

GIOVANNI TULUMELLO*

Il Giudice amministrativo e l'immigrazione nei principali paesi europei¹

Sommario: 1. La migrazione delle frontiere professionali. - 2. Le nuove frontiere dell'immigrazione: principali caratteristiche del contenzioso amministrativo in materia di immigrazione in Europa. - 3. I principali rischi. - 4. Il diritto europeo dell'immigrazione nella giurisprudenza dei giudici amministrativi: due esperienze. - 5. L'esperienza dell'*Association of the European Administrative Judges* nel dialogo fra i (e nella formazione dei) giudici amministrativi europei). - 6. I luoghi fisici della giustizia.

1. Nel contesto di un convegno dal tema così profondo e complesso, vorrei svolgere la relazione che mi è stata affidata non tanto facendo opera di comparazione, quanto piuttosto cercando di riflettere sull'impatto del contenzioso in materia di immigrazione sulle giurisdizioni amministrative europee.

In quest'ottica l'argomento di cui ci occupiamo ha determinato – o contribuito in maniera decisiva a determinare – una migrazione delle frontiere professionali.

In via di prima approssimazione può dirsi che il modello di giurisdizione amministrativa in Europa, a seguito dell'affermazione dello Stato sociale, è stato interessato da una profonda mutazione: la tutela dei diritti sociali non comporta solo una diverso atteggiarsi del sindacato sull'esercizio del potere pubblico, ma anche una evoluzione fisionomica della giurisdizione amministrativa, da una giustizia qualificata come "aristocratica", alla realtà della "massificazione" del contenzioso.²

* Consigliere del T.A.R. Sicilia, sede di Palermo. Vice Presidente dell'*Association of the European Administrative Judges*

¹ Relazione al Convegno "Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere?", organizzato dal Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino-Alto Adige, sede di Trento, il 25 e 26 novembre 2011.

² Il Vice Presidente del Conseil d'Etat, in un recente scritto, ha analizzato i tratti dell'evoluzione della giurisdizione amministrativa, da una giustizia qualificata come "aristocratica", alla realtà della "massificazione" del contenzioso amministrativo (che tuttavia non per ciò ha rinunciato, secondo la propria natura, "à répondre au droit de chacun de voir sa demande traitée de manière individuelle"): J.-M. Sauvé, Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? (Intervention lors du Colloque organisé à l'occasion du Xème anniversaire du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 29 novembre 2010), in <http://www.conseil-etat.fr>.

Questo generale rilievo comporta, come cercherò di spiegare, una serie di conseguenze su cui le giurisdizioni amministrative di altri paesi europei si confrontano già da tempo.

Alcune indicazioni, relative alle precondizioni di sistema su cui si innesta l'intervento e il ruolo della giurisdizione amministrativa, sono state per la verità già tracciate dagli interventi che mi hanno preceduto: che hanno rivelato una certa circolarità dei problemi e degli argomenti.

La felice intuizione degli organizzatori, che hanno proposto la testimonianza di discipline, esperienze e professionalità diverse, costituisce pertanto il migliore approccio alla comprensione della dimensione giurisdizionale del problema.

Nella sua relazione introduttiva il Presidente Pozzi faceva riferimento alle relazioni fra fenomeni migratori, discrezionalità (cui ha accennato anche il prof. Bonetti) e procedimento amministrativo: e soprattutto, ammoniva giustamente a concepire la funzione giurisdizionale in senso non burocratico (il che, come cercherò di spiegare in seguito, costituisce uno dei profili emersi a livello europeo circa il ruolo delle giurisdizioni amministrative in materia).

Il Sindaco Andreatta riferiva dell'inserimento degli immigrati alle graduatorie pubbliche per l'accesso ai servizi sociali; e la prof.ssa Violini citava l'esperienza delle leggi regionali che si sono occupate del loro coinvolgimento nei processi di edilizia residenziale pubblica.

Il prof. Sciortino, oltre ad evidenziare l'esigenza per il giurista di aprirsi al sapere anche non giuridico (sollecitazione che condivido), indicava un dato strutturale: la questione migratoria, come questione prevalentemente settentrionale.

Questo dato dovrebbe fare riflettere, ad esempio, sul profilo organizzazione della giurisdizione sul territorio, considerando che una maggiore presenza di migranti induce – come conseguenza della regolazione amministrativa di tale presenza - un incremento del contenzioso amministrativo in materia di immigrazione nelle aree interessate.

Infine, la brillante e approfondita relazione del collega Chieppa ha indicato alcuni presupposti dell'approccio al tema del rapporto fra immigrazione e giurisdizione amministrativa, che presentano inevitabilmente tratti comuni se, dalla prospettiva

della giurisdizione amministrativa italiana, si solleva lo sguardo a quella delle giurisdizioni amministrative degli altri paesi europei.

In Italia, come in altri paesi europei, la giurisdizione in materia è divisa fra giudici ordinari ed amministrativi: ma in questa materia, come giustamente ricordava Roberto Chieppa, non si è assistito – a differenza di altri settori del contenzioso - ad una “guerra fra le giurisdizioni”, il che è indice del fatto che si tratta di un contenzioso per qualche ragione non “appetibile”.

Sempre nella lettura di Chieppa, si tratta poi di un contenzioso che in realtà non è meramente formale e seriale, perché ogni ricorso è una storia (anche umana) a se’, e che si caratterizza anche per il rilievo delle circostanze sopravvenute (un po’ come nel *recours del pleine jurisdiction*).

Tutti questi segnali già emersi nel corso della prima parte del convegno pongono dunque le premesse per alcune delle osservazioni che farò con riferimento alla realtà continentale.

Incentrerò la mia analisi sull’esperienza francese per due ragioni: la giurisdizione amministrativa francese rappresenta, per storia e per realtà, il modello europeo di riferimento; la Francia è forse il paese europeo in cui i fenomeni migratori hanno raggiunto le dimensioni più interessanti (per quantità degli individui e qualità del loro inserimento nel tessuto socio-economico).

2. Quali sono, dunque, le principali caratteristiche del contenzioso amministrativo in materia di immigrazione in Europa?

2.1. Si tratta anzitutto di un contenzioso di massa, che in Francia occupa il 30% dei ricorsi in entrata nei Tribunali amministrativi.

La ragione è nella delicatezza e degli interessi in gioco: a fronte del rischio di perdere tutto (vale a dire, la possibilità di rimanere nello Stato ospitante), l’immigrato quasi sempre impugna ogni decisione negativa dell’amministrazione.

Questa matrice della espansione quantitativa del contenzioso determina una peculiarità qualitativa: la giustizia amministrativa ha la missione di sindacare – su domanda - la legittimità dei provvedimenti amministrativi, ma non è stata concepita per operare un riesame generalizzato delle decisioni rese dall’amministrazione nell’attuazione delle politiche pubbliche.

In alcuni contesti questa anomala opera di riesame globale ha provocato un singolare approccio alle funzioni giurisdizionali di settore: *“Les jeunes magistrats, qui n’ont pas connu les différents étapes de l’évolution depuis des années 1990, appréhendent souvent ce contentieux comme un ‘mal nécessaire’, mais aussi comme une variable d’ajustement positive qui leur permet de mieux répondre aux objectifs statistiques globaux auxquels ils sont soumis”*.³

Questo spiegherebbe perché questo contenzioso non è in fondo così ambito (Chieppa), o se lo è, la ragione è più nella esigenze statistiche di rilevazione della produttività del giudice, che non nella gratificazione professionale.

Si tratta, poi, di un contenzioso doppiamente sensibile e delicato: politicamente, ed umanamente.

Politicamente, perché di fatto il giudice si trova ad intervenire – rettificandoli al ribasso - sugli obiettivi che l’autorità politica ha impresso all’amministrazione competente in relazione alle politiche di controllo dell’immigrazione; le tensioni sociali che sono alla base di queste dinamiche si riflettono evidentemente, anche se indirettamente, sul sindacato giurisdizionale, e comportano in alcuni casi anche una notevole esposizione mediatica (peraltro non sempre fedelmente rappresentativa degli esatti termini della questione).

Il rischio è quello di un conflitto fra istituzioni, fra potere politico e giurisdizione, quest’ultima accusata di non assecondare sufficientemente le misure volute dalla politica.

Il problema, come sottolinea ancora una volta Vice Presidente del *Conseil d’Etat*, non è solo italiano ma evidentemente comune all’ambito europeo: *“Beaucoup de gens et certains dirigeants politiques proposent des mesures radicales qui pourraient être censurées par les juridictions, non parce que les juges ne seraient pas d’accord sur leur substance, mais parce qu’ils doivent appliquer des normes constitutionnelles ou conventionnelles qui font obstacle à ce que le Parlement vote de telles dispositions. Autrement dit, mon sentiment est que le nouveau pouvoir conféré aux juges pourrait le conduire à des incompréhensions entre les juges, d’une part, et les représentants du peuple et l’opinion publique, d’autre part. Certains pourraient objecter que les juges*

³ B. Even, *Les mutations du contentieux administratif des étrangers*, in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009.

*ont tendance à bloquer la libre expression de la démocratie. Au même moment, il semblerait difficile de revenir en arrière dans une société moderne et démocratique sur les nouveaux pouvoirs confiés aux juges”.*⁴

Umanamente, perché questo è uno di rari casi in cui il giudice amministrativo si trova a non essere solo “giudice delle carte”, ma è inevitabilmente coinvolto nella considerazione che dalla sua decisione – forse più che in ogni altro settore: e comunque più che nelle materie in cui si esplica il sindacato tradizionale – dipende il futuro del ricorrente; non il futuro economico o professionale, la più radicale alternativa esistenziale fra il proseguimento del sogno migratorio ed il ritorno ad una realtà dalla quale si è fuggiti spesso a rischio della vita.

2.3. Si tratta inoltre di un contenzioso la cui complessità giuridica è talora sottostimata. La complessità risulta da più indicatori.

Anzitutto, quello da ultimo considerato: nonostante il carattere apparentemente seriale del contenzioso, ogni caso è un caso a se’, sia dal punto di vista della dimensione fattuale della lite (che va dunque indagata con particolare cura), sia perché dietro ogni ricorso si celano singolari e specifiche implicazioni umane.

Diventa così meno praticabile la rassicurante tecnica del richiamo al precedente, perché quasi mai – a voler essere intellettualmente onesti - c’è un precedente realmente uguale al caso dedotto.

Inoltre, il diritto dell’immigrazione è materia quanto mai complessa sul piano oggettivo, in quanto consta di una disciplina che tende a conciliare esigenze antagoniste particolarmente difficili da rendere compatibili: sicché lo sforzo interpretativo del giudice, consistente nel ricercare il significato della disposizione e nell’applicarlo alla fattispecie dedotta, risulta ostacolato talora dalla obiettiva difficoltà di ricondurre a sistema le singole prescrizioni onde rinvenire un contenuto normativo della singola prescrizione che sia coerente con il tutto.

2.4. Un terzo elemento di complessità è dato dalla pluralità (*multilevel*) dei parametri di legittimità: gli atti amministrativi sottoposti allo scrutinio di legittimità del giudice amministrativo devono essere conformi alle fonti statali, ma anche – in considerazione

⁴ J. M. Sauvé, La démocratie aujourd’hui. Le point de vue d’un juge français, Exposé du vice-président du Conseil d’État, Londres, Inner Temple, 19 juin 2010, in <http://www.conseil-etat.fr>.

del fatto che la materia incide sull'esercizio di diritti fondamentali – alle fonti del diritto dell'U.E. e alle convenzioni internazionali (prima fra tutte la C.E.D.U.).

3. Date le superiori caratteristiche del contenzioso in materia di immigrazione, i rischi che si presentano sono essenzialmente due.

Il primo è quello di un sindacato sommario e stereotipato: a fronte della intima complessità di cui si è detto, il carattere quasi generalizzato del controllo giurisdizionale, i flussi in entrata, l'apparente omogeneità di situazioni o di tipologie di situazioni, tutto ciò può condurre ad una "massificazione" non solo quantitativa, ma anche qualitativa del contenzioso.

L'uso acritico delle banche date di giurisprudenza può, in aggiunta, condurre alla proliferazione di decisioni di rigetto stereotipate, che perdono di vista la situazione concreta dei ricorrenti.

Il secondo è il rischio della soggettività: il sindacato sull'eccesso di potere, in una materia come quella sommariamente descritta, rischia di condurre ad esiti non sempre coerenti, anche in funzione della diversa sensibilità del giudicante.

Va peraltro osservato che questo rischio è avvertito soprattutto in quei Paesi, come la Francia, in cui il giudice amministrativo decide in questa materia in composizione monocratica.

4. Due esperienze giurisprudenziali hanno caratterizzato lo sforzo dei giudici amministrativi europei volto a conciliare le non sempre coerenti coordinate di cui si è dato conto.

La prima riguarda il tema del ricongiungimento familiare: qui l'atteggiamento dei giudici amministrativi francesi è stato quello di applicare l'art. 8 della C.E.D.U. come diretto parametro di legittimità degli atti amministrativi (si veda esemplificativamente la decisione n. 308231 del 28 dicembre 2009 del Conseil d'État, in cui si afferma che *"aux termes de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...). / 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la*

morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui; Considérant qu'en application de ces stipulations, il appartient à l'autorité administrative qui envisage de procéder à l'éloignement d'un ressortissant étranger en situation irrégulière d'apprécier si, eu égard notamment à la durée et aux conditions de son séjour en France, ainsi qu'à la nature et à l'ancienneté de ses liens familiaux sur le territoire français, l'atteinte que cette mesure porterait à sa vie familiale serait disproportionnée au regard des buts en vue desquels cette décision serait prise ; que la circonstance que l'étranger relèverait, à la date de cet examen, des catégories ouvrant droit au regroupement familial ne saurait, par elle-même, intervenir dans l'appréciation portée par l'administration sur la gravité de l'atteinte à la situation de l'intéressé ; que cette dernière peut en revanche tenir compte le cas échéant, au titre des buts poursuivis par la mesure d'éloignement, de ce que le ressortissant étranger en cause ne pouvait légalement entrer en France pour y séjourner qu'au seul bénéfice du regroupement familial et qu'il n'a pas respecté cette procédure") .

Il percorso è risalente, in quanto già nel dicembre 1978 il Conseil d'État aveva riconosciuto l'esistenza di un principio generale di diritto, invocabile tanto dai cittadini francesi che dagli stranieri, relativo alla titolarità del diritto di condurre una normale vita familiare.

Vero è che il controllo di convenzionalità in Francia si esplica in forme parzialmente diverse rispetto all'Italia: ma la garanzia costituzionale della famiglia potrebbe condurre ad esiti non dissimili (quanto meno sul piano dell'interpretazione conforme).

La seconda esperienza, anch'essa francese, riguarda il problema del velo integrale.

Il 29 gennaio 2010, il Primo Ministro ha chiesto al Conseil d'État uno studio sui problemi giuridici connessi all'uso del velo integrale.

Era stato chiesto, in particolare, al Conseil d'État di elaborare le soluzioni giuridiche che permettessero di pervenire ad una proibizione del suo uso più estesa e più effettiva possibile.

Lo studio esitato dall'assemblée générale plénière del Conseil d'État il successivo 25 marzo parte invece da premesse di tipo diverso: dall'esigenza di minimizzare i rischi di frizione con i principi costituzionali e con gli obblighi convenzionali.

Per questa ragione non è stato suggerito un divieto generale ed assoluto, ma un insieme di misure restrittive e dissuasive, ispirate agli obiettivi di valore costituzionale della sicurezza pubblica e della lotta contro il crimine, rafforzati dalle esigenze proprie di determinati settori del *service public*.

5. Come si è visto, i problemi sono comuni, e la circolarità delle idee e degli argomenti non può che giovare ad una apertura europea dei giudici amministrativi.

L'*Association of European Administrative Judges (A.E.A.J.)* è da anni impegnata, con un suo gruppo di lavoro permanente sui temi del diritto di asilo e dell'immigrazione, nella comparazione, nel *sudicia training* e nella elaborazione sia di soluzioni interpretative comuni (di testi del diritto dell'U.E. direttamente applicabili in tutti i paesi europei), che di proposte da veicolare nell'ambito delle istituzioni europee.⁵

6. Il mese scorso, nell'ambito degli scambi organizzati dalla Rete europea di formazione giudiziaria (*European Judicial Training Network – E.J.T.N.*) fra istituzioni giudiziarie, ho svolto uno stage di due settimane presso il Tribunale Amministrativo di Montreuil, nella immediata periferia di Parigi.

Montreuil è una delle periferie parigine a più alta presenza di immigrati.

La cosa che mi ha colpito di più è stato notare, nella sala d'attesa antistante l'aula di udienza, dei giochi per bambini.

Ho chiesto la ragione di quegli arredi, dal momento che in un Tribunale amministrativo italiano non si è mai vista una cosa del genere.

Mi è stato risposto che, data l'alta percentuale di immigrati fra gli utenti di quel Tribunale, alle udienze presenziano molte persone che, non avendo a chi lasciare i bambini per il tempo necessario, li portano con se'; la giurisdizione si preoccupa dunque non solo di rendere giustizia ai padri e alle madri, ma anche di accogliere i bambini in un contesto fisico che non li faccia sentire fuori luogo: che non li faccia sentire stranieri, nel senso di estranei.

L'attenzione della giurisdizione ai luoghi fisici della giustizia, la sensibilità mostrata verso le peculiari esigenze dell'utenza (e prima ancora l'identificazione delle sue caratteristiche sociali) rappresentano l'esempio migliore di come un potere dello Stato possa darsi fare per non essere percepito come un'entità esterna, per restituire la giusta componente umana ai luoghi di presenza collettiva.

⁵ www.aej.org

La dignità umana non si tutela solo con le sentenze, ma forse anche con gli arredi.
Nell'anno in cui si celebrano i 180 anni del nostro Consiglio di Stato, e i 40 anni dalla istituzione dei nostri Tribunali Amministrativi Regionali, occorre essere ben consapevoli del fatto che se – parafrasando Levi – il futuro ha un cuore antico, la tradizione senza consapevolezza adeguata delle sfide future rischia di essere decadenza.