AIPDA
Associazione Italiana Professori di Diritto Amministrativo

Versione Pre-print

SICUREZZA E IMMIGRAZIONE: LA SFIDA AL PARADIGMA LIBERALE

Mario Savino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ordine pubblico materiale come paradigma costituzionale ed europeo. – 3. Verso l'ordine pubblico ideale: dalla minaccia «attuale» alla minaccia «potenziale». – 3.1. L'emersione del "doppio standard" nella giurisprudenza europea. – 3.2. La "clausola del Leviatano" e l'espansione della nozione di ordine pubblico. – 4. Verso l'ordine pubblico normativo: la sicurezza di Schengen. – 4.1. L'immigrazione irregolare come minaccia alla sicurezza di Schengen. – 4.2. La "clausola del Leviatano" di fronte alla strumentalizzazione dei migranti. – 5. Ordine pubblico e separazione dei poteri: verso un nuovo equilibrio?

1. INTRODUZIONE

Il rapporto tra immigrazione e sicurezza è spesso affrontato in termini, politicamente immediati ma giuridicamente poveri, di alternativa tra apertura e chiusura. Da un lato, vi è l'idea che l'immigrazione costituisca di per sé una minaccia. Dall'altro, la convinzione opposta che ogni richiamo alla sicurezza nasconda una regressione illiberale. Entrambe le letture colgono un aspetto del problema, ma, trasposte sul piano giuridico, lo deformano, pur di giustificare le opzioni politiche gradite. La questione giuridicamente più rilevante è un'altra: quale sia il rapporto tra la funzione di sicurezza pubblica e l'ordine pubblico quale presupposto per adottare misure che incidono sulle libertà individuali[1].

L'opinione diffusa è che – a fronte di una funzione di sicurezza pubblica in costante evoluzione, nella quale coesistono diversi paradigmi[2] – la nozione di ordine pubblico sia, per contro, immutabile e da preservare nella sua configurazione garantista. Delle tradizionali accezioni dell'ordine pubblico[3], quella materiale – consolidatasi nella seconda metà del Novecento e affinata dal diritto dell'Unione – è l'unica costituzionalmente accettabile: l'ordine pubblico è una clausola di prevenzione attivabile soltanto quando sussista una minaccia reale, attuale, sufficientemente grave e riconducibile alla condotta personale del soggetto[4]. Questa opinione ha un suo solido fondamento storico. È grazie all'accezione materiale di *ordre dans la rue* che l'interesse pubblico alla sicurezza è stato giuridicizzato: non è più la «parola magica» di inizio Novecento, in grado di giustificare qualsiasi decisione pubblica di segno restrittivo e renderla immune da controlli[5]; è, invece, il presupposto di misure di prevenzione soggette

---

[1] Per la distinzione tra la dimensione soggettiva della sicurezza pubblica, riferita alla percezione collettiva di protezione delle persone e dei beni, e la dimensione oggettiva dell'ordine pubblico, come condizione materiale della convivenza sociale, A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2013, n. 2, 177 ss.

[2] R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022

[3] L'ordine pubblico, come è noto, può essere declinato non solo in senso *materiale*, come prevenzione di condotte offensive e tutela della sicurezza fisica delle persone e dei beni, ma anche in senso *ideale*, come protezione dei principi e dei valori fondamentali dell'ordinamento, e in senso *normativo*, come esigenza di osservanza delle regole giuridiche, anche quando la loro violazione non integra una condotta penalmente offensiva. Sulle diverse declinazioni del concetto, basti richiamare G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1057 ss., e A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.

[4] Sull'idea che, nello Stato costituzionale democratico, l'ordine pubblico debba essere inteso essenzialmente come ordine *materiale*, cioè come condizione oggettiva di pacifica convivenza, integrità delle persone e tutela dei beni, in opposizione all'ordine pubblico inteso come conformità a un sistema di valori politici, morali o ideologici imposto dall'autorità, per tutti, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1963, vol. CLXV, 111 ss.

[5] Di «parola magica», appunto, parlava O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, pt. 1, Torino, 1904, 421. Per una recente rivisitazione del complessivo

a condizioni specifiche, controllabili dal giudice: la pericolosità sociale, l'individualizzazione e l'attualità della minaccia, la proporzionalità della restrizione, l'adeguatezza della motivazione[6].

Tuttavia, il diritto dell'immigrazione rivela un elemento di dinamismo anche nella nozione di ordine pubblico. Le categorie del diritto riflettono, ciascuna a suo modo, le trasformazioni storiche delle istituzioni e delle funzioni pubbliche[7]. E ciò vale anche per la nozione di ordine pubblico, che sembra oggi attraversare una fase di profonda riconfigurazione. L'analisi che segue mira a evidenziare un parziale distacco dall'accezione materiale, che non sembra più in grado di "contenere" le istanze di sicurezza connesse alla gestione dei flussi migratori spontanei. In questo ambito, la sicurezza tende ad aggirare le strettoie dell'ordine pubblico materiale, procedendo lungo due direttrici. La prima conduce verso l'ordine pubblico *ideale*: la minaccia rilevante non è più solo quella che deriva da una potenziale condotta offensiva, ma anche quella collegata a valori, appartenenze e contesti culturali ritenuti incompatibili con la comunità ospitante. La seconda conduce, invece, verso l'ordine pubblico *normativo*: la violazione delle regole sull'ingresso e sul soggiorno dei cittadini di paesi terzi viene progressivamente elevata a minaccia per la tenuta dello spazio Schengen.

La tesi di queste pagine è che tali tendenze non siano meri episodi regressivi, né derive securitarie legate alle oscillazioni del ciclo elettorale, ma segnali di una trasformazione più profonda del diritto pubblico europeo. Per decenni, il progetto giuridico liberale ha cercato di espungere dalla sicurezza la sua matrice assolutistica, normalizzando la dialettica autorità-libertà nel diritto amministrativo e pubblico in generale. In questa traiettoria si collocava anche una visione evolutiva del diritto dell'immigrazione: una branca del diritto pubblico che avrebbe dovuto ridurre progressivamente lo scarto tra le nostre libertà e quelle degli altri, in nome dell'eguale protezione dei diritti fondamentali connessi alla dignità umana[8]. Oggi quella visione sembra essersi appannata e, in alcuni ambiti, rovesciata: proprio quando la nozione liberale di ordine pubblico sembrava destinata a completare la sua ascesa e a imporsi come standard unico attraverso il diritto dell'immigrazione, nuove tensioni hanno allontanato quell'approdo.

Certamente, sull'atteggiamento difensivo del mondo occidentale hanno pesato gli eventi dell'11 settembre 2001[9]. Ma, a livello europeo, il punto di svolta simbolico può farsi coincidere con il 2015, con l'afflusso incontrollato di rifugiati dalla Siria e dal Nordafrica. Da allora, numerosi Stati membri hanno stabilmente reintrodotto controlli alle frontiere interne, in deroga al limite di durata (biennale) delle norme Schengen; ignorano il "sistema Dublino" di riparto delle responsabilità statali per l'accoglienza, rigettando i tentativi europei di ricollocazione dei richiedenti asilo; invocano l'art. 72 TFUE come "clausola del Leviatano", cioè come autorizzazione generale a derogare al diritto dell'Unione ove lo impongano «l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il

contributo dello studioso abruzzese alla scienza amministrativistica, A. CASSATELLA, *L'invenzione dell'atto amministrativo. Il pensiero sistematico di Oreste Ranelletti*, Bologna, 2026.

[6] Su questo percorso di giuridicizzazione, nel diritto interno, G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, e, nel diritto dell'Unione europea e della Cedu, E. NERAUDAU-D'UNIEVILLE, *Ordre public et droits des étrangers en Europe*, Bruxelles, 2006.

[7] Sulla storicità delle categorie giuridiche, per tutti, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, II-III, 133 ss., ora in ID., *Scritti*, vol. II, 1939-1948, Milano, Giuffrè, 2002, 79 ss.

[8] M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012.

[9] Sull'incidenza degli attacchi dell'11 settembre 2001 nella riconfigurazione difensiva delle democrazie liberali, con particolare riguardo al trattamento degli stranieri e alla formazione di doppi standard nella tutela delle garanzie costituzionali, D. COLE, *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York, The New Press, 2003. Sulla logica di una "*emergency constitution*" per contenere la paura collettiva, B. ACKERMAN, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven-London, Yale University Press, 2006.

mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Questi e altri elementi suggeriscono che la sicurezza non opera più soltanto come limite puntuale all'esercizio di diritti individuali. La sicurezza è divenuta un interesse pubblico "esistenziale", perché presidia la coesione sociale delle comunità nazionali e la tenuta "territoriale" di quelle comunità nello spazio Schengen. Quell'interesse superprimario[10], oggi, non solo orienta in senso restrittivo il governo delle frontiere esterne, ma innesca un processo complessivo di ridefinizione dell'equilibrio tra decisione democratica, discrezionalità amministrativa e garanzie liberali.

Una simile trasformazione porta con sé una domanda scomoda: le declinazioni meno giustiziabili del concetto di sicurezza, emerse nel diritto dell'immigrazione come sintomo della crisi del progetto liberale, sono radicalmente incompatibili con lo Stato di diritto? Oppure possono, entro certi limiti, contribuire a salvaguardarlo?

Per avvicinarci a una risposta, si procederà come segue. Prima, si illustrerà l'ascesa della nozione di ordine pubblico materiale nella giurisprudenza europea sulla libera circolazione: un'ascesa che risale all'ultimo quarto del XX secolo e che prometteva di espandersi alla materia migratoria (§ 2). Poi, si analizzeranno le ragioni per le quali quella promessa non è stata mantenuta: nel diritto europeo dell'immigrazione si va delineando, da alcuni anni, una netta inversione di tendenza, riconducibile a un duplice distacco dalla nozione materiale di ordine pubblico: da un lato, in direzione dell'ordine pubblico ideale (§ 3) e, dall'altro, in direzione dell'ordine pubblico normativo (§ 4). Infine, si tornerà alla domanda scomoda, per abbozzare un principio di risposta (§ 5).

2. L'ORDINE PUBBLICO MATERIALE COME PARADIGMA COSTITUZIONALE ED EUROPEO

L'ascesa dello Stato nel pluralismo ordinamentale tardomedievale può ricondursi al noto schema hobbesiano: in cambio della sicurezza – che lo Stato leviatano garantisce a chi viva nel suo territorio in modo più efficace rispetto ai poteri locali antagonisti, accentrando via via su di sé il monopolio nell'uso della forza – i sudditi rinunciano ai loro diritti[11]. Il potere di adottare misure per motivi di sicurezza nasce come espressione di una funzione sovrana dello Stato, irriducibile al diritto[12].

Nel corso dell'Ottocento, i processi di *nation-building* introducono un primo argine, rappresentato dalla cittadinanza: nei confronti degli appartenenti alla comunità nazionale, lo Stato si impegna a esercitare il suo potere sulla base delle leggi. La teoria dei diritti pubblici soggettivi riconduce allo *status* di cittadinanza il complesso dei diritti del singolo, sia pure in un quadro intriso di statalismo: lo Stato può accettare di auto-limitare la propria sovranità, riconoscendo il potere di azionare pretese nei suoi confronti, solo verso chi, essendo cittadino, si impegna a obbedire al suo esclusivo comando[13]. Il

[10] G. CERRINA FERONI e G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, 31 ss.
[11] T. HOBBES, *Leviathan*, London, 1651, spec. cap. XVII (sul patto che istituisce il sovrano) e XXI (sulla libertà dei sudditi che sopravvive solo negli spazi non occupati dalla legge sovrana). Sull'affermazione dello Stato attraverso la concentrazione dei mezzi coercitivi e fiscali, prim'ancora che attraverso il diritto, C. TILLY, *L'oro e la spada. Capitale, guerra e potere nella formazione degli Stati europei, 990-1990*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1991.
[12] Come ricorda G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 101 ss., è nel periodo assolutistico che per la prima volta il potere venne giustificato non più in nome del principio di «grossolana effettività che aveva governato nell'Alto Medio Evo», ma in nome della sua sublimazione hobbesiana: la tutela della pace sociale.
[13] G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* (1905 II ed.), Milano, 1912, 92 s.

risultato è un ossimoro: il cittadino è titolare esclusivo di diritti in quanto è avviluppato in rapporto di soggezione allo Stato[14].

Le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra provano a sciogliere la contraddizione, assegnando ai diritti fondamentali una priorità giuridica rispetto alla legge, di cui diventano condizione di legittimità, e una priorità assiologica rispetto allo Stato, di cui diventano la fonte di legittimazione. La formula hobbesiana viene rovesciata. Il potere statale si legittima, più che per l'efficacia delle sue prestazioni di sicurezza, per la sua capacità di assicurare il godimento di quei diritti[15]. Ciò vale per le stesse decisioni motivate da ragioni di sicurezza. Il percorso di costituzionalizzazione comporta la loro ri(con)duzione a una nozione materiale di ordine pubblico. Le c.d. misure di prevenzione non possono essere "pene del sospetto", fondate su pregiudizi o sull'astratta adesione a valori alternativi: devono essere ancorate alla concretezza delle condotte offensive e a un giudizio tecnico sulla pericolosità sociale dell'individuo[16].

La contraddizione, però, riaffiora – ed è qui il punto logico di partenza di questa riflessione – quando le ragioni di sicurezza incidono su libertà che non fanno capo ai cittadini, ma agli stranieri. La priorità giuridica e assiologica dei diritti fondamentali vale anche per i secondi? La declinazione dell'ordine pubblico nei termini garantisti propri dell'accezione materiale vale anche per i non cittadini?

Com'è noto, non esiste una risposta generale a questi interrogativi. Esistono, piuttosto, risposte specifiche legate al diritto sul quale le ragioni di sicurezza incidono. Alcuni diritti – come quello alla libertà personale – sono riconosciuti come fondamentali per tutte le persone, a prescindere dalla nazionalità, in ragione della loro stretta connessione con il valore universale della dignità umana. Per altri diritti, invece, nonostante l'inclusione nel catalogo costituzionale, il carattere fondamentale è appannaggio esclusivo dei cittadini. È questo il caso – centrale per la materia dell'immigrazione – della libertà di circolazione e soggiorno[17].

L'estraneità del diritto di circolazione e soggiorno dello straniero al catalogo dei diritti fondamentali è un dato giuridico gravido di implicazioni. Benché la tesi dell'atto politico – in passato predicata in relazione alle misure che, come l'espulsione, limitavano quel diritto – sia stata da tempo accantonata, resiste l'idea che la sicurezza costituisca un limite *interno* al diritto (meramente legislativo) dello straniero, invece che un limite *esterno* al corrispondente diritto (costituzionalmente garantito) dei cittadini. Resta cioè attuale, anche nel quadro costituzionale repubblicano, la ricostruzione ranellettiana secondo cui «il diritto dello straniero è posto come subordinato e dipendente dalle esigenze dell'interesse pubblico, in modo che solo in tanto può dirsi esistente, in quanto questo consente»; cosicché «di fronte ad esso è riconosciuto un potere discrezionale dell'autorità per l'apprezzamento delle esigenze della tutela dell'ordine pubblico, *da cui appunto il diritto medesimo dipende*»[18]. Il diritto

[14] Sulla cittadinanza liberale ottocentesca, che emancipa il soggetto dal puro rapporto di sudditanza, ma non riduce la centralità dello Stato, cosicché i diritti sono riconosciuti al cittadino dentro il perimetro della sovranità statale, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 3, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, 2001.
[15] M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 2014.
[16] G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., e già prima, L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
[17] L'art. 16 Cost. fa esclusivo riferimento al cittadino e una giurisprudenza costituzionale conferma che non si tratta di una scelta lessicale impropria.
[18] O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, cit., 1002 e 1006 (corsivo aggiunto).

individuale non è, in questo caso, un *prius* costituzionale, bensì il *posterius* di una scelta legislativa, nell'ambito della quale la valutazione di sicurezza è condizione per il suo esercizio[19].

Una sensibile deviazione da questo schema è imposta dal diritto dell'Unione. La giurisprudenza sul tema si sviluppa inizialmente nel contesto della libera circolazione dei lavoratori europei[20]. Pur trattandosi di cittadini di altri Stati membri, l'ordine pubblico come deroga alla loro libertà di circolazione è precocemente ricondotto al paradigma garantista della nozione materiale. Pur spettando allo Stato membro determinare i contenuti della nozione, l'esigenza di ordine pubblico non è ciò che lo Stato unilateralmente dichiara: la Corte di giustizia plasma la clausola in termini restrittivi, così da evitare che le eccezioni nazionali dissolvano le libertà comunitarie.

Il percorso non è lineare. Se nel caso *Van Duyn* (1974) la Corte di giustizia mostra deferenza verso le sensibilità nazionali, accettando che l'ordine pubblico possa, nei confronti dei cittadini di altri Stati membri, significare qualcosa di più della prevenzione di un reato[21], già con *Rutili* (1975)[22], *Adoui* (1982)[23] e poi con la giurisprudenza sulla proporzionalità[24], la Corte di giustizia consolida una diversa idea: l'ordine pubblico deve essere uguale per tutti i cittadini europei almeno quando lo Stato intenda invocarlo per limitare una libertà tutelata dai Trattati. Dal carattere *fondamentale* della libertà di circolazione dei cittadini europei e dalla natura *preventiva* delle misure di allontanamento incidenti su quella libertà discendono più garanzie: la necessaria valutazione in concreto della pericolosità sociale del soggetto, la ponderazione degli interessi privati e pubblici in gioco alla luce del principio di proporzionalità, la illegittimità di qualsiasi automatismo correlato alla esistenza di condanne pregresse o ad altre presunzioni e l'esigenza di un controllo giurisdizionale effettivo[25]. Né basta la mera violazione delle norme sull'ingresso o sul soggiorno: ciò che occorre è una minaccia *attuale*, consistente nel rischio di violazione delle norme *penali* valutato sulla base della condotta *personale*[26].

Il punto di arrivo è l'art. 27 della direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. La disposizione, oltre a consolidare la formula *Bouchereau* sul carattere «reale, attuale e sufficientemente grave» della minaccia, impone alla discrezionalità degli Stati due vincoli principali. Primo, le misure statali non possono fondarsi su «ragioni di prevenzione generale», ma devono essere adottate «esclusivamente in relazione al comportamento personale» del destinatario della misura. Secondo, i medesimi provvedimenti statali devono rispettare il principio di proporzionalità, con la conseguenza, tra l'altro, che l'esistenza di condanne penali «non giustifica automaticamente l'adozione di tali

---

[19] Per una ricostruzione in chiave storica di questi paradigmi, M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., cap. 1.

[20] In base all'art. 39, par. 3, Tr. Ce (ora art. 45, par. 3, Tfue), in tema di circolazione dei lavoratori, nonché all'art. 46 Tr. Ce (ora art. 52 Tfue), in tema di diritto di stabilimento, la libertà di circolazione può essere limitata soltanto per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

[21] Corte giust., 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*.

[22] Corte giust., 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*.

[23] Corte giust., 18 maggio 1982, cause riunite 115 e 116/81, *Adoui e Cornuaille*.

[24] Corte giust., 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Olazabal*; Corte giust., 29 aprile 2004, cause C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*; Corte giust., 16 dicembre 2008, causa C-524/06, *Huber*.

[25] Sulla connessione tra la libertà di circolazione tutelata dall'art. 21 TFUE e il sistema di garanzie indicato, Corte giust., 17 novembre 2011, causa C-430/10, *Gaydarov*.

[26] Come affermato già in Corte giust., 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Bouchereau*, § 35, «il richiamo alla nozione di ordine pubblico, da parte degli organi nazionali, presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività».

provvedimenti», ma va valutata nell'ambito della più complessiva condotta del soggetto, anche successiva alle eventuali condanne, dovendo la minaccia essere, appunto, attuale[27]. L'art. 27 raggiunge, così, un duplice obiettivo. Sul piano sostanziale, protegge la libertà di circolazione contro l'arbitrio amministrativo e le discriminazioni in base alla nazionalità. Sul piano istituzionale, separa la sicurezza dalla "ragion di Stato", che eccede la dimensione individuale. Lo Stato resta titolare della funzione di prevenzione, ma deve esercitarla sulla base di un esame individualizzato e di fatti verificabili.

L'ordine pubblico materiale assurge, così, a paradigma europeo per eccellenza, in grado di contemperare le esigenze collettive di salvaguardia della sicurezza con le libertà individuali, minimizzando l'impatto delle prime sulle seconde. La creazione di un'area di libera circolazione non cancella l'interesse pubblico alla sicurezza e neppure lo comprime. Semplicemente, quell'interesse viene ricondotto a una grammatica costituzionale, fatta di poteri limitati dal "vincolo del fine", misure tipizzate dalla legge, rispetto dei principi generali come la proporzionalità, indefettibilità della tutela giurisdizionale. In questo processo di normalizzazione della dialettica autorità-libertà, la funzione sovrana del Leviatano non deroga al diritto, ma viene da esso addomesticata.

Tuttavia, come l'argine tardo-ottocentesco della cittadinanza nazionale, anche l'argine tardo-novecentesco della cittadinanza europea ha, in sé, il suo limite. La nozione europeizzata di ordine pubblico è connessa a una libertà di cui beneficiano soltanto i cittadini dell'Unione e i loro familiari[28]. Il XX secolo si chiude, dunque, con un problema insoluto, decisivo per l'identità – non solo costituzionale – europea: se il paradigma dell'ordine pubblico materiale possa andare oltre la logica dell'appartenenza (nazionale o europea) ed estendersi anche ai cittadini di Paesi terzi, sulla base di una logica territoriale che equipara il trattamento di chiunque si trovi nello spazio Schengen.

3. VERSO L'ORDINE PUBBLICO IDEALE: DALLA MINACCIA «ATTUALE» ALLA MINACCIA «POTENZIALE»

All'inizio del XXI secolo, la visione liberale dominante spinge per una soluzione giuridicamente inclusiva. Nel 1999, il Consiglio europeo di Tampere pone l'obiettivo di «garantire l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio degli Stati membri»[29]. L'idea di una graduale equiparazione giuridica tra cittadini segna il trionfo programmatico del paradigma liberale della territorialità sul paradigma nazionalistico dell'appartenenza: chi vive stabilmente nel territorio, partecipa alla vita sociale ed è inserito nell'ordinamento ospitante deve essere sottratto alla precarietà dello *status* di straniero. L'avanzata dei diritti fondamentali nei decenni precedenti aveva, del resto, preparato il campo a questo livellamento verso l'alto e alleggerito il bagaglio giuridico dello *status* di cittadinanza. Il criterio antagonista della territorialità appare meglio in grado di conciliare due opposte esigenze: quella di mantenere la distinzione tra cittadini e stranieri, riservando solo ai primi un diritto

[27] Art. 27, par. 2, direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004.

[28] È significativo che la direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di paesi terzi non perimetri in alcun modo la nozione di ordine pubblico, benché questa sia indicata tra i presupposti del rimpatrio (art. 6, par. 2). Uno standard di tutela intermedio tra quello dei cittadini europei e quello dei cittadini di paesi terzi è, invece, riconosciuto ai soggiornanti di lungo periodo. Nella direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, la tutela contro l'allontanamento per motivi di ordine pubblico è declinata nei loro confronti in termini che, sul piano sostanziale, convergono verso l'accezione materiale, ma, dal punto di vista linguistico, sono meno stringenti: l'art. 12 non richiama l'attualità della minaccia (il che incide sul rilievo delle condanne penali), la proporzionalità (anche se al comma 3 indica parametri riconducibili a quel canone) ed esclude espressamente soltanto la motivazione fondata su ragioni economiche (e non sul complesso delle ragioni di prevenzione generale).

[29] Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, punto 18.

incondizionato all'ingresso o al soggiorno, e quella di garantire a chiunque sia presente sul territorio – e più in generale, a chiunque sia sottoposto all'esercizio effettivo del potere pubblico – il rispetto del giusto procedimento e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nella limitazione delle loro libertà[30]. La progressiva europeizzazione del diritto dell'immigrazione sembrava, dunque, preparare l'affermazione dell'ordine pubblico materiale in tutti gli ambiti, come unica nozione compatibile con lo Stato di diritto.

Tuttavia, quella promessa è rimasta incompiuta. L'aumento dei flussi dal Nordafrica e dal Medioriente e l'ascesa del terrorismo di matrice islamica hanno accresciuto il senso di vulnerabilità dello spazio Schengen, mettendo a rischio la principale libertà dei cittadini europei: quella di circolazione tra gli Stati membri. L'inverno demografico dell'Occidente ha, a sua volta, generato timori di sostituzione etnica, che ormai, anche su questa sponda dell'Atlantico, i movimenti xenofobi e populisti cavalcano per ragioni di consenso elettorale. Ne è derivata una domanda crescente di ordine e sicurezza, non solo lungo il perimetro, alle frontiere esterne, ma anche all'interno di Schengen. Ciò aiuta a comprendere perché nessuna norma europea in materia di immigrazione e asilo abbia accolto la nozione di ordine pubblico in senso materiale, né rinviato alla definizione dell'art. 27 della direttiva del 2004 sulla libera circolazione. Come la direttiva rimpatri del 2008, anche le norme successive – incluse quelle più recenti, legate al Patto UE – si limitano a evocare il concetto, senza qualificarlo e specificarne i presupposti.

Dal canto suo, la Corte di giustizia – nonostante gli ampi spazi definitori concessi da quelle norme e la maggior distanza rispetto al circuito politico elettorale – ha a sua volta rinunciato a generalizzare l'approccio liberale in tema di ordine pubblico. Di seguito, occorre illustrare questo percorso per chiarirne le implicazioni.

3.1. L'EMERSIONE DEL "DOPPIO STANDARD" NELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

Alcune pronunce del 2015-2016 sembravano, in realtà, estendere l'approccio garantista a beneficio dei cittadini di paesi terzi. In particolare, nel caso *Zh. e O.* (2015) – riguardante la decisione di uno Stato membro di negare il termine per la partenza volontaria a un migrante irregolare che aveva scontato la condanna per il possesso di un documento di viaggio falso – la Corte di giustizia ha ampiamente attinto al sistema di garanzie messo a punto per i cittadini europei. Richiamando la "formula *Bouchereau*" sulla necessità di «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società», ha affermato l'inderogabilità di un esame individuale, l'incompatibilità di prassi o presunzioni legislative con il principio di proporzionalità, la conseguente insufficienza di una condanna penale a giustificare misure di carattere preventivo[31]. La Corte, tuttavia, ha seguito questo approccio perché erano in gioco diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi, che imponevano un'interpretazione restrittiva delle esigenze di ordine pubblico[32].

---

[30] In tal senso, M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità,* in *Quaderni costituzionali*, 2017, n. 1, 41 ss. In termini affini, G.L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law*, Princeton, 1996 ha sostenuto che nessun individuo assoggettato alla governance dello Stato dovrebbe essere "straniero alla Costituzione": l'esercizio del potere pubblico porta con sé l'obbligo di riconoscere diritti e garanzie costituzionali.

[31] Corte giust., 11 giugno 2015, causa C-554/13, *Zh. e O.*, §§ 50 e 59-60.

[32] *Zh. e O.*, § 48. Si vedano anche Corte giust., 24 giugno 2015, causa C-373/13, *T.*, § 79 (in relazione alla cessazione del permesso di soggiorno di un rifugiato per motivi di ordine pubblico) e Corte giust., 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *N.*, § 67 (in relazione al trattenimento, per ragioni di ordine pubblico, di un richiedente protezione internazionale).

Dal 2017, tuttavia, nella giurisprudenza europea è emerso un orientamento di segno opposto. La cesura è segnata dalla sentenza *Fahimian*. Il caso traeva origine dalla decisione tedesca di negare un visto per motivi di studio a una studentessa iraniana ammessa a un corso di dottorato nel settore della sicurezza informatica. La signora Fahimian si era laureata presso un'università iraniana collegata ad attività sensibili del regime e sottoposta a misure restrittive dell'Unione. Non vi era stata nessuna condotta offensiva posta in essere dall'interessata. Né vi era una minaccia attuale, nel senso indicato dall'art. 27 della direttiva 2004/38. L'autorità nazionale aveva fondato la propria valutazione sull'esistenza di un rischio: la possibilità che la dottoranda potesse diffondere le sue conoscenze al rientro in Iran per fini militari contrari alla sicurezza pubblica. Secondo la Corte di giustizia, la decisione tedesca è compatibile con il diritto dell'Unione. Diversamente dall'articolo 27, paragrafo 2, della direttiva 2004/38/CE, che consente l'adozione di una misura di ordine pubblico «esclusivamente in relazione al comportamento personale», la direttiva sull'ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio conferisce, ad avviso dei giudici europei, un più ampio margine discrezionale, in quanto l'ammissione può essere rifiutata nel caso in cui lo straniero rappresenti una minaccia per la sicurezza anche solo «potenziale». È sufficiente, perciò, che il diniego poggi su una motivazione adeguata e su una base di fatto sufficientemente solida[33].

La netta distinzione così tracciata tra l'ambito della libera circolazione e quello dell'immigrazione sembra riconducibile a un duplice fondamento, esplicitato nell'opinione dell'Avvocato generale Szpunar. Da un lato, al di fuori della libertà di circolazione, «il non essere considerato una minaccia alla pubblica sicurezza non è un'eccezione al diritto d'ingresso interpretato in senso lato, ma semplicemente un requisito negativo che disciplina il diritto d'ingresso»[34]. Dall'altro, giocherebbe un ruolo diverso, nei due ambiti, l'art. 72 TFUE, il cui significato sarebbe «indicativo di una differenza tra l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza nella normativa sulla libera circolazione e in quella sull'immigrazione»[35]. Dalla combinazione di queste affermazioni riaffiora un argomento di stampo ranellettiano: a differenza del cittadino – che all'inizio del XX secolo poteva contare sul diritto di incolato, attributo della cittadinanza nazionale, e all'inizio del XXI può contare sul diritto fondamentale alla libera circolazione, attributo della cittadinanza europea – lo straniero è titolare di un diritto di ingresso «subordinato» all'interesse pubblico alla sicurezza. Ne deriva un più ampio margine discrezionale per le autorità statali[36]. Il dubbio è se tale subordinazione valga *sempre* nei confronti dello straniero o soltanto quando siano in gioco diritti *non fondamentali*.

La giurisprudenza successiva ha risposto nel primo – più drastico – senso, pur con oscillazioni correlate alla specificità delle norme di volta in volta rilevanti[37]. Con la pronuncia *E.P.* (2019), la Corte di giustizia ha operato una prima sistemazione: all'esigente standard di tutela previsto per la libera circolazione ha contrapposto l'esistenza di un più ampio margine di discrezionalità statale nell'apprezzamento dei pericoli per l'ordine pubblico nella fase dell'ingresso dei cittadini di paesi

---

[33] Corte giust., 4 aprile 2017, causa C-544/15, *Fahimian*, §§ 40 e 46.
[34] Conclusioni dell'Avvocato generale M. Szpunar, 29 novembre 2016, causa C-544/15, *Fahimian*, § 59, ove si accoglie la tesi sostenuta da K. HAILBRONNER e D. THYM, *Constitutional framework and principles for interpretation*, in Eid. (eds.), *EU immigration and asylum law. A commentary*, Munich, 2016, § 20.
[35] Concl. AG Szpunar, *Fahimian*, § 61.
[36] *Supra*, § 2 e nota 15.
[37] D. THYM, *"Public Policy" as a Chameleonlike Concept: The Quest for Coherence in the CJEU Case Law on Migration and Union Citizenship*, in *European Papers*, 2024, vol. 9, 1366 ss.

terzi[38]. In tale fase, la nozione di ordine pubblico «deve essere interpretata in modo più ampio», in modo da comprendervi le minacce anche solo potenziali alla sicurezza pubblica[39]. Di conseguenza, la Corte ammette che una decisione di rimpatrio possa basarsi su elementi sufficienti a «sospettare» la commissione di un reato, senza necessità di accertare l'esistenza di una minaccia reale e attuale[40]. L'approccio *Fahimian* fondato sul concetto di «minaccia potenziale» viene così applicato, per la prima volta, in assenza di qualsiasi copertura normativa[41].

Inoltre, nella pronuncia *G.S. e V.G.*, adottata lo stesso giorno, la Corte ha applicato alla direttiva 2003/86 sul ricongiungimento familiare «uno standard nettamente meno rigoroso» di quello previsto per la libera circolazione: tale criterio «non impone alle autorità competenti di basarsi, sistematicamente, sul pericolo reale e attuale rappresentato dal comportamento della persona» e «non stabilisce alcun nesso tra la nozione di "minaccia per l'ordine pubblico" e il rischio di lesione di un interesse fondamentale della società». L'esistenza di una condanna per un reato grave è, perciò, «sufficiente a dimostrare l'esistenza di una minaccia per l'ordine pubblico» e a revocare un permesso di soggiorno preesistente[42]. Il dato rilevante è che, mentre in *Fahimian* e in *E.P.*, il criterio meno garantista poteva giustificarsi per la mancata o breve presenza dello straniero nel territorio dell'Unione – circostanza che oggettivamente rende più complessa l'analisi del comportamento personale – in *G.S. e V.G.* lo standard si estende a situazioni di soggiorno stabile che incidono su diritti fondamentali[43].

Più di recente, la Corte di giustizia ha chiuso il cerchio, applicando il parametro della minaccia potenziale anche alla categoria di stranieri che gode del grado più elevato di protezione: i rifugiati. Nei casi *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* (2023) e *K.A.M.* (2025), ha tracciato una distinzione tra due ipotesi di revoca della protezione internazionale per motivi di sicurezza, ritenendo che quella più restrittiva – legata a una condanna pregressa per un reato di particolare gravità – richiedesse il più esigente parametro della minaccia reale e attuale; e che invece l'ipotesi meno restrittiva – legata a fondati motivi per considerare il rifugiato un pericolo per la sicurezza – possa coprire «non solo un pericolo reale e attuale, ma anche un pericolo potenziale»[44].

---

[38] Tra le condizioni per il rilascio del permesso per soggiorni di breve durata rientra, appunto, quella di «non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico» (art. 6, par. 1, lett. e), del Codice frontiere Schengen).

[39] Corte giust., 12 dicembre 2019, C-380/18, *E.P. (Threat to public policy)*, § 32.

[40] *E.P. (Threat to public policy)*, § 49.

[41] Mentre nel caso *Fahimian* il concetto di «minaccia potenziale» compariva in un considerando della direttiva sui visti (considerando 14 della direttiva 2004/114), qui – come nei casi successivi – il medesimo concetto viene applicato senza che la normativa vi faccia cenno.

[42] Corte giust., 12 dicembre 2019, cause riunite C-381/18 e C-382/18, *G.S. e V.G.*, §§ 57-58 e 68.

[43] Nel senso dell'ampliamento della discrezionalità statale può leggersi la giurisprudenza europea più recente, che ammette la prevalenza delle ragioni di ordine pubblico senza richiedere l'esistenza di una minaccia attuale e senza applicare in modo rigoroso il criterio di proporzionalità: si veda, da ultimo, Corte giust., 23 aprile 2026, causa C-446/24, *Freie Hansestadt Bremen c. DT*, spec. §§ 42-43, ove si ammette un divieto di reingresso temporalmente illimitato a fronte di una minaccia terroristica, sulla base di una convergenza con l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (inter alia, Corte EDU, 25 marzo 2010, *Mutlag c. Germania*, §§ 60-63; Corte EDU, 30 novembre 2021, *Avci c. Danimarca*, §§ 35-39; Corte EDU, 22 marzo 2022, *Laraba c. Danimarca*, §§ 32-35, e Corte EDU, 5 settembre 2023, *Al-Masudi c. Danimarca*, §§ 33-36).

[44] Cfr. Corte giust., sez. I, 6 luglio 2023, causa C-8/22, *XXX c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, §§ 52-53, e Corte giust., sez. V, 27 febbraio 2025, causa C-454/23, *K.A.M. c. Repubblica di Cipro*, § 52. Le due ipotesi di revoca sono disciplinate dall'art. 14, par. 4, lett. a) e b), della direttiva 2011/95.

Dalla giurisprudenza evocata si ricava un doppio standard di tutela: più garantista nell'ambito della libera circolazione e più attento, invece, a preservare la discrezionalità delle autorità di sicurezza statale nell'ambito dell'immigrazione e dell'asilo. La formula della *minaccia potenziale* richiede un esame individualizzato, ma non l'attualità della minaccia, e si accontenta di elementi fattuali che consentano di dare fondamento a un sospetto: la minaccia non deve necessariamente fondarsi su una condotta personale offensiva, in quanto può essere ricostruita attraverso elementi presuntivi. Si consolida, così, un modello che accoglie alcuni tratti dell'ordine pubblico in senso materiale ma è, rispetto ad esso, alternativo.

3.2. LA "CLAUSOLA DEL LEVIATANO" E L'ESPANSIONE DELLA NOZIONE DI ORDINE PUBBLICO

Dal punto di vista costituzionale, il dato più rilevante è che il doppio standard prescinde dall'incidenza sui diritti fondamentali: ciò che rileva non è la qualità della posizione giuridica in gioco. Rileva, piuttosto, la distinzione tra materie (libera circolazione, da un lato, immigrazione e asilo, dall'altro), che a sua volta sottende una logica "nazionalista": il diritto dell'Unione garantisce di più le libertà dei cittadini europei e di meno le libertà di quanti provengano da paesi terzi.

Questa conclusione, a suo modo sorprendente, merita un tentativo di spiegazione. Una chiave di lettura è offerta dall'incrocio con la giurisprudenza sull'art. 72 TFUE, disposizione che stabilisce che le norme dell'Unione sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia non ostano «all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Secondo numerosi Stati membri, tale norma rappresenterebbe una sorta di "clausola del Leviatano": una *regola di conflitto*, che, privilegiando la competenza degli Stati membri in materia di sicurezza rispetto a quella dell'Unione, consentirebbe loro di disapplicare qualsiasi atto normativo europeo quando possa risultarne compromesso l'esercizio delle prerogative statali in materia di ordine pubblico e sicurezza interna. Com'è evidente, si tratta di una interpretazione potenzialmente dirompente, in grado di compromettere la cooperazione europea in materia di immigrazione e asilo e l'applicazione uniforme del diritto UE in tale ambito. Per disinnescarla, l'art. 72 TFUE avrebbe potuto essere interpretato come norma sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri applicabile come *regola di validità*, cioè come vincolo per il legislatore europeo a prevedere margini adeguati di esercizio della responsabilità statale in materia di sicurezza, che lo Stato membro può far valere (non disapplicando il diritto dell'Unione, ma) impugnando l'atto europeo davanti alla Corte di giustizia[45].

Impostare la questione così – come proposto dall'Avvocato generale Sharpston nel caso *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca* (2020) – avrebbe consentito di negare in radice il carattere "conflittuale" dell'art. 72 TFUE e la legittimità di qualsivoglia rivendicazione "hobbesiana" degli Stati membri su di esso fondata. Sennonché la Corte di giustizia l'ha respinta. Nello stesso caso, i giudici europei hanno optato per una soluzione mediana. Da un lato, hanno ricondotto – non senza qualche forzatura ermeneutica[46] – l'art. 72 TFUE al novero delle deroghe dei Trattati che autorizzano gli Stati

[45] In tal senso, per tutti, D. THYM, *Legal Framework for Entry and Border Controls*, in K. HAILBRONNER e D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, Oxford, 2016, 44 s. Sul tema, si veda anche H. DE VERDELHAN, *Art. 72 TFEU as Seen by the Court of Justice of the EU: Reminder, Exception, or Derogation?*, in *European Papers*, 2024, 1330 ss.

[46] L'equiparazione dell'art. 72 TFUE alle disposizioni dei trattati che prevedono deroghe alle libertà (individuali) di circolazione appare problematica sia dal punto di vista testuale, stante la diversa formulazione dell'art. 72 TFUE rispetto alle previsioni sulle deroghe alle libertà di circolazione, sia dal punto di vista sistematico, trattandosi di una disposizione

membri ad adottare misure idonee a garantire l'ordine pubblico e la sicurezza. La conseguenza è che tali misure non esulano dall'applicazione del diritto dell'Unione e quindi lo Stato membro non può adottarle "unilateralmente", dovendo dimostrare alle istituzioni europee la necessità di avvalersi della deroga[47]. Dall'altro, hanno però anche ammesso che l'art. 72 TFUE può autorizzare deroghe al diritto europeo quando tale necessità sussiste, cioè quando la normativa di settore non conceda alle autorità statali adeguati spazi per salvaguardare la sicurezza.

Qui, appunto, emerge l'incrocio tra le due linee giurisprudenziali. Validando la tesi statalista dell'art. 72 TFUE come regola di conflitto, la Corte di giustizia si è vincolata a fornire una interpretazione estensiva della nozione di ordine pubblico in materia di immigrazione e asilo, pur di negare la necessità di una deroga alle normative di settore. Nel caso specifico, infatti, la Corte ha esteso lo standard meno esigente della minaccia «potenziale» alla disciplina sulla ricollocazione dei richiedenti asilo, così da obbligare gli Stati membri sul piano procedurale (imponendo un esame individuale) senza però imporre loro vincoli sostanziali alla valutazione della minaccia[48].

Lo schema teorico così costruito dalla Corte di giustizia ha un evidente tratto compensativo. Il primato del diritto dell'Unione avrebbe potuto essere meglio difeso qualificando l'art. 72 come regola di validità, che non autorizza "uscite selettive". Accolta invece la qualificazione come regola di conflitto, la disposizione può autorizzare deroghe per motivi di sicurezza e spingere a intendere in modo estensivo – sempre meno "materiale" – la nozione di ordine pubblico prevista dalle norme di settore, così da accomodare e contenere le istanze securitarie statali. È lo stesso primato del diritto europeo a esigere una lettura espansiva della nozione di ordine pubblico: più questa è ampia, minori sono i margini di applicazione della "clausola del Leviatano" e di disapplicazione selettiva del diritto dell'Unione. E, correlativamente, all'intensificarsi delle richieste statali di attivazione della clausola crescono le pressioni per espandere in via interpretativa la nozione nel tessuto normativo europeo. A livello europeo, perciò, quella di ordine pubblico è una nozione destinata a rimanere fluida e ad allontanarsi dal paradigma liberale nella misura in cui ciò serva a contenere il potenziale eversivo dell'art. 72 TFUE.

Si dischiude, così, la prospettiva di una nozione europea di ordine pubblico via via meno "materiale" e più aperta a contenuti "ideali". L'ordine pubblico ideale identifica i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento. Nella tradizione giuridica italiana, però, la sua storia è segnata dagli abusi del regime fascista, che lo ha utilizzato per reprimere opinioni, valori o appartenenze non gradite al potere politico, anche quando prive di reale carica offensiva. Per questo, il costituzionalismo liberale ha cercato di confinare l'ordine pubblico entro la sua dimensione materiale[49]. Oggi, però, nel diritto dell'immigrazione, l'accezione materiale arretra, aprendo spazi inattesi all'accezione ideale. La minaccia

---

che non riguarda le libertà individuali, bensì le competenze di Unione e Stati membri.

[47] Corte giust., 2 aprile 2020, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, § 143. Riemerge, così, l'approccio consolidato, risalente alla già richiamata sentenza *Van Duyn* (1974), § 18: «la nozione d'ordine pubblico nel contesto comunitario, specie in quanto autorizza una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei lavoratori, va intesa in senso stretto, col risultato d'escluderne qualsiasi valutazione unilaterale da parte dei singoli Stati membri senza il controllo delle istituzioni comunitarie».

[48] *Commissione europea c. Repubblica di Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, § 159.

[49] Sulla distinzione tra ordine pubblico materiale e ordine pubblico ideale, oltre a G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., si vedano soprattutto L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Torino, 1965, 130 ss., C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967, 359 ss., e A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, fasc. 1, 1 ss.

potenziale non guarda più soltanto al microcosmo dell'*ordre dans la rue*, ma anche a valutazioni di sicurezza nazionale. Si apre a considerazioni general-preventive e a esigenze di anticipazione della soglia di prevenzione. Si estende alla connessione con istituzioni considerate ostili, all'accesso a conoscenze sensibili, all'adesione a contesti ideologici radicali, a contatti con reti sospettate di finanziare attività criminali o terroristiche. Lo straniero non è valutato solo come autore di condotte accertate, ma anche come portatore di valori, relazioni o appartenenze ritenute incompatibili con i presupposti della comunità ospitante. Torna, così, d'attualità l'esigenza di proteggere l'identità normativa e i valori fondamentali di una comunità politica, che l'accezione ideale di ordine pubblico esprime.

Questa dinamica fa del diritto dell'immigrazione uno specchio dei tempi. In un contesto di crescente polarizzazione politica interna, di conflittualità internazionale, di concorrenza tra democrazie e autocrazie, le società aperte sono più esposte e vulnerabili. Attacchi terroristici, minacce ibride, reti transnazionali criminali che governano la mobilità: è sempre più difficile contrastare simili minacce attraverso il paradigma della condotta offensiva già manifestata. Pretendere una minaccia attuale e individualmente provata significa tenere alto il livello di tutela delle libertà individuali, ma talora anche costringere lo Stato ad attivare troppo tardi. Di qui, una domanda diffusa di potenziamento dell'azione preventiva dello Stato.

Il problema che ne deriva è noto: anticipare la soglia della prevenzione significa modificare la struttura delle garanzie. Quando la minaccia è attuale e fondata su una condotta personale, il giudice può controllare la correttezza della valutazione pubblica. Quando la minaccia diventa potenziale e fondata su presunzioni, il controllo inevitabilmente si indebolisce. La sicurezza si politicizza perché poggia su giudizi di plausibilità, rischio e appartenenza meno facilmente traducibili in parametri giustiziabili. Così, il distacco dal paradigma liberale riporta in superficie una questione antica, che precede la concezione costituzionale dei diritti: la sicurezza non come semplice limite esterno delle libertà, ma come condizione della loro praticabilità. Dunque, la sicurezza come banco di prova del liberalismo: della sua capacità di resistere alla logica "hobbesiana" della protezione e alla tentazione "schmittiana" dell'eccezione[50].

4. VERSO L'ORDINE PUBBLICO NORMATIVO: LA SICUREZZA DI SCHENGEN

Il processo di globalizzazione non ha determinato la scomparsa dei territori e dei confini. Piuttosto, ne ha modificato la funzione. La pressione migratoria ha riportato al centro dell'attenzione il discorso sulle frontiere, sulla cittadinanza e sulla territorialità, rilanciando il protagonismo degli Stati in un quadro di profonda trasformazione della loro sovranità[51]. In questo contesto si inscrive il secondo movimento espansivo oggetto di questa analisi: quello che conduce dall'ordine pubblico materiale

[50] Sul rapporto problematico tra libertà e sicurezza nel liberalismo contemporaneo, J. WALDRON, *Security and Liberty: The Image of Balance*, in *Journal of Political Philosophy*, 2003, vol. 11, 191 ss.; A. PINTORE, *Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore*, in *Quaderni di scienza politica*, 2007, 7 ss.; C. GEARTY, *Liberty and Security*, Cambridge, 2013; M. BARBERIS, *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, Bologna, 2017. Per il nesso tra emergenza, eccezione e *rule of law*, B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 2004, vol. 113, 1029 ss., e D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, 2006.

[51] S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016.

all'ordine pubblico normativo. In questo caso, la sicurezza non è collegata alla pericolosità individuale dello straniero, ma riguarda la tenuta di un sistema di regole. L'irregolarità dell'ingresso, del soggiorno o della circolazione dello straniero assume rilievo non perché sia di per sé una condotta offensiva, ma perché mette in crisi l'ordine normativo dello spazio Schengen.

Schengen nasce come superamento della concezione westfaliana delle frontiere e come promessa di libertà interna. L'abolizione dei controlli tra Stati membri si fonda sull'idea, a suo modo velleitaria, che le minacce legate alla mobilità degli stranieri possano essere neutralizzate lungo il perimetro di Schengen. Il rafforzamento della gestione comune delle frontiere esterne risponde a questa logica di ridislocazione dei controlli. Tuttavia, se le frontiere esterne diventano permeabili, o sono percepite come tali, la cultura westfaliana del confine statale riemerge e, con essa, la domanda di controlli interni[52]. Osservata da questo punto di vista, la libertà di circolazione dei cittadini europei è una delle conquiste più importanti del processo di integrazione, ma anche una delle più fragili, perché dipende da una sfida ardita: riuscire a governare la mobilità dai paesi terzi. La nostra libertà di movimento è strutturalmente connessa al controllo della mobilità degli altri. L'opzione originaria di Schengen fu, del resto, anzitutto politica: la cooperazione offriva agli Stati una capacità di controllo che nessuno di essi avrebbe potuto esercitare da solo[53].

La crisi di Schengen è, oggi, un dato acclarato, visibile soprattutto nella reintroduzione dei controlli alle frontiere interne. In venti anni – dall'introduzione del codice frontiere Schengen nel 2006 a oggi – gli Stati membri hanno inviato alla Commissione europea quasi 500 notifiche di ripristino dei controlli. Nel primo decennio, fino all'estate 2015, le notifiche sono state appena 36, per lo più motivate da minacce alla sicurezza legate a eventi specifici (vertici internazionali, manifestazioni sportive, ecc.) e con durata limitata a pochi giorni. Nel secondo decennio, le notifiche sono diventate 460. È cambiata la durata, con rinnovi di estensione massima (semestrali), che gli Stati membri reiterano in successione, spesso in violazione del limite massimo di due anni previsto dal Codice frontiere Schengen[54]. Ed è, altresì, cambiata la motivazione: dopo l'esplosione della "crisi dei rifugiati" nell'estate 2015, la motivazione più spesso addotta è la minaccia all'ordine pubblico che deriva dall'afflusso incontrollato di migranti, dai loro movimenti secondari tra Stati membri o, semplicemente, dall'elevato numero di domande di protezione internazionale[55]. È su questo profilo che occorre ora focalizzare l'attenzione.

---

[52] Sulla dialettica tra Schengen e la cultura westfaliana del confine statale, R. ZAIOTTI, *Cultures of Border Control: Schengen and the Evolution of European Frontiers*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2011.

[53] Per una ricostruzione storica della partecipazione italiana alla costruzione dello spazio Schengen, da cui emerge il carattere politico, e non meramente tecnico, della soppressione dei controlli alle frontiere interne, S. PAOLI, *Frontiera Sud. L'Italia e la nascita dell'Europa di Schengen*, Milano, 2018. Sul laboratorio di Schengen come strumento per "addomesticare" i poteri statali in materia di immigrazione, ma anche per potenziarne l'efficacia, D. THYM, *European Migration Law Between "Rescuing" and "Taming" the Nation State: A History of Half-hearted Commitment to Human Rights and Refugee Protection*, in *European Papers*, 2023, vol. 8, 1663 ss.

[54] Art. 25, par. 4, reg. 2016/399. A seguito della riforma del 2024, il limite dei due anni può essere eccezionalmente prorogato di un ulteriore anno sulla base di un procedimento aggravato (art. 25 *bis*, par. 6, reg. 2024/1717).

[55] Al momento in cui si scrive, sono dieci gli Stati aderenti allo spazio Schengen che prevedono controlli alle frontiere: si tratta di 8 Stati membri (Austria, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Olanda, Polonia e Svezia) e di due Paesi associati (Norvegia e Svizzera). In molti casi (Austria, Germania, Danimarca, Svezia, Norvegia e Francia) i controlli sono permanenti dal 2015 ad oggi. I dati indicati nel testo sono ricavati dal documento della Commissione europea, *Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code*,

4.1. L'IMMIGRAZIONE IRREGOLARE COME MINACCIA ALLA SICUREZZA DI SCHENGEN

Uno dei riflessi normativi della crisi di Schengen è il progressivo assottigliamento della distinzione tra il piano della sicurezza e quello della gestione dei flussi migratori dentro le regole. Sin dal 2013 il codice frontiere Schengen specificava che «[l]a migrazione e l'attraversamento delle frontiere esterne di un gran numero di cittadini di paesi terzi non dovrebbero in sé essere considerate una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna»[56]. Questa affermazione esprimeva la logica liberale-materiale: la mobilità irregolare, contraria alle regole dell'Unione, può generare problemi amministrativi o umanitari, ma non equivale a una minaccia per la sicurezza.

Tuttavia, l'art. 29 del codice già instaurava un nesso tra le carenze alle frontiere esterne e le minacce per la sicurezza. Consentiva, infatti, la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne a fronte di «carenze gravi e persistenti» nei controlli alle frontiere esterne, «nella misura in cui tali circostanze costituiscono una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna»[57]. Tale opzione era disciplinata come «*extrema ratio*», da attivare soltanto «in circostanze eccezionali», quando il «funzionamento globale» dello spazio Schengen fosse a rischio, in base a una raccomandazione del Consiglio dell'Unione, da adottare su proposta della Commissione[58]. Ma il duplice argine – sostanziale e procedurale – non ha retto alla pressione degli eventi: dopo il 2015, con l'afflusso incontrollato di rifugiati siriani e il susseguirsi di attacchi terroristici nel cuore dell'Europa, gli Stati membri hanno fatto da sé, cominciando a reintrodurre stabilmente i controlli alle frontiere interne.

La riforma del 2024 rende il superamento della distinzione esplicito. Il nuovo art. 25 del codice frontiere Schengen indica, tra le minacce gravi per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, anche «una situazione eccezionale caratterizzata da spostamenti non autorizzati improvvisi e su vasta scala di cittadini di paesi terzi tra Stati membri, che mette a dura prova le risorse e le capacità complessive di autorità competenti ben preparate e che potrebbe mettere a rischio il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne»[59]. L'ordine pubblico, così, transita nella dimensione normativa. La minaccia non deriva dalla pericolosità dei singoli migranti, ma dal carattere non autorizzato dei movimenti. L'afflusso irregolare, specie se consistente, viene elevato a fattore di crisi dell'ordine giuridico comune. La violazione delle regole di ingresso e circolazione diventa, di per sé, una minaccia alla sicurezza di Schengen[60].

La sovrapposizione dei piani è politicamente comprensibile, perché Schengen non è la somma di libertà individuali di circolazione: è un'infrastruttura istituzionale fondata sulla fiducia reciproca, sulla

---

costantemente aggiornato e consultabile qui: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en (consultato il 30 giugno 2026).

[56] Cons. 5 del reg. 1051/2013, di modifica del previgente reg. 562/2006, poi divenuto cons. 26 del reg. 2016/399.

[57] Art. 26, par. 1, reg. 1051/2013, poi art. 29, par. 1, reg. 2016/399.

[58] Art. 26, par. 1 e 2, reg. 1051/2013, poi art. 29, par. 1 e 2, reg. 2016/399.

[59] Art. 25, par. 1, lett. c), reg. 2024/1717.

[60] Sulla progressiva riconduzione dei movimenti secondari irregolari alle esigenze di salvaguardia del funzionamento dello spazio Schengen, S. PEERS, *Restoring the Borderless Schengen Area: Mission Impossible? Summary of a New Report*, in *EU Law Analysis*, 8 maggio 2024; S. MONTALDO, *La riforma della governance delle frontiere interne dello spazio Schengen*, in M. SAVINO e D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione. Tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio,* Napoli, 2023, 17 ss.; D. VITIELLO, *Nel nome della libertà di circolazione: la riforma di Schengen e le alternative al ripristino dei controlli interni*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, n. 4, 1 ss. In termini più generali, sulla trasformazione di Schengen da spazio di libertà a progetto di sicurezza, J. BORNEMANN, *Competing Visions and Constitutional Limits of Schengen Reform: Securitization, Gradual Supranationalization and the Undoing of Schengen as an Identity-Creating Project*, in *German Law Journal*, 2024, 407 ss.

cooperazione amministrativa e sull'equivalenza funzionale dei controlli esterni. Quando i movimenti secondari diventano strutturali, le regole di competenza cessano di funzionare, viene meno la fiducia reciproca tra Stati e la libera circolazione interna perde, così, la propria base politica.

Sul piano giuridico, però, quella sovrapposizione è problematica perché trasforma l'irregolarità amministrativa in minaccia di sicurezza. Ciò che, nel paradigma classico, era escluso dalla nozione materiale di ordine pubblico rientra ora dalla finestra dell'ordine pubblico normativo. L'attraversamento non autorizzato, la violazione delle regole di competenza, l'elusione del sistema Dublino, i movimenti secondari sono tutti fenomeni che non esprimono una pericolosità individuale e, tuttavia, sono letti come fattori di destabilizzazione dello spazio comune. Ne discende un'idea di maggiore vulnerabilità della sicurezza di Schengen, che, a sua volta, si riflette sulla gestione delle frontiere esterne, irrigidendola.

Un esempio è la centralità che il Patto UE sulla migrazione e l'asilo assegna alla c.d. procedura di frontiera. Tale procedura non sopprime il diritto d'asilo, ma comprime la libertà personale e di movimento di ampie categorie di richiedenti: non solo di quanti rappresentino individualmente una minaccia per l'ordine pubblico, ma anche di quanti provengano da paesi terzi sicuri. Il fine è, anche qui, comprensibile dal punto di vista politico: distinguere alla frontiera tra richiedenti meritevoli e non meritevoli serve a limitare l'abuso dell'asilo, cioè a evitare che i migranti in arrivo chiedano strumentalmente asilo per potersi spostare in altri Stati membri e sottrarsi al rimpatrio. Ma, di nuovo, il mezzo coercitivo prescelto è problematico sul piano giuridico, in quanto implica una limitazione su vasta scala della libertà personale o di circolazione dei richiedenti protezione internazionale[61].

Ne derivano forti tensioni tra i poteri dello Stato: da un lato, i giudici nazionali rivendicano un ruolo attivo nella tutela dei diritti fondamentali in gioco, ricorrendo a strumenti, come la disapplicazione della legislazione nazionale sulla procedura di frontiera, che mettono in crisi il sindacato accentrato di costituzionalità; dall'altro, le istituzioni rappresentative lamentano quelle che interpretano come invasioni di campo e l'impossibilità di definire politiche decisive per l'identità delle comunità nazionali. La sicurezza di Schengen rivela così la propria fragilità e scarica le sue contraddizioni sugli ordinamenti nazionali e sulla stessa idea di Stato di diritto.

4.2. LA "CLAUSOLA DEL LEVIATANO" DI FRONTE ALLA STRUMENTALIZZAZIONE DEI MIGRANTI

Uno scenario ancor più estremo è rappresentato dalla c.d. strumentalizzazione dei migranti. Quando un paese terzo ostile, come la Russia o la Bielorussia, spinge deliberatamente gruppi di richiedenti asilo verso la frontiera esterna dell'Unione per esercitare pressione politica sugli Stati membri frontalieri, questi ultimi si difendono chiudendo le frontiere. Le operazioni di respingimento dei migranti alla frontiera fanno leva sulla qualificazione della mobilità migratoria come minaccia ibrida per giustificare la violazione delle norme europee sull'accesso alla procedura di asilo e sul divieto di *refoulement*. È in questo contesto che l'art. 72 TFUE tende a riemergere come "clausola del Leviatano": i governi più esposti invocano quella previsione dei trattati per rivendicare il primato della loro responsabilità come

[61] Per una più ampia articolazione del discorso sui fini e sui mezzi della procedura di frontiera, nonché per le implicazioni che ne discendono sul piano della tutela giurisdizionale, M. SAVINO, *Se i giudici tornassero a occuparsi del caso concreto? L'impasse sui Paesi terzi sicuri e una possibile via di uscita*, in *ADiM Blog*, 30 novembre 2024. Per una diversa lettura, C. CUDIA, *Osservazioni sul decreto legge in materia di individuazione dei paesi di origine sicuri nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale: quando il fine non giustifica il mezzo (e il mezzo è inidoneo a perseguire il fine)*, in Federalismi.it, 2024, n. 27, 48 ss.

garanti della sicurezza interna e giustificare deroghe a regole comuni percepite come inadeguate alla crisi.

Ne sono seguite, a livello europeo, risposte istituzionali solo in parte convergenti. Prima, nella sentenza *M.A.* (2022), la Corte ha ribadito che l'art. 72 TFUE non introduce una riserva generale di sovranità in materia di ordine pubblico e sicurezza interna, tale da sottrarre le misure nazionali all'applicazione del diritto dell'Unione. L'art. 72 va interpretato restrittivamente e non può essere invocato con un generico richiamo all'afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi o a esigenze di sicurezza. In particolare, quella norma non consente a uno Stato membro di privare lo straniero irregolarmente presente sul suo territorio del diritto di presentare una domanda di protezione internazionale. Piuttosto – ricalcando l'impostazione già seguita nel caso *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca* (2020)[62] – la Corte sottolinea che il diritto derivato già offre strumenti specifici (come le procedure di frontiera sopra evocate) per fronteggiare domande manifestamente infondate in situazioni di pressione alle frontiere[63]. Trova, così, conferma l'idea – coltivata dai giudici di Lussemburgo – secondo cui l'art. 72 TFUE resta una clausola eccezionale, capace di sospendere il diritto dell'Unione solo ove le norme europee non assicurino strumenti sufficienti per fronteggiare le minacce.

In una prospettiva convergente ha operato il legislatore europeo con il regolamento sulle situazioni di crisi adottato a maggio 2024. Quelle norme regolano in modo esplicito l'ipotesi della strumentalizzazione dei migranti da parte di Stati ostili, da un lato, ammettendo che essa possa «mettere a repentaglio funzioni essenziali di uno Stato membro, compresi il mantenimento dell'ordine pubblico o la salvaguardia della sicurezza nazionale»[64] e, dall'altro, costruendo un regime speciale di deroghe procedurali[65]. L'obiettivo è, anche in questo caso, riportare la gestione delle situazioni di crisi entro un quadro normativo comune, così da ridurre i margini di uscita selettiva dell'art. 72 TFUE.

Di segno diverso è, invece, la risposta fornita dalla Commissione. Con una comunicazione non vincolante del dicembre 2024[66], la Commissione ha aperto alla possibilità che, per fronteggiare la strumentalizzazione dei migranti da parte dei governi russo e bielorusso, gli Stati membri adottino misure in deroga, nei limiti della proporzionalità e della stretta necessità. Pur lasciando agli Stati l'onere di difendere quelle misure davanti ai giudici, la comunicazione segna un punto di svolta, perché riconosce che l'art. 72 TFUE potrebbe legittimare pratiche di respingimento alla frontiera in risposta alla strumentalizzazione. Così, da problema, l'art. 72 TFUE diventerebbe la soluzione: da clausola da marginalizzare, perché indebolisce il primato del diritto dell'Unione, diventerebbe una clausola eccezionale di autodifesa che gli Stati membri potrebbero attivare, a protezione della stessa Unione, contro minacce ibride. Invece di tollerare sul piano politico risposte degli Stati membri che violano il diritto dell'Unione, la Commissione offre loro una possibile copertura giuridica europea[67].

Il mutamento che questo scenario prefigura è radicale. L'asilo nasce come garanzia di accesso a una procedura che consenta di esaminare individualmente le richieste di protezione. La declinazione in

---

[62] Il caso è discusso *supra*, § 3.2.
[63] Corte giust., 30 giugno 2022, C-72/22 PPU, *M.A. c. Valstybės sienos apsaugos tarnyba*.
[64] Art. 1, par. 4, lett. b), reg. 2024/1359.
[65] Art. 10 ss., reg. 2024/1359.
[66] Commissione europea, *Comunicazione sul contrasto alle minacce ibride causate dall'uso della migrazione come arma e sul rafforzamento della sicurezza alle frontiere esterne dell'UE*, COM(2024) 570 final, 11 dicembre 2024.
[67] D. THYM, *Does the Commission Cross the Rubicon? Legalising Pushbacks on the Basis of Article 72 TFEU*, in *EU Migration Law Blog*, 10 gennaio 2025.

termini normativi della sicurezza di Schengen induce, però, le stesse istituzioni europee a qualificare l'arrivo di richiedenti asilo, a certe condizioni, come minaccia sistemica. L'accesso alla protezione sarebbe, perciò, non solo negato a chi rappresenti una minaccia grave per la sicurezza, ma addirittura precluso a gruppi indifferenziati di richiedenti per ragioni di sicurezza legate a fattori esterni, senza esame individuale.

La declinazione normativa dell'ordine pubblico esaspera la tensione con il paradigma liberale, anzitutto perché riduce i margini di giustiziabilità. Nell'accezione materiale, l'amministrazione valuta la pericolosità individuale secondo tecniche e parametri consolidati, e il giudice può controllare la correttezza della valutazione e la solidità dei fatti su cui essa poggia. Nell'accezione normativa, invece, il giudice accerta soltanto l'irregolarità dell'ingresso o del soggiorno, equiparata a una minaccia per la sicurezza. L'area dell'accertamento individuale si restringe, dovendosi piuttosto stabilire se un fenomeno cumulativo, come gli spostamenti non autorizzati su vasta scala, possa pregiudicare la capacità amministrativa statale e compromettere il funzionamento globale dello spazio comune. Il problema è stabilire a chi spettino simili valutazioni: può il giudice comune, nel sindacare il caso concreto, riaprire bilanciamenti tra interessi di portata generale? O deve intervenire il giudice delle leggi, pur in assenza di dati solidi, indicatori condivisi e parametri oggettivi? Oppure si tratta di valutazioni che il legislatore intende riservare alla discrezionalità politica, pur in un'area – quella dei diritti fondamentali dei migranti – fortemente esposta al rischio di "tirannia" della maggioranza?

5. ORDINE PUBBLICO E SEPARAZIONE DEI POTERI: VERSO UN NUOVO EQUILIBRIO?

L'immigrazione e le numerose altre minacce contemporanee alla sicurezza pongono le democrazie liberali di fronte ai loro limiti[68]. In particolare, mettono in risalto la loro difficoltà nell'indirizzare il destino delle rispettive comunità nazionali[69]. Quelle minacce generano problemi reali, amplificati da paure, come quella della sostituzione etnica. A ciò si aggiunge la percezione di una cultura politico-amministrativa poco incline ad assumere la responsabilità di decisioni difficili, in grado di incidere sulla qualità della vita dei cittadini. Quando, poi, ciò avviene in un contesto di complessiva regressione del benessere collettivo, il rischio che si delinea va oltre l'arretramento di alcune libertà e garanzie. Le paure collettive – in assenza di un dibattito pubblico capace di analizzarle e trovare risposte ai bisogni che esse esprimono – possono diventare tossiche e politicamente manipolabili. Generano una domanda di protezione che può ridurre la capacità democratica di giudizio e creare le premesse per involuzioni in senso autocratico[70]. È, appunto, in questo contesto che riprendono vigore gli slanci

[68] Tra le nuove sfide, si pensi alla *cybersecurity*, su cui M. MATASSA, *La sicurezza cibernetica come funzione pubblica*, Milano, 2025.
[69] Sulla crisi delle democrazie in conseguenza del moltiplicarsi di nuovi vincoli, derivanti da mercati, organizzazioni internazionali, Unione europea, autorità indipendenti e giudici, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017. Sul paradosso delle democrazie liberali, sempre più efficaci nel proteggere l'autonomia individuale, ma sempre meno capaci di costituirsi come potere collettivo e di assumere decisioni comuni, M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, 2002, e ID., *L'avènement de la démocratie*, IV: *Le nouveau monde*, Paris, 2017. Sulla difficoltà delle democrazie contemporanee di trasformare la moltiplicazione dei controlli e delle domande individuali in una capacità positiva di decisione collettiva, P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, 2006, nonché F. FUKUYAMA, *In Defense of the Deep State*, in *Asia Pacific Journal of Public Administration*, 2024, vol. 46, n. 1, 1 ss., dove si sottolinea l'eccesso di «proceduralismo» come elemento che rallenta l'azione dei governi e ne riduce l'efficacia. Sulla crisi del liberalismo europeo, I. KRASTEV, *What's Wrong with East-Central Europe? Liberalism's Failure to Deliver*, in *Journal of Democracy*, 2016, vol. 27, n. 1, 35 ss., e ID., *After Europe*, Philadelphia, 2017, dove si interpreta la crisi non solo come "*failure to deliver*" amministrativa, ma anche come rottura del rapporto tra promesse liberali e sicurezza, nonché tra appartenenza e controllo democratico.
[70] Secondo l'efficace diagnosi di M.C. NUSSBAUM, *The Monarchy of Fear. A Philosopher Looks at Our Political Crisis*, New York, 2018, la manipolazione politica delle paure genera sentimenti (di rabbia, invidia, disgusto) che corrodono il tessuto sociale

"hobbesiani" degli Stati membri e le diagnosi "schmittiane" sulla irrimediabile insufficienza del diritto quando è in gioco la conservazione dell'ordinamento[71].

I due movimenti descritti nei paragrafi precedenti – dall'accezione materiale di ordine pubblico alle meno rassicuranti accezioni ideale e normativa della nozione – segnalano entrambi l'insufficienza, nel diritto dell'immigrazione contemporaneo, della prima nozione. Ogni misura di ordine pubblico contiene una componente prognostica, ma diversi possono essere il grado di anticipazione della prevenzione e l'intensità del nesso con la condotta individuale. Da questo punto di vista, l'ordine pubblico in senso materiale rappresenta la versione più garantista e più rispondente al modello amministrativo liberale: l'autorità conserva il potere di prevenzione, ma quel potere resta ancorato a presupposti individualizzati e sindacabili. Nel diritto dell'immigrazione, tuttavia, il problema della sicurezza è più composito. Non riguarda soltanto la pericolosità del singolo straniero. In un quadro geopolitico segnato dal ritorno della sicurezza nazionale, l'appartenenza dello straniero diventa, nella pratica, un elemento della costruzione amministrativa del rischio. Rilevano, inoltre, la compatibilità di determinate condotte con i valori fondamentali della comunità ospitante e la tenuta di sistemi regolativi complessi, come Schengen, fondati sulla fiducia reciproca e sull'effettività delle regole comuni. In questi casi, il centro della valutazione tende ad allontanarsi dalla condotta offensiva individuale, a desoggettivizzarsi. L'ordine pubblico ideale e quello normativo sono, perciò, due varianti della stessa trasformazione. Il primo coglie rischi valoriali, il secondo rischi sistemici: entrambi superano il rapporto bilaterale tra autorità e libertà individuale e fanno della sicurezza una categoria di governo di fenomeni collettivi.

Ne deriva una prima implicazione: il sindacato giurisdizionale cambia intensità e oggetto. Quando l'ordine pubblico è materiale, il controllo può essere più penetrante, perché il giudice verifica il fatto, la condotta, l'attualità della minaccia, la proporzionalità della misura. Quando l'ordine pubblico diventa ideale o normativo, il giudice si confronta invece con giudizi di sistema, valutazioni prognostiche e presunzioni di portata generale, che conformano e limitano dall'esterno i diritti di libertà. Nasce, così, il dilemma del giudice comune: se il suo sindacato debba estendersi a quelle valutazioni, discrezionali e desoggettivizzate, così da rendere "pienamente" giustizia e difendere la "integrità" dei diritti nel caso concreto; o se, invece, il giudice debba accettare i limiti che quella più ampia area di discrezionalità impone al suo controllo[72].

La risposta, evidentemente, incide sulla separazione dei poteri. La nozione materiale di ordine pubblico riduce lo spazio della discrezionalità politica e amministrativa, perché, pur senza cancellarla, impone presupposti rigorosamente fattuali, individualizzati e, perciò, verificabili dal giudice. Le nozioni ideale e normativa, invece, riaprono spazi di discrezionalità più ampi, nei quali tecnica, politica e amministrazione si intrecciano. Redistribuiscono una quota di potere decisionale verso le istituzioni rappresentative, affidandosi a parametri meno giustiziabili, che impongono al giudice di fare un passo indietro. Non per questo, però, si collocano fuori del diritto. Proprio perché più "politiche", in passato quelle nozioni sono state più agevolmente manipolate e usate in senso liberticida. Ma la lezione del

---

e producono una regressione "infantile" della politica: il cittadino impaurito cerca protezione, individua capri espiatori, si chiude verso l'altro e diventa disponibile a leader che promettono sicurezza, semplificazione e vendetta.

[71] C. SCHMITT, *Teologia politica* (1922), in ID., *Le categorie del "politico"*, Bologna, 1972, 33 ss.

[72] Di recente, sul tema, S. PERONGINI, *Le nuove categorie dogmatiche della discrezionalità comparativa. «Das intendierte Ermessen, das null Ermessen» e la maturazione del potere amministrativo discrezionale*, Torino, 2025, e A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, Torino, 2025.

passato ci consente ora di inquadrarle nell'esercizio di una funzione pubblica da svolgere dentro una cornice di regole, di cui il giudice può controllare il rispetto. Non si tratta di negare giustizia, ma di accettare un sindacato meno "intrinseco" e più attento agli aspetti procedurali, che preservi la quota di scelta politica racchiusa nella discrezionalità. Spetta anche alla politica vigilare sui valori dell'art. 2 TUE ed evitare che la sicurezza giustifichi forme di discriminazione ideologica, religiosa o culturale.

Nel contesto attuale – segnato dalla crisi della "*capacity to deliver*" delle democrazie e dalla conseguente ascesa delle autocrazie – il recupero della dimensione politica dell'ordine pubblico può avere un fondamento razionale. Accogliere nel diritto dell'Unione nozioni capaci di ricomprendere rischi valoriali e sistemici può ridurre la pressione verso l'attivazione dell'art. 72 TFUE e, al contempo, restituire alle istituzioni rappresentative una quota di responsabilità decisionale. Questa strategia di difesa e rilancio delle democrazie non è necessariamente antigiuridica. Le nozioni di ordine pubblico ideale e normativo comportano una minore intensità del sindacato, ma non lo eliminano, né escludono altre forme di *accountability*, anche giuridica, previste dall'ordinamento. La sicurezza non si riduce a un concetto di ordine pubblico controllabile dal giudice: è, prim'ancora, una funzione pubblica, distribuita tra apparati, procedimentalizzata, e sottoposta ai principi di legalità e di responsabilità[73]. Resta, perciò, assoggettata ai vincoli costituzionali e legislativi anche quando la legge alloca diversamente il potere decisionale[74].

Questa lettura suggerisce, dunque, l'opportunità di resistere alle semplificazioni più diffuse. Si può essere tentati di considerare l'emersione a livello europeo delle nozioni di ordine pubblico ideale e normativo come un errore di percorso, una pericolosa deviazione dal confortevole progetto liberale di espansione dei diritti e delle tutele. Ma cedere a quella tentazione significa trascurare rischi più radicali per lo Stato di diritto e negare la politicità delle scelte discrezionali, accettando – se non auspicando – che il giudice tratti come pienamente giustiziabili valutazioni che non lo sono e sostituisca il proprio giudizio a quello dell'amministrazione competente o degli organi politicamente responsabili. Questa opzione può servire, nell'immediato, a garantire una protezione più elevata ad alcuni diritti. Alla lunga, però, rischia di corroderne il fondamento democratico, perché dietro i diritti vi sono scelte distributive delle quali non può rispondere il giudice.

La diagnosi, allora, può essere riassunta così. Il rischio più radicale, per lo Stato di diritto e per il primato del diritto dell'Unione, deriva dall'interpretazione dell'art. 72 TFUE come riserva generale di sovranità: una lettura che mira a giustificare qualsiasi declinazione della missione "hobbesiana" degli Stati membri e che rischia di aprire un nuovo fronte del *rule of law backsliding* a livello europeo[75]. Il diritto dell'immigrazione contemporaneo tenta di arginare questa deriva, superando il monopolio liberale sulla nozione di ordine pubblico e facendo spazio a varianti che restano ancorate allo Stato di diritto, ma ne modificano gli equilibri. Dopo decenni di "*Verrechtlichung*", di allargamento della sfera della giuridicità, che ha sottratto al tradizionale ambito di influenza della politica una quota crescente di situazioni e rapporti[76], l'Unione europea e gli Stati membri usano quelle nozioni nella ricerca di un nuovo bilanciamento tra sistema di garanzie e decisione democratica. Ne deriva una redistribuzione

[73] Sulla sicurezza pubblica come funzione costituzionalmente vincolata, R. URSI, *La sicurezza pubblica*, cit.
[74] Sulle regole come «strumenti per l'allocazione di potere», F. SCHAUER, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), Bologna, 2000, spec. 20 e 349-351.
[75] L. PECH e K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, vol. 19, 3 ss.
[76] S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008.

del potere, che interessa anche la sfera giurisdizionale. Meno sindacato intrinseco, più sindacato estrinseco. Meno controllo del giudice comune, più controllo del giudice delle leggi. Meno diritti fondamentali intesi come principi di ottimizzazione, di perfezionamento etico degli ordinamenti[77]; più diritti fondamentali intesi come perimetro costituzionale entro il quale il principio democratico regge la scelta politica e amministrativa responsabile[78].

Il compito del giurista non è negare questa trasformazione, né celebrarla: è prendere atto che la nozione liberale di ordine pubblico, pur restando il modello più garantista, non basta più a servire tutte le funzioni della sicurezza nel diritto dell'immigrazione, né a contenere le tensioni che si addensano intorno all'art. 72 TFUE. Occorre, perciò, sforzarsi di comprendere quale possa essere un punto di caduta accettabile, per impedire che la sicurezza torni a giustificare l'arbitrio e, al contempo, evitare che il controllo giurisdizionale diventi sostituzione[79]. Com'è evidente, la posta in gioco non è solo la tutela dello straniero. È la credibilità stessa del diritto come forma di governo di fenomeni divisivi. Se il diritto arretra troppo, la sicurezza diventa decisione politica non governata. Se il diritto pretende troppo, trasformando ogni scelta di sicurezza in una questione interamente giudiziale, rischia di erodere l'area della responsabilità politica e della discrezionalità amministrativa. In entrambi i casi, la separazione dei poteri viene compromessa e, con essa, il "motore" delle nostre democrazie costituzionali.

[77] R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1985), Bologna, 2012, p. 101 ss.
[78] Su questo antagonismo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.
[79] Sull'avanzata del controllo del giudice sull'amministrazione negli ordinamenti occidentali e sulla necessità di temperare gli eccessi "sostitutivi" della giurisdizione, M. D'ALBERTI, *Giudicare il potere amministrativo. Il controllo del giudice sulla pubblica amministrazione*, Bologna, 2025.