzie procedurali, di cui al l. 241/90, atteso che la giurisprudenza applica l'art. 21 *octies*, c. 2., l. 241/90 tutte le volte in cui il provvedimento non avrebbe potuto avere esito diverso da quello contestato.

***5. L'applicazione del principio di proporzionalità nell'esercizio dei poteri limitativi dei diritti degli stranieri: l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.***

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte sembra potersi ritenere che le norme previste dal TUI a favore di determinate situazioni soggettive, quali l'unità familiare, la salute, il superiore interesse del minore, non appaiono sufficienti ad assicurare un'effettiva attuazione delle garanzie costituzionali ed internazionali dettate a favore di determinati diritti, la cui realizzazione presuppone la permanenza sul territorio dello stato ospitante.

Come si è visto, infatti, il quadro normativo delineato dal TUI appare proteso a limitare la presenza degli immigrati sul territorio nazionale, anche attraverso la leva dall'espulsione.

---

<sup>31</sup> Per un approfondita analisi sul potere di revoca del provvedimento amministrativo in relazione ai profili dell'affidamento v. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; ID., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2014; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 215 ss., pp. 217 ss. In generale sulla natura giuridica del potere di riesame v. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991. Sull'autotutela in relazione del principio di legalità v. B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Relazione al 53° convegno di studi amministrativi su "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia"*, Varenna, 20-22 settembre 2007, [astrid-online.it](http://astrid-online.it). Sul potere di riesame dopo la legge 'Madia' v. A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge Madia*, in (a cura di) S. Tuccillo, *Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015*, Napoli, 2016, 27 ss.; F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità* (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015.

A ciò si aggiunga che la disciplina sulle misure di allontanamento dello straniero extracomunitario appare, per diversi profili, discriminatoria, se confrontata con quella applicabile ai cittadini eurolunitari. In particolare, in base al d.lgs. 30/2007, come succ. mod. e integr. dal d.lgs. 31/2008, l'allontanamento dello straniero cittadino di un paese membro dell'Unione può essere disposto solo in presenza di motivi particolarmente gravi relativi alla sicurezza dello Stato, alla pubblica sicurezza o ad altri motivi di ordine pubblico.

Inoltre, l'art. 30, del d.lgs. 30/2007 specifica che i suddetti motivi ricorrono quando la persona da allontanare potrebbe agevolare l'organizzazione di attività criminali o terroristiche; oppure quando abbia tenuto comportamenti che costituiscono una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica. Limitatamente a questi ultimi casi, poi, e solo se ricorrono tali comportamenti, ai fini dell'adozione del provvedimento restrittivo si tiene conto *anche* della presenza di eventuali condanne relative ai delitti, non colposi, consumati o tentati, contro la vita o l'incolumità della persona<sup>32</sup>. Quindi, diversamente dalle ipotesi di allontanamento previste dal TUI, la pericolosità dello straniero "eurolunitario" si salda a circostanze determinate ed oggettive, e non a presunzioni legali. Fermo restando che, in base all'art. 10 c.4, TUI, comunque, *"l'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l'adozione di tali provvedimenti"*<sup>33</sup>.

Diverse sono anche le norme procedurali che si applicano, in caso di espulsione, a favore dei cittadini eurolunitari. L'art. 31, direttiva 2004/58/CE prevede, infatti,

---

<sup>32</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. B. NASCIMBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in M. Carta (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Roma, 2010, 18-33.

<sup>33</sup> Ulteriori discriminazioni riguardano, poi, le procedure di espulsione. E' stato rilevato, al riguardo, da M. Savino, *La libertà degli altri*, cit., 204-206, che i poteri di polizia degli Stati in materia di libera circolazione dei cittadini europei sono delimitati da vincoli di tipo procedurale, che servono a garantire i limiti posti dalla nozione di ordine pubblico. Infatti, la direttiva 221/64/Cee, art. 6, stabiliva che «i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, sui quali si basa il provvedimento che lo concerne, sono portati a conoscenza dell'interessato, salvo il caso che vi si oppongono motivi inerenti alla sicurezza dello Stato». Tale principio è stato interpretato dalla Corte di Giustizia come obbligo di motivare in modo circostanziato e completo da consentire al destinatario di poter esplicitare una difesa effettiva. Cfr. C. Giust., C- 36/75; C. Giust., C- 115/81 e C-116/81, *Adoui e Cornaille*.

specifiche garanzie procedurali volte a garantire l'effettività della tutela, specificando che «i mezzi di impugnazione comprendono l'esame della legittimità del provvedimento nonché dei fatti e delle circostanze che ne giustificano l'adozione». La medesima disposizione, inoltre, specifica che il giudizio deve estendersi anche al profilo della proporzionalità della decisione contestata rispetto ad elementi, che fanno presumere un radicamento stabile del soggetto nella comunità territoriale ospitante<sup>34</sup>.

Alla luce di tali considerazioni si rende necessario, dunque, verificare se e in che modo è possibile conformare l'applicazione delle norme che disciplinano le condizioni di ingresso e di soggiorno ai canoni costituzionali ed internazionali vigenti in materia.

Al riguardo, utili indicazioni possono emergere innanzitutto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, la quale ha assunto un ruolo significativo per la tutela dei diritti fondamentali limitati dall'esercizio di poteri pubblici, come nel caso della tutela dei minori precedentemente evocato.

Infatti, la Corte Edu, attraverso l'applicazione sistematica delle garanzie disposte dagli artt. 6 e 13 Cedu, ha individuato, a tutela di determinati diritti (artt. 3, 4, 5, 8, CEDU), i parametri di legittimità degli interventi autoritativi restrittivi delle libertà fondamentali. Ed invero, per la Corte di Strasburgo l'amministrazione ha, in questi casi, l'obbligo di accertare il caso concreto, tenendo conto delle circostanze specifiche e della natura degli interessi coinvolti. Sì che, l'eventuale sacrificio di un diritto garantito dalla CEDU, imposto dall'esigenza di perseguire un interesse pubblico qualificato, come la sicurezza, l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, può ritenersi legittimo solo se "proporzionato" alla tutela

---

<sup>34</sup> Cfr. art. 31, par. 3, secondo cui i mezzi di impugnazione devono garantire che «che il provvedimento non sia sproporzionato, in particolare rispetto ai requisiti posti dall'articolo 28». L'art. 28, a sua volta, recita «Prima di adottare un provvedimento di allontanamento dal territorio per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, lo Stato membro ospitante tiene conto di elementi quali la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare e economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato membro ospitante e importanza dei suoi legami con il paese d'origine».

bene pubblico primario<sup>35</sup>. In altri termini, la Corte Europea, ritiene imprescindibile ai fini della legittimità dell'intervento pubblico, l'applicazione del principio di proporzionalità, inteso come metodo interpretativo ed applicativo delle norme che conferiscono alle autorità amministrative il potere di incidere sui diritti tutelati dalla Convenzione. Il che implica, quindi, l'obbligo di bilanciare l'interesse pubblico perseguito con quello individuale, su cui il provvedimento è destinato ad incidere negativamente<sup>36</sup>.

Sulla scorta dell'indirizzo espresso dalla Corte di Strasburgo emerge che la decisione sfavorevole alla permanenza della persona straniera sul territorio nazionale debba essere sempre fondata su un apprezzamento del caso concreto e su una valutazione e ponderazione degli interessi in gioco.

L'applicazione del principio di proporzionalità consente, quindi, di rileggere l'attuale assetto di interessi stabilito dal legislatore, muovendo dall'assunto che il potere amministrativo in materia di immigrazione non può prescindere da una effettiva ponderazione degli interessi in gioco. Ciò è imposto, infatti, non tanto dalla natura dell'attività in questione, quanto dalla rilevanza dei diritti che si confrontano con tale potere, poiché, come si è visto, in alcuni casi lo straniero gode di una protezione giuridica particolarmente resistente alle ragioni di pubblico interesse perseguite dall'amministrazione.

---

<sup>35</sup> Sul rapporto tra proporzionalità e CEDU si veda D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1999, 743 ss., la quale rileva che, nell'ambito della giurisprudenza CEDU, assume particolare rilevanza «l'elemento consistente nella natura degli interessi confliggenti in gioco, che vanno controbilanciati fra loro: è qui fa capolino proprio il principio di proporzionalità, inteso appunto quale strumento che consente di effettuare un bilanciamento, il più equo possibile, fra gli interessi confliggenti in gioco». Pertanto, osserva l'a., che «i criteri di riferimento adottati dalla giurisprudenza CEDU nell'applicare la dottrina del margine di apprezzamento, in estrema sintesi, sette risultano essere i punti di riferimento principali: – l'esistenza o meno di una base comune nell'ambito delle società democratiche; – la natura del diritto oggetto di protezione; – la natura del dovere incombente allo Stato membro (diritto positivo di azione, ovvero dovere di astensione); – la natura dell'obiettivo perseguito dallo Stato membro tramite la misura eventualmente contestata; – la natura dell'attività oggetto di regolamentazione; – la sussistenza o meno di particolari circostanze (situazioni di emergenza o di pericolo); – le previsioni espressamente contenute a tale riguardo nel testo della Convenzione».

<sup>36</sup> In tal senso, V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., 63

Ciò induce a ritenere, quindi, che, anche in assenza di una esplicita previsione, l'applicazione del principio di proporzionalità costituisce un obbligo giuridico che vincola l'amministrazione nell'applicazione delle norme che regolano le condizioni di ingresso e di soggiorno.

Il rilievo giuridico che la Corte europea riconosce alla proporzionalità, come canone interpretativo della norma attributiva del potere, trova, infatti, esplicito fondamento anche nel nostro ordinamento, ed, in particolare, nell'obbligo sancito dall'art. 1. l. 241/90, secondo cui l'attività amministrativa è retta dai principi comunitari.

In questo contesto, dunque, l'applicazione di tale principio si pone in termini obbligatori sia con riferimento all'attività discrezionale, sia con riferimento all'attività vincolata, ed in particolare alle ipotesi di automatismo espulsivo.

Il che significa, quindi, che in presenza di norme che non contengono puntuali indicazioni, come nel caso di clausole generali di ordine pubblico e di sicurezza, l'autorità amministrativa dovrebbe ricorrere ad interpretazioni estensive, utilizzando, quindi, i parametri previsti per fattispecie uguali a quelle oggetto del provvedimento che si intende adottare. Tali parametri potrebbero essere, ad esempio, quelli previsti dal d.lgs. 30/2007 per gli stranieri eurolunitari.

Viceversa, ove l'amministrazione agisse in base ad un apprezzamento soggettivo, si potrebbe configurare un vizio di legittimità, sindacabile sotto il profilo della violazione del principio di proporzionalità.

In altri termini, in assenza di previsioni normative che assicurino il rispetto del livello di protezione imposto dalla Corte Edu per i diritti sanciti dalla CEDU, spetta all'interprete, in ossequio ai principi di certezza ed effettività del diritto, il compito di integrare le clausole generali di ordine pubblico e sicurezza, anche attingendo ad un ordine giuridico della società «formato dal sistema di diritti inviolabili e dei doveri inderogabili»<sup>37</sup>.

Ciò sarebbe imposto, oltretutto, dall'esigenza di assicurare il pieno ed uguale godimento del nucleo essenziale dei diritti inviolabili.

---

<sup>37</sup> L. R. Perfetti, *Le clausole generali*, cit.

In questo schema interpretativo possiamo dire, quindi, che il principio di proporzionalità potrebbe costituire lo strumento normativo che pone a carico dell'amministrazione l'obbligo giuridico di concretizzare la clausola generali, utilizzando tutti i parametri normativi che operano in materia di tutela preventiva dell'ordine pubblico e della sicurezza, tenendo conto, inoltre, che dinanzi alla minaccia di un bene primario della collettività, il dovere di protezione deve esplicarsi nei confronti di qualunque soggetto, indipendentemente dall'essere straniero oppure cittadino italiano o "comunitario".

Ciò non significa, necessariamente, equiparare gli stranieri extracomunitari ai cittadini italiani o comunitari sotto il profilo delle condizioni soggettive ed oggettive di ingresso e di soggiorno, quanto piuttosto di applicare lo stesso trattamento giuridico stabilito dall'ordinamento per la tutela di rilevanti interessi pubblici.

Nel qual caso, il principio di proporzionalità, oltre a costituire una tecnica interpretativa della clausola generale, potrebbe anche rappresentare un ulteriore strumento di attuazione del principio di uguaglianza, da cui attinge il proprio fondamento<sup>38</sup>.

#### ***6. Segue. L'orientamento della Corte Costituzionale.***

Rispetto ai poteri vincolati, invece, l'applicazione del principio di proporzionalità implica che l'amministrazione non può limitarsi ad adottare la decisione predeterminata dalla norma, al verificarsi di determinate condizioni, ma deve, anche in assenza di una esplicita previsione, procedere attraverso una valutazione del caso concreto.

In questo contesto, la necessità di conformare il potere di ordine pubblico e di sicurezza alle garanzie costituzionali ed internazionali riconosciute a determinate posizioni soggettive ha trovato un varco significativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che la ragionevolezza di una previsione normativa lesiva dei diritti dello straniero implica il riconoscimento alla pubblica

---

<sup>38</sup> S. Cagnetti, *Clausole generali*, cit.

amministrazione del potere «di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza»<sup>39</sup>.

La Consulta, invero, muovendo dalla considerazione che il principio di legalità non sempre offre la soluzione più garantista per la tutela dei diritti fondamentali della persona, ha affermato l'illegittimità delle ipotesi di automatismo espulsivo, sottolineando, in particolare, che la condizione giuridica dello straniero non deve essere «considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi».<sup>40</sup>

Sicché, attraverso la pronuncia in esame, si afferma il principio in virtù del quale «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»<sup>41</sup>.

Sulla scia di tale ultimo orientamento si colloca, poi, anche un'altra importante e significativa decisione della Corte Costituzionale, che pone le premesse per riconsiderare ulteriormente, seppur entro ambiti definiti, il problema dei limiti che la p.a. incontra nelle decisioni ostative alla prosecuzione del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, dinanzi alla previsione di meccanismi di automatismo normativo<sup>42</sup>.

Nella sentenza n. 202/2013, la Consulta ha stabilito che la discrezionalità legislativa in ordine alle condizioni di ingresso e di soggiorno non è assoluta, ma deve rispecchiare un ragionevole e "proporzionato" bilanciamento di tutti i diritti e degli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione è suscettibile di incidere su diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei

---

<sup>39</sup> *Ibidem*

<sup>40</sup> *Ibidem*, corsivo aggiunto.

<sup>41</sup> Cfr. C. Cost., sentt. n. 231 e n. 164 del 2011; n. 265 e n. 139 del 2010. Corsivo aggiunto.

<sup>42</sup> Cfr. C. Cost., n. 202 del 2013

confronti del cittadino e del non cittadino<sup>43</sup>. Pertanto, secondo la Corte, la ragionevolezza di una previsione che incide sui diritti fondamentali dello straniero riposa, ai sensi dell'art. 3 cost., «su un effettivo bilanciamento tra l'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e di tutelare i flussi migratori, da un lato e, dall'altro, di salvaguardare i diritti dello straniero, riconosciuti dalla Costituzione»<sup>44</sup>. Ed aggiunge, tra l'altro, che «gli automatismi procedurali, essendo basati su una presunzione assoluta di pericolosità devono ritenersi arbitrari e, perciò, costituzionalmente illegittimi, se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, quando cioè sia agevole – come nel caso in esame – formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa»<sup>45</sup>.

In questa specifica occasione, la Corte Costituzionale ha evocato espressamente la giurisprudenza della Corte Europea sull'applicazione dell'art. 8 CEDU, stabilendo che l'effettiva tutela dei diritti protetti da tale previsione convenzionale implica la ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento, obbligando le autorità competenti a valutare tutti gli elementi desumibili «dall'attenta osservazione in concreto di ciascun caso, quali ad esempio, la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione; l'interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite»<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> C. Cost., sent. 202/2013

<sup>44</sup> *Ibidem*, cit. Il corsivo è di chi scrive.

<sup>45</sup> *Ibidem*

<sup>46</sup> *Ibidem*

La Consulta, quindi, riconosce un ruolo rilevante all'attività interpretativa della norma attributiva del potere, da cui si potrebbe ricavare, in una prospettiva sistematica e multilivello, la configurazione di un obbligo per la p.a. di applicare al caso concreto la soluzione giuridica più coerente con il sistema di tutele che l'ordinamento giuridico garantisce alla persona, e, dunque, all'immigrato, a prescindere dal Paese di provenienza.

In questo contesto, dunque, il ricorso al principio di proporzionalità costituisce un riferimento fondamentale per affermare la necessità di utilizzare a tecniche interpretative funzionali a garantire una tutela sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>47</sup>. Da ciò discende, quindi, che, nei casi in cui la norma predetermini il contenuto della decisione, l'amministrazione non può comunque sottrarsi da un'applicazione sistematica e egualitaria delle garanzie che l'ordinamento pone a servizio della persona. Sicché, in tali ipotesi, ciò potrebbe significare anche far prevalere la tutela dell'interesse soggettivo sul bene pubblico primario.

Il contributo offerto dalla giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 202/2013, potrebbe, allora, spingere più efficacemente verso il definitivo superamento di quegli orientamenti che, saldandosi al principio di "stretta legalità", continuano ad esprimersi, apoditticamente, per la legittimità dei meccanismi di automatismo<sup>48</sup>, rafforzando, invece, quelle posizioni giurisprudenziali più inclini a valorizzare il momento interpretativo, come elemento indispensabile per garantire la conformità dell'applicazione delle norme al sistema di protezione giuridica che l'ordinamento

---

<sup>47</sup> M. CARTABIA, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, in part. 178-179, in cui l'a. rileva come il principio di proporzionalità sta gradualmente demolendo i cd. "automatismi legislativi", spingendo la Corte Costituzionale a sottoporre ad un severo «vaglio di ragionevolezza e proporzionalità quelle previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata, inderogabile e ineluttabile (...). La corte ravvisa in questa rigida consequenzialità uno specifico motivo di illegittimità costituzionale, in particolare quando le regole sono formulate in modo tale da non permettere al giudice – o eventualmente alla pubblica amministrazione – di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti alla regola in relazione alla specificità della situazione».

<sup>48</sup> Cfr., C. Stato, 27 marzo 2012, n.1784; C. Stato, III, 27 gennaio 2012, n. 367; C. Stato, 16 febbraio 2011, n. 980; C. Stato, VI, 8 febbraio 2008, n. 416. In tal senso, Cass. Civ., 7 febbraio 2008, n. 2973

offre a determinate posizioni soggettive, riferibili alla persona, e, dunque, anche agli stranieri comunitari e non<sup>49</sup>.

### **7. La proporzionalità nel controllo giurisdizionale sui provvedimenti di ordine pubblico e sicurezza.**

Seguendo le soluzioni proposte dalla Corte costituzionale e dalla Corte Europea emerge, dunque, che l'esistenza di situazioni ostative alla prosecuzione del soggiorno dello straniero extracomunitario andrebbe verificata sulla base di una effettiva valutazione, ripetibile in sede giurisdizionale, di tutti gli elementi che per l'ordinamento configurano una minaccia attuale e concreta<sup>50</sup>. Una volta verificata l'esistenza di tali circostanze, l'amministrazione è tenuta a bilanciare gli interessi in gioco, valutando se il tipo di minaccia giustifichi, sul piano della proporzionalità, la decisione prevista dalla norma. In questa operazione interpretativa assumerà particolare rilievo la natura degli interessi protetti, e cioè la specifica protezione giuridica che una determinata posizione soggettiva riceve dall'ordinamento, secondo una prospettiva multilivello.

---

<sup>49</sup> In tal senso cfr. C. Stato, sez. III, sentt. n. 4385/2016, n. 4192/2916. Per una diversa ipotesi applicativa dei principi espressi nella sentenza della corte costituzionale n. 202/2013, cfr. Cons. Stato, sent. n. 4685/2013. Dinanzi all'estinzione degli effetti penali della riabilitazione ex art. 178 c.p., il Consiglio di Stato ha ritenuto rilevante che fra la condanna penale, considerata ostativa all'ingresso dell'immigrato, e il diniego del rilascio o del rinnovo vi sia stato un non breve intervallo di tempo, caratterizzato da una positiva condotta dell'interessato. In tal caso, ad avviso del Collegio, verrebbe meno l'automatismo della preclusione, pur restando integro il potere dell'amministrazione di negare comunque il titolo di soggiorno, "sempreché il diniego sia sostenuto da una valutazione motivata della personalità dell'interessato, della sua pericolosità sociale, della gravità dei precedenti penali, in comparazione con i suoi interessi personali e familiari, e della situazione lavorativa" (cfr. precedente conforme, Consiglio di Stato, III Sezione, 7 dicembre 2011, n. 5453).

<sup>50</sup> Al riguardo il riferimento è d'obbligo all'autorevole insegnamento di C. MORTATI, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, Roma, 1942, 1049, il quale, nel delineare la distinzione tra legittimità e merito, affermava che anche quest'ultimo potesse avere rilevanza giuridica in presenza di «un canone di valutazione in base al quale si possa procedere alla qualifica di attribuire all'attività stessa e, conseguentemente concedere o negare a questa la protezione del diritto. Tale canone di valutazione può essere desunto, quando manchino regole direttamente poste dall'ordinamento, da norme tecniche o di esperienza». Secondo tale prospettiva, quindi, la rilevanza giuridica del merito avrebbe determinato la configurazione del vizio di merito come vizio di legittimità

Ed, invero, come si è cercato di evidenziare, la decisione amministrativa non può prescindere dalla individuazione delle finalità della norma e, dunque, degli interessi coinvolti<sup>51</sup>. Pertanto, anche quando la norma attributiva del potere vincola la p.a. ad assumere, in presenza di determinati presupposti, una certa decisione, residua sempre un margine di apprezzamento che attiene alla valutazione in ordine alla esistenza delle condizioni su cui si fonda l'esercizio del potere, nonché alla determinazione dell'interesse pubblico, non puntualmente o "correttamente" definito dalla norme<sup>52</sup>.

Pertanto, se l'amministrazione non compie alcun accertamento, precludendo così la possibilità di svolgere sui poteri esercitati un sindacato giurisdizionale idoneo a garantire una tutela piena ed effettiva, non resterebbe che sindacare la violazione del principio di proporzionalità (sotto il profilo della mancata applicazione del principio), dal momento che, come ci insegna la giurisprudenza comunitaria, verrebbero meno le condizioni che ne consentono l'effettiva operatività<sup>53</sup>.

In questa prospettiva, il principio di proporzionalità rappresenta, dunque, un elemento costitutivo della fattispecie legale, contribuendo ad integrarla e definirla in modo più stringente, e, perciò, vincolante per l'amministrazione prima, e per il giudice poi<sup>54</sup>.

Ed invero, sotto il profilo processuale, la rilevanza giuridica della proporzionalità, nelle diverse accezioni proposte dalla giurisprudenza costituzionale ed europea,

---

<sup>51</sup> G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, cit., 14.

<sup>52</sup> Il tema dell'interpretazione della norma da parte della p.a. era stato affrontato dal G.D ROMAGNOSI, *op. ult. cit.*, come necessità che si impone in tutti i casi in cui la legge non riesce a dare una disciplina al caso concreto. V. anche L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri*, *op. cit.*, secondo cui la discrezionalità risiede nell'integrazione del precetto, la quale non deriva da una decisione dell'amministrazione ma consegue all'individuazione del precetto che risiede nell'ordine giuridico della società.

<sup>53</sup> C. Giust., C-463/00 e C-98/01.

<sup>54</sup> Sulla configurazione dei principi di ragionevolezza, equità e proporzionalità, come clausole generali, determinabili attraverso l'attività interpretativa ed integrativa che rinvia all'ordine costituito della società, fondato sul godimento dei diritti inviolabili, v. L. R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri*, *op. cit.* Sulla ragionevolezza come oggetto del sindacato giurisdizionale v. P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza*, Padova, 1993;

implica un dovere da parte del giudice di accertare l'effettivo bilanciamento degli interessi in gioco, anche laddove ciò non sia espressamente previsto dalla norma<sup>55</sup>. Tale dovere, per il giudice amministrativo è, infatti, esplicitamente imposto non solo dall'art. 1, l. 241/90, che, come si è detto, individua nella proporzionalità una regola di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche dall'art. 1, c.p.a., secondo cui la giurisdizione amministrativa deve assicurare «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo»<sup>56</sup>. Principi che, come giustamente rilevato, vanno intesi, secondo le prescrizioni della relazione di accompagnamento al codice, come principi sia del diritto dell'Unione, sia della CEDU<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Tale considerazione potrebbe trovare ulteriore fondamento nella possibilità, riconosciuta dalla Corte EDU, di applicare direttamente una norma CEDU, anche in assenza di una espressa previsione dell'ordinamento interno (Corte EDU, *Seferovic c. Italia*, 12921/2004 sul diritto riconosciuto ad una donna rumena, illegittimamente trattenuta in un centro di trattenimento provvisorio, all'equa riparazione). Pertanto, seguendo questo orientamento, l'obbligo di ponderazione degli interessi sarebbe esigibile dalla p.a. sia in virtù dell'art. 1 l. 241/90, sia in virtù delle norme convenzionali che, per l'interpretazione espressa dalla Corte di Strasburgo, impongono un bilanciamento di interessi, allorché emerga una contrapposizione tra posizioni soggettive garantite dalla CEDU. Non solo, ma rileverebbero altresì, quali parametri di legittimità del potere amministrativo, anche le norme sulle garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU, nella più ampia accezione accolta dalla Corte di Strasburgo (su cui v. Corte Edu, 27.9.2011, caso 43509/08, *Menarini Diagnostics srl c. Italie*).

<sup>56</sup> Per quanto riguarda il diritto UE, il principio di proporzionalità è espressamente sancito dall'art. 5 TFUE, ed è altresì richiamato in diverse disposizioni della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione. In particolare l'art. 53 della Carta, sul livello di protezione dei diritti ivi previsti, stabilisce che nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri. Di qui la rilevanza giuridica degli obblighi di protezione che discendono dalla CEDU a favore dei diritti e delle libertà fondamentali espressamente tutelate, le quali spettano all'individuo, in quanto persona, e perciò anche agli stranieri che non sono cittadini eurounitari.

<sup>57</sup> M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, cit.