

MARCO ANTONIOLI

### **L'AUTORITÀ DI PUBBLICA SICUREZZA PUÒ LIMITARE LA CIRCOLAZIONE DEL CONIUGE CON PROLE SU ISTANZA DELL'ALTRO GENITORE?**

The author addresses the issue of the freedom of movement of people in compliance with the EU law and the European Convention on Human Rights (ECHR). A specific issue involves the relationship between the freedom of movement in the Union and the Italian law in the light of the judgements of national administrative courts. The case study concerns the fact that a parent is not allowed to obtain a passport or an identity card for travelling abroad on account of non fulfilling his obligations to pay maintenance allowance for his children.

Under the EU law, national restrictions against the freedom of movement are not accepted and individuals are entitled to invoke it before the competent authority or the national courts; nevertheless, the freedom of movement is not unconditional and can be restricted. The author examines some Italian cases of freedom of movement restrictions implemented in order to guarantee the fulfilment of child support obligations in the light of the nature which the Court of Justice attributes to the right of movement in the EU.

The fulfilment of the children maintenance is subjected, in any case, to the European freedom of movement and above all to the principle of proportionality which has a pivotal role in the EU law, as well as in the ECHR, in the light of discretionary powers of the public bodies. A restriction of freedom of movement constitutes a measure which exceeds what is suitable (or necessary) to achieve the desired end, if it could be attained by a less onerous method. In this case the European Court of Human Rights (ECtHR) stated that the measure violated the fundamental rights guaranteed by the ECHR and notably the Article 2 of Protocol No. 4.

SOMMARIO: 1. L'intervento del giudice amministrativo sui pubblici poteri che si iscrivono nell'ambito del contenzioso tra i coniugi. — 2. Regole contenute nella Legge n. 241/1990 e provvedimenti restrittivi in materia di passaporti. — 3. La tesi

giurisprudenziale della natura rigidamente vincolata, in tale ambito, della potestà amministrativa. — 4. Procedimento amministrativo e libertà di circolazione tra diritto dell'Unione e Convenzione EDU. — 5. Conseguenze delle dissonanze tra Legge n. 1185/1967 e diritto europeo. — 6. Convenzione EDU e Protocollo n. 4, nella declinazione offerta dalla CDFUE. — 7. Il test di proporzionalità nella sentenza Battista della Corte EDU e nel diritto dell'Unione. — 8. Breve analisi e critica della tesi espressa dal Consiglio di Stato.

1. *L'intervento del giudice amministrativo sui pubblici poteri che si iscrivono nell'ambito del contenzioso tra i coniugi.*

Le frontiere della giurisdizione amministrativa tendono ad allargarsi in misura progressiva e crescente, fino a ricomprendere, entro i suoi confini, ambiti in precedenza estranei alla propria cognizione. Come attesta, ad esempio, l'intervento del giudice degli interessi legittimi, quando viene invocato l'accesso che un coniuge intende esercitare, al fine di apprendere dall'Autorità amministrativa dei dati che riguardano l'altro coniuge. È il caso della facoltà d'accesso, regolato, nel capo V, dagli artt. 22 ss. della Legge 7 agosto 1990, n. 241, che, più spesso, la moglie intende esercitare all'Archivio dei rapporti finanziari del marito, presso l'Anagrafe tributaria di cui all'art. 7 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 605, insorgendo dinanzi al giudice amministrativo avverso il diniego opposto dall'Agenzia delle entrate.

L'interesse di un coniuge all'ostensibilità di tali dati, com'è prevedibile, si scontra con le esigenze di riservatezza, che l'altro coniuge intende fare valere sui medesimi. La prevalenza dell'una ovvero dell'altra angolazione registra, nella giurisprudenza amministrativa, pronunzie oscillanti, in presenza di contrapposti orientamenti. Ancora, sul piano processuale, la tutela dell'accesso, nei confronti della P.A. (1), denota una difficile convivenza con i poteri istruttori dell'Autorità giudiziaria (2), in cui rientrano quelli previsti dall'art. 337 *ter*, ult. comma, c.c., controvertendosi sulla possibilità di

---

(1) Per una ampia ed aggiornata disamina della tematica e dei contrapposti indirizzi, che si contendono il campo, si veda TAR Lombardia, Milano-Sez. I, 27 agosto 2018, n. 2024. Quest'orientamento, in via di consolidamento, che valorizza la tutela della riservatezza, è condiviso, tra gli altri, da: C. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2018, n. 2120; e da C. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2017, n. 3461. La tesi più risalente, invece, è espressa, *ex plurimis*, da: TAR Lazio, Sez. III, 12 dicembre 2017, n. 2161, portante numerosi richiami giurisprudenziali, a sostegno di una ostensibilità, pressoché incondizionata, dei rapporti finanziari del coniuge.

(2) In argomento, da ult., F. D'ANNOVI, *L'istruttoria patrimoniale nel processo di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 989 ss. e, specialmente, pp. 1005 ss.

cumulare con gli strumenti di cui essa dispone il ricorso giurisdizionale amministrativo, proposto avverso il diniego di accesso.

Quello appena evocato, tuttavia, non è il solo caso di apertura delle frontiere della giurisdizione amministrativa al diritto di famiglia. Nelle pagine che seguono, infatti, si intende dare conto dell'applicazione ai coniugi con prole della Legge 21 novembre 1967, n. 1185, in materia di rilascio e di ritiro dei passaporti ("*Norme sui passaporti*") (3); e l'impossibilità di conseguire un documento d'identità, valido per l'espatrio, *ça va sans dire*, implica, come si intende dimostrare, la negazione, radicale e non proporzionata, di un diritto fondamentale, quello della libera circolazione, assicurato dal diritto dell'Unione.

Le questioni sul tappeto si iscrivono in un duplice contesto, il primo dei quali investe l'applicazione degli strumenti di garanzia previsti, nell'ambito dell'attività procedimentale, dalla già citata Legge n. 241/1990 (4); il secondo, invece, ha ad oggetto la disciplina della materia, sul piano sostanziale, con implicazioni di indubbia pregnanza vertenti sui rapporti configurabili tra la medesima e il diritto, primario e derivato, dell'Unione e la Convenzione EDU: una declinazione, quella qui prospettata, della quale, come si intende dimostrare nelle pagine seguenti, non sembra avere adeguatamente tenuto conto, almeno finora, la giurisprudenza amministrativa, i cui approdi interpretativi, pertanto, non possono essere condivisi.

## 2. *Regole contenute nella Legge n. 241/1990 e provvedimenti restrittivi in materia di passaporti.*

Sotto il primo dei due versanti considerati, il procedimento inteso a pervenire al ritiro del passaporto ad uno dei coniugi ovvero al diniego del suo rilascio si iscrive in una dimensione di tipo orizzontale, in cui entrambi, in quanto soggetti privati, sono portatori di interessi contrapposti, con la conseguenza che il provvedimento

---

(3) L'equazione tra diniego e ritiro del passaporto è prevista dall'art. 12, comma 1, della citata Legge n. 1185/1967, secondo cui: "*Il passaporto è ritirato, a cura di una delle autorità indicate all'articolo 5, quando sopravvengono circostanze che ai sensi della presente legge ne avrebbero legittimato il diniego*".

(4) La funzione assoluta dal procedimento, secondo un'autorevole opinione, è quella di consentire un controllo sull'esercizio del potere, con l'effetto che la legalità assurge ad un rango procedurale, oltre che sostanziale (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2017, pp. 235 ss. Dello stesso Autore si veda già *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, pp. 180 ss.).

che verrà adottato dall’Autorità di Pubblica Sicurezza sarà munito di un « doppio effetto » (5). Questa collocazione postula, ovviamente, che la medesima Autorità, qualora intenda disporre il ritiro del passaporto, comunichi al destinatario l’avvio del procedimento, ai sensi dell’art. 7 della Legge n. 241/1990, mettendolo, così, in condizione di fare valere le facoltà previste dal successivo art. 10, interloquendo con l’amministrazione e il responsabile del procedimento. Nella quale evenienza il suddetto destinatario può non soltanto prendere visione degli atti, ma presentare eventuali memorie e documenti che la Pubblica Sicurezza è tenuta a valutare, ove ritenuti pertinenti, in funzione dell’adozione della misura che essa intende adottare. Ancora, quando il coniuge inoltra una domanda di rinnovo del passaporto, sembra ragionevole che, in caso di esito negativo, si adotti la preventiva comunicazione del preavviso di rigetto, in base all’art. 10-*bis* della medesima Legge n. 241/1990 (6), con la conseguenza che il medesimo, entro dieci giorni decorrenti da essa, potrà presentare le proprie osservazioni. In un simile modello, ovviamente, l’altro coniuge è munito di facoltà di intervento, ai sensi dell’art. 9 della medesima Legge, in considerazione del « doppio effetto », che gli atti dell’Autorità sono suscettibili di produrre.

Tuttavia, un orientamento, ormai, tetragono dei giudici amministrativi nega, in materia, l’ingresso nel procedimento delle garanzie previste dalla Legge n. 241/1990. Intanto, sembra difficile che in un simile procedimento possano prospettarsi “*particolari esigenze di celerità*”, tali da ovviare alla comunicazione del suo avvio agli interessati, ai sensi dell’art. 7, comma 1, della Legge n. 241/1990. Questo indirizzo, infatti, configura la potestà amministrativa, prevista dalla Legge n. 1185/1967, come interamente vincolata, enfatizzando il disposto dell’art. 3, lett. *b*), della stessa Legge, in base a cui: “*sono condizioni per il rilascio del passaporto l’autorizzazione del giudice tutelare o, in sua mancanza, dell’altro genitore*”. Ciò con due corollari, derivanti dal disposto dell’art. 21-*octies* della Legge n. 241/1990: che l’omessa comunicazione non viene ritenuta in grado di implicare un effetto invalidante sul ritiro del passaporto del coniuge con prole; e che, comunque, si assume che il contenuto del provvedimento,

---

(5) Secondo la tesi espressa da G. GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici fra privati*, Milano, 1977, *passim*.

(6) In argomento, da ult., C. Stato, Sez. III, 5 giugno 2018, n. 3396.

rigidamente vincolato, non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato (7).

3. *La tesi giurisprudenziale della natura rigidamente vincolata, in tale ambito, della potestà amministrativa.*

La costruzione riferita non appare persuasiva, intanto, perché l'interessato, ancorché a fronte della privazione di una libertà personale, non viene posto in condizione di rappresentare all'Autorità alcun elemento in grado di evitare di essere sottoposto ad una misura restrittiva: e se, per un verso, l'effetto afflittivo prodotto sembra equiparabile a quello di una pena ~~inflitta~~, per di più, in assenza di un contraddittorio, per altro verso, poi, tale misura è in condizione di protrarsi in modo indefinito, in quanto la sua durata non risulta predeterminata dall'Autorità pubblica.

*irrogata*

Si consideri anche che, in base all'art. 3, lettere *d*) ed *e*), della Legge n. 1185/1967, non possono ottenere il passaporto coloro che debbono "espiare una pena restrittiva della libertà personale" ovvero sono sottoposti ad una misura di sicurezza detentiva o a una misura di prevenzione: se a queste situazione va considerata *tout-court* equivalente quella prevista dalla lett. *b*) del medesimo art. 3, si perviene al sorprendente effetto di equiparare il coniuge con prole a chi deve scontare un condanna penale, con la differenza, ancora più sorprendente, che il divieto di ottenere il rilascio del passaporto soggiace ad un termine nel primo caso, ma non nel secondo.

Inoltre, da una parte, il carattere rigidamente vincolato del potere di ritirare e di non concedere il rinnovo del passaporto si coniuga con una certa difficoltà con il carattere ampiamente discrezionale, che un indirizzo, ormai, consolidato della giurisprudenza amministrativa riconosce all'attività di Pubblica Sicurezza, come avviene sia per il rilascio della licenza del porto d'armi (artt. 11, 39 e 43 TULPS) (8), sia per la sospensione della licenza di un esercizio

(7) TAR Lombardia, Milano-Sez. I, 4 maggio 2016, n. 858. Come pure si è osservato, però, il vizio della mancanza comunicazione "può riguardare anche attività discrezionali, purché l'Amministrazione riesca a dimostrare in giudizio ... che l'esito del procedimento non sarebbe cambiato" (D.U. GALETTA, in *Argomenti di diritto amministrativo*, a cura di G. Greco, vol. I, *Parte generale. Lezioni*, III ed., pp. 283-248).

(8) Conformemente, da ult., C. Stato, Sez. III, 22 agosto 2018, n. 5015. Ancora, l'Autorità di Pubblica Sicurezza "ha un'ampia discrezionalità nel valutare l'affidabilità della persona nel fare buon uso delle armi" (TAR Piemonte, Sez. II, 22 agosto 2018, n. 969). Non diversamente, TAR Lombardia, Milano-Sez. I, 20 settembre 2018, n. 2112, § 1.6.

*Milano, 2017*

commerciale costituente pericolo per l'ordine pubblico e per la sicurezza (art. 100 TULPS) (9); dall'altra parte, poi, la partecipazione procedimentale viene giudicata non necessaria, proprio in ragione del carattere strettamente vincolato del potere (10), sussistente, peraltro, in ipotesi assai circoscritte, come nel caso in cui grava sull'Amministrazione il dovere di reprimere un abuso edilizio, al quale non pare, di certo, equiparabile quello in esame.

4. *Procedimento amministrativo e libertà di circolazione tra diritto dell'Unione e Convenzione EDU.*

Il disconoscimento di una dimensione procedimentale dell'azione autoritativa non appare convincente, specie se si considera che il possesso del passaporto incide sull'esercizio di libertà di circolazione nello spazio europeo. Il diritto dell'Unione, in particolare, impone l'osservanza del principio del contraddittorio procedimentale, in virtù del quale ogni persona ha il diritto di essere sentita prima dell'adozione, nei suoi confronti, di qualsiasi decisione munita di una diretta valenza. Tale diritto, secondo la Corte di Lussemburgo, discende non soltanto dall'art. 41, § 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), il quale garantisce il diritto ad una buona amministrazione, ma anche dagli artt. 47 e 48 della medesima Carta, i quali assicurano il rispetto dei diritti della difesa e il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale (11). La libertà di circolazione risulta garantita anche

---

(9) TAR Lombardia, Brescia-Sez. II, 21 maggio 2018, n. 496, secondo cui: "Detto potere, ampiamente discrezionale, ha natura tipicamente preventiva e cautelare, a garanzia di interessi pubblici primari quali la sicurezza e l'ordine pubblico, di tal che la sospensione della licenza deve ritenersi legittimamente adottata in tutti i casi in cui, a prescindere dalla colpa del titolare dell'esercizio, ricorra una situazione tale da configurare una fonte di pericolo concreto ed attuale per la collettività". Sulla natura cautelare e preventiva di tale potere e non sanzionatoria, da ult.: TAR Liguria, Genova-Sez. II, 18 gennaio 2018, n. 26, e TAR Abruzzo, Pescara-Sez. I, 31 gennaio 2017, n. 54.

(10) *Ex plurimis*: TAR Lombardia, Milano-Sez. I, 24 ottobre 2018, n. 2396; TAR Campania, Napoli-Sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5838; TAR Sardegna, Cagliari-Sez. II, 8 ottobre 2018, n. 840.

(11) Si confronti, CGUE, Sez. V, 3 luglio 2014, C-129/13 e C-130/13, *Kamino*, che ha ribadito tale principio, richiamando, tra l'altro, in segno conforme, la precedente giurisprudenza e, segnatamente, CGUE, Sez. I, 22 novembre 2012, C-277/11, *M.M. c/Irlanda*, e CGUE, Sez. II, 18 dicembre 2008, C-349/07, *Sopropé*. In forza di tale principio, che trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione si proponga di adottare nei confronti di un soggetto un atto ad esso lesivo (*Sopropé*, cit., § 36), i destinatari di decisioni che incidono sensibilmente sui loro interessi debbono essere messi in condizione di manifestare utilmente il loro punto di vista, in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione (ivi, § 37). Tale obbligo incombe sulle amministrazioni degli Stati membri, ogniqualvolta esse adottino

dall'art. 20, § 2, secondo cui i cittadini dell'Unione “*hanno, tra l'altro:*  
*a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*” (12), mentre, in base all'art. 45, § 1, CDFUE, “*Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*”.

In proposito, occorre ricordare anche che, in base all'art. 52 CDFUE, da un lato, i diritti riconosciuti dalla medesima Carta si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai Trattati, nel rispetto del principio di proporzionalità; dall'altro, poi, e le relative limitazioni debbono risultare necessarie e rispondere “*a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*”; e, ancora, quando la CDFUE contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione EDU, “*il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*”.

Di conseguenza, non si vede come, in materia di passaporti, l'Autorità di Pubblica Sicurezza non sia tenuta a fare applicazione delle regole procedurali dischieste dal diritto dell'Unione, specie se si considera come l'art. 1, I alinea, ult. parte, Legge n. 241/1990, disponga che l'attività amministrativa è retta dai principi dell'ordinamento comunitario. La tesi giurisprudenziale, in base alla quale, il diniego o il ritiro non richiederebbero alcuna motivazione, pare tanto meno accettabile, in quanto l'Amministrazione, come si può anticipare, deve, rigorosamente, farsi carico di dare conto della proporzionalità della misura adottata, intesa, nella sua accezione « trifasica », come imposizione del mezzo più mite (13). Del resto, poiché l'*higher law* presiede l'esercizio dell'attività amministrativa, in base all'art. 1, comma 1, Legge n. 241/1990, una limitazione (anche solamente potenziale) della libertà di circolazione (eventualmente in

---

decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa comunitaria applicabile non preveda espressamente siffatta formalità.

(12) CGCE, 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*.

(13) Per tutti, in dottrina: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 409 ss.; ID., V. *Il principio di proporzionalità*, in *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, 2017, pp. 149 ss.; e A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. In giurisprudenza: TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 23 novembre 2017, n. 2228; C. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2016, n. 1914. Si veda anche. CGUE, Grande sezione, 20 dicembre 2017, *Mantovani*, causa C-434/15.

attesa, come si vorrebbe, del provvedimento del giudice tutelare) contravviene al gradualismo, imposto per l'esercizio dei poteri autoritativi. Tale limitazione, infatti, va giudicata: a) visibilmente inidonea alla tutela dell'assolvimento degli obblighi di mantenimento della prole; b) non necessaria a tale scopo, in presenza, come si è detto, di specifici mezzi a ciò destinati, previsti dalle Convenzioni internazionali; c) inadeguata e in contrasto con la proporzionalità in senso stretto, per gravare sul destinatario in maniera eccessiva, risultando intollerabile (14).

##### 5. *Conseguenze delle dissonanze tra Legge n. 1185/1967 e diritto europeo.*

I rilievi appena svolti si saldano con la disciplina sostanziale dei passaporti, contenuta nella Legge n. 1185/1967. Sul versante del diritto interno, inoltre, la previsione contenuta nell'art. 3, lett. b), della disciplina in oggetto va posta in correlazione con quella contenuta nel successivo art. 12, il quale pone la titolarità del passaporto del coniuge con prole in funzione dell'assolvimento "*degli obblighi alimentari che derivano da pronuncia dell'autorità giudiziaria*". Sembra, dunque, che l'assolvimento di tali obblighi possa essere assicurato dall'assenso dell'altro coniuge o, in mancanza, dall'accertamento disposto dal giudice tutelare (15). Sotto l'angolazione considerata, *tertium non datur*, con l'effetto che l'Autorità di Pubblica Sicurezza dovrebbe verificare solamente la presenza dell'uno ovvero dell'altro presupposto di cui all'art. 3, lett. b).

Questa conclusione, tuttavia, non appare persuasiva, non tenendo conto di una serie di elementi estranei alla norma di Legge evocata. Innanzi tutto, ignora la questione della relazione configurabile tra la Legge n. 1185/1967 e il diritto dell'Unione, le cui fonti

---

(14) In proposito, da ult., C. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3882, secondo cui (in tema di ludopatia): "*Il principio di proporzionalità impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato; definito lo scopo avuto di mira, il principio di proporzionalità è rispettato se la scelta concreta dell'amministrazione è in potenza capace di conseguire l'obiettivo (idoneità del mezzo) e rappresenta il minor sacrificio possibile per gli interessi privati attinti (stretta necessità), tale, comunque, da poter essere sostenuto dal destinatario (adeguatezza).*"

(15) Questa conclusione trova avallo nell'interpretazione resa da C. cost., 30 dicembre 1997, n. 464, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 3, lett. b), citato, "*nella parte in cui non esclude la necessità dell'autorizzazione del giudice tutelare al rilascio del passaporto, quando il genitore naturale richiedente abbia l'assenso dell'altro genitore con lui convivente ed esercente congiuntamente la potestà genitoriale, che dimori nel territorio della Repubblica*".



primarie riconoscono il diritto di circolazione in uno spazio europeo. Accanto agli artt. 20 TFUE (16) e 35 CDFUE, va segnalata anche la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Tale Direttiva, all'art. 27 (sotto la rubrica: "*Principi generali*"), dispone che negli ordinamenti degli Stati membri la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione può essere limitata solamente per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica (17). Questa previsione risulta recepita, attualmente, nell'art. 20 del Decreto L.vo 6 febbraio 2007, n. 30, secondo cui le limitazioni di cui si discute non soltanto si debbono fondare su motivi di ordine pubblico, ma impongono il rispetto del già ricordato principio di proporzionalità.

Il che vale a dire che, in difetto dei ricordati motivi, il diniego o il ritiro del passaporto contravvengono alle suddette disposizioni. Il contrasto tra queste e la disciplina contenuta nella Legge n. 1185/1967 può essere risolto unicamente mediante la disapplicazione (ovvero la non applicazione) (18) delle norme che consentono di vietare la circolazione dei coniugi con prole, non ostante non siano in

---

(16) Secondo CGUE, Sez. II, 2 giugno 2016, causa C-438/14, §§ 28-31, la cittadinanza dell'Unione, che è conferita dall'art. 20 TFUE ad ogni persona avente la cittadinanza di uno Stato membro, è destinata ad assurgere al rango di *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri: esso, infatti, consente a chi ne è in possesso e si trovi nella medesima situazione, di ottenere, nell'ambito di *applicazione ratione materiae* del Trattato, lo stesso trattamento giuridico, indipendentemente dalla cittadinanza nazionale e fatte salve le eccezioni espressamente previste a tale riguardo.

(17) In base all'art. 27 della predetta Direttiva:

"1. *Fatte salve le disposizioni del presente capo, gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica. Tali motivi non possono essere invocati per fini economici.*

2. *I provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono applicati. La sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti. Il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione*".

(18) Sul ricorso alla non applicazione, anziché alla disapplicazione, in ragione della separazione che il giudice delle Leggi configura tra l'ordinamento comunitario e quello interno, ritenuto ostativo, come tale, alla configurabilità di vizi della norma giuridica, C. cost., 18 aprile 1991, n. 168. In argomento, D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, Milano, 2018, pp. 91 ss. e, specialmente, pp. 130 ss. Sul primato del diritto dell'Unione, specialmente: K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2001; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, II ed., Cambridge University Press, 2018, pp. 119 ss.

gioco ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica: ragioni che, ovviamente, non potrebbero non essere accertate che dall'Autorità amministrativa, nell'ambito di un'attività procedimentalizzata, nel rispetto di quella soglia minima, imposta dalla Legge n. 241/1990. Parimenti, la medesima Autorità, sempre nel contraddittorio con entrambi i coniugi, dovrebbe verificare anche il rispetto del principio di proporzionalità, imposto dal diritto europeo. In questa prospettiva, di certo, il diniego di consenso di uno dei coniugi, almeno di per sé, non è in condizione di paralizzare il diritto di circolazione dell'altro all'interno degli Stati membri.

Né pare fuori luogo ricordare anche che la relativa questione, involgente l'interpretazione delle norme comunitarie evocate, ~~non~~ ~~debbe~~ ~~(o)~~ ~~dovrebbe~~ essere sollevata dinanzi alla Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, che risulta obbligatorio, come è noto, per i giudici di ultima istanza (19). Non di meno, l'incompatibilità della Legge n. 1185/1967 con il diritto dell'Unione impone che le norme, in essa contenute, siano espunte dall'ordinamento interno, così come prevedono gli artt. 29 ss. della Legge 24 dicembre 2012, n. 234 (*"Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*).

6. *Convenzione EDU e Protocollo n. 4, nella declinazione offerta dalla CDFUE.*

Ora, la libertà di circolazione trova riconoscimento, oltre che nel diritto comunitario, anche nell'art. 2, Protocollo addizionale n. 4, della Convenzione EDU. Il rifiuto di rilasciare un passaporto e l'annullamento della carta d'identità per i viaggi all'estero, secondo la Corte EDU, infatti, integra una violazione dell'art. 2, § 2, della Convenzione, secondo cui: *"Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo"* (20). Vero è che l'esercizio di tale diritto può essere oggetto di restrizioni, le quali, però, in base al § 3 della suddetta disposizione, vanno circoscritte alle *"misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'or-*

(19) Si confronti, M.P. CHITIL, *La tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 498 ss.

(20) Corte EDU, Sezione terza, 22 maggio 2001, *Baumann c. Francia*, ricorso n° 33592/96.

*dine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui”.*

Si rende, perciò, necessario verificare se tra tali restrizioni possa essere ricompreso il ritiro e il diniego di rilascio del passaporto, in applicazione dell'art. 3, lett. b), della Legge n. 1185/1967. L'argomento, nel corso del 2014, è stato affrontato dalla Corte di Strasburgo (21), la cui competenza della Convenzione, si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della suddetta Convenzione e dei suoi Protocolli (art. 32, § 1, della CEDU), nonché “*per assicurare il rispetto degli impegni*” degli Stati firmatari (art. 19 CEDU). In relazione ad un ricorso proposto da un cittadino italiano, che aveva adito la medesima Corte, in virtù dell'art. 34 della Convenzione, i giudici di Strasburgo hanno rilevato la novità della questione sollevata, non avendo “*ancora avuto l'occasione di esaminare le misure che limitano la libertà di lasciare un paese in ragione dell'esistenza di debiti nei confronti di terzi aventi una particolare importanza, quali le obbligazioni alimentari*” (22). Nel resistere al ricorso proposto, il Governo della Repubblica italiana aveva assunto che la normativa in oggetto fosse “*finalizzata a proteggere i figli*”, trattandosi “*di assicurare che il ricorrente paghi l'assegno alimentare e di prevenire la commissione di un delitto*”. Ancora, il ricorrente aveva allegato come il mancato rilascio del passaporto si ponga in contrasto anche con l'art. 8, § 1, della Convenzione, secondo cui: “*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza*” (23):

(21) Corte EDU, Seconda sezione, 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, ricorso n. 43978/09.

(22) Corte EDU, Seconda sezione, 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, cit., § 35.

(23) Non pare fuori luogo ricordare che tale disposizione costituisce oggetto di ampia applicazione, da parte della Corte, innanzi tutto, nell'ambito dei rapporti di famiglia. L'art. 8, infatti, non si limita a tutelare l'individuo dalle ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, in quanto a tale obbligo negativo possono aggiungersi obblighi positivi, attinenti ad un effettivo rispetto della vita privata o familiare. Ciò implica l'adozione di misure finalizzate al rispetto della vita familiare, incluse le relazioni reciproche fra individui, ad esempio, mediante misure dirette a stabilire e mantenere i contatti tra padre e figlia, in attuazione del principio di una bi-genitorialità effettiva e non meramente virtuale (tra le tante: Corte EDU, Seconda sezione, 29 gennaio 2013, *Lombardo c/Italia*, ricorso n. 25704/11; Corte EDU, Prima sezione, 23 marzo 2017, *Endrizzi c. Italia*, ricorso n. 71660/14).

Inoltre, i giudici di Strasburgo hanno interpretato il citato art. 8, § 1, nel senso che esso tutela il domicilio inteso come spazio fisico in cui si svolge la vita privata dell'individuo, che deve essere goduto in tutta tranquillità, senza subire violazioni, anche immateriali, come avviene in presenza di rumori, emissioni, odori o altre ingerenze Corte EDU, III Sezione, 2 novembre 2006, ricorso n. 59909, *Giacomelli*, §§ 76 e 78. In argomento: M. DE SALVIA, *Ambiente e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, pp. 2 ss. Sicché, in base ad un noto precedente, tale articolo “*può essere applicato in cause concernenti*

vero è che può esservi ingerenza dell’Autorità pubblica sull’esercizio di tale diritto, ma ciò può avvenire, in base al § 2 della medesima disposizione, unicamente per ragioni che investono la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell’ordine e la prevenzione dei reati, alla protezione della salute e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. La Corte, nel giudicare questo motivo di ricorso “*strettamente legato a quello relativo all’articolo 2 del Protocollo n. 4*”, ha ritenuto che, alla luce delle conclusioni alle quali è pervenuta, non fosse “*necessario esaminarlo separatamente*” (24). Tale richiamo pare degno di nota anche in quanto la disposizione in esame trova una previsione di corrispondente tenore nell’art. 7 della CDFUE (“*Rispetto della vita privata e della vita familiare*”), ai sensi del quale: “*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*”. Ciò anche in considerazione del fatto che, secondo l’art. 52, § 3, prima parte, CDFUE, laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione “*il significato e la portata degli stessi sono uguali*”. Con il corollario che il regime di tali diritti soggiace a quello degli atti dell’Unione, anziché a quello che i giudici del palazzo della Consulta riconoscono alle norme contenute nella Convenzione e nei Protocolli addizionali (25): non diversamente da quanto avviene, secondo i

---

*l’ambiente, sia che l’inquinamento sia prodotto dallo Stato sia che la responsabilità di quest’ultimo derivi dall’assenza di regolamentazione adeguata dell’attività del settore privato*” (Corte EDU, Grande Chambre, 8 luglio 2003, ricorso n. 36022, *Hacan c. Regno Unito*, § 98). In argomento, *amplius*, M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016, pp. 61 ss.

(24) Corte EDU, Sezione seconda, 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, cit., §§ 51-52.

(25) C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3475 e p. 3535, con note di M. CARTABIA, *Le sentenze « gemelle »: diritti fondamentali, fonti, giudici*. Si veda anche, fra gli altri: F. SORRENTINO, *Apologia delle « sentenze gemelle » (brevi note a margine delle sent. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 213 ss. Sui rapporti fra Convenzione EDU e giurisdizione domestica: C. cost., 26 marzo 2015, n. 49; C. cost., 14 dicembre 2017, n. 269. Sull’applicazione delle sentenze « gemelle » da parte delle giurisdizioni: Cass., 4 dicembre 2015, n. 27102; C. Stato, Ad. plen., ord. 4 marzo 2015, n. 2; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4049; Cass., 11 marzo 2009, n. 5894. Sul vincolo conformativo, a carico dei poteri interi interpretativi del giudice nazionale, derivante dalla Convenzione e dei suoi Protocolli addizionali, nel significato attribuito ai medesimi dalla Corte EDU, si vedano C. cost., n. 49/2015, cit., e C. cost., 2 marzo 2018, n. 43, § 5.

Sulla dibattuta questione della disapplicabilità della normativa interna contrastante con la Convenzione EDU, fra gli altri: AA.VV., *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006; AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2008, pp. 317 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. un. eur.*, 2009, pp. 195

giudici di Lussemburgo, per l'applicazione del divieto del *ne bis in idem* previsto, congiuntamente, dagli artt. 50 CDFUE e 4 del Protocollo 7 (26). In ultimo, nessuna disposizione della Carta, secondo l'art. 53 della stessa, deve essere interpretata come limitativa o lesiva

---

ss.; E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e l'art. 117 1° comma Cost.*, in *Riv. dir. int.*, 2010, pp. 128 ss.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 955 ss.; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6 CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 569 ss.; M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, *ivi*, pp. 825 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012; A. GUAZZAROTTI, *La Cedu e l'Italia: sui rischi delle ibridazioni delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 3567 ss.; *Id.*, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte Edu: la dottrina del « doppio binario » alla prova dei casi e dei conflitti concreti*, *ivi*, 2014; E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir pubbl.*, 2013, pp. 727 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 688 ss.; E.F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 392 ss.; S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

(26) CGUE, Grande sezione, 20 marzo 2018, nelle cause C-524/15, *Menci*, C-537/16, *Garlsson Real Estate*, e C-596-C-597/16, *Di Puma e Zecca*. Come si legge nel secondo dei tre *leading cases*, la Corte era stata investita, mediante la seconda questione sollevata in via pregiudiziale, “*se il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta conferisca ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale*”. Secondo i giudici di Lussemburgo, “*le disposizioni di diritto primario che impongono obblighi precisi e categorici, che non richiedono, per la loro applicazione, alcun intervento ulteriore delle autorità dell'Unione o nazionali, attribuiscono direttamente diritti ai soggetti dell'ordinamento*”. I medesimi giudicanti, in particolare, hanno considerato che il diritto conferito dall'art. 50 “*conferisce ai soggetti dell'ordinamento non è accompagnato, secondo i termini stessi del medesimo, da alcuna condizione ed è quindi direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella principale*”. “*A questo proposito, occorre ricordare che la Corte ha già riconosciuto l'efficacia diretta dell'articolo 50 della Carta affermando, al punto 45 della sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), che, nell'esaminare la compatibilità di norme di diritto interno con i diritti garantiti dalla Carta, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*”. “*Occorre pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale*” (CGUE, *Garlsson Real Estate*, cit., §§ 64-68). In argomento, *amplius*: E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018, pp. 25 ss., secondo cui “*la Corte di giustizia non ha preso una posizione netta contro il doppio binario sanzionatorio, perché, pur adeguandosi ai criteri Engel, ne ha mitigato gli effetti introducendo qualche elemento di flessibilizzazione ... preoccupata di garantire l'effettività, la proporzionalità e la dissuasività delle sanzioni complessivamente considerate*” (*ivi*, p. 28). In argomento si confrontino i seguenti contributi della dottrina transalpina. L. COUTRON-F. LECOMTE, *Le principe ne bis in idem dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne: de la diversité dans l'unité?*, in *Revue de droit public*, 2018, n° 1, pp.5 ss.; H. PAULIAT, *La règle ne bis in idem et le juge administratif*, *ivi*, pp. 39 ss.; D. ROUSSEAU, *La construction par le Conseil constitutionnel du principe de l'alternative des poursuites et sanctions*, *ivi*, pp. 19 ss.

dei diritti dell'uomo o delle libertà fondamentali riconosciuti, tra l'altro, dalla Convenzione.

7. *Il test di proporzionalità nella sentenza Battista della Corte EDU e nel diritto dell'Unione.*

La sentenza sopra esaminata, resa dalla Corte EDU, ha considerato che, nel caso in oggetto, i giudici domestici non avevano ritenuto necessario esaminare la situazione personale dell'interessato, né la sua capacità di pagare le somme dovute, applicando la misura in modo automatico, senza compiere "alcuna valutazione dei diritti in causa", in quanto "sono stati presi in considerazione soltanto gli interessi patrimoniali dei beneficiari degli alimenti" (27). Ad avviso dei giudici di Strasburgo, la medesima misura pecca, al tempo stesso, per difetto e per eccesso: per difetto, perché "la restrizione imposta al ricorrente non ha garantito il pagamento dell'assegno alimentare", risultando, come tale, inidonea, non essendo in grado di conseguire il fine perseguito, mentre il recupero dei crediti in questione, al di fuori delle frontiere nazionali, trova una completa regolamentazione in appositi strumenti normativi, europei e nazionali, che l'Autorità nazionale non ha, neppure, preso in considerazione, respingendo la richiesta di rilascio del passaporto, presentata dal ricorrente (28); per eccesso, perché il ricorrente è "stato sottoposto ad una misura automaticamente, senza alcuna limitazione per quanto riguarda la portata e la durata della stessa". Per cui, una misura di questo tipo, adottata senza una durata predeterminata, "senza tener conto delle circostanze specifiche dell'interessato", non può "essere considerata necessaria in una società democratica" (29).

Alla radice del giudizio compiuto dalla Corte, pertanto, sembra collocarsi il sindacato sulla proporzionalità dell'azione autoritativa, atteso che la misura contestata è stata ritenuta inidonea ad assicurare l'assolvimento di obblighi « alimentari »; non necessaria, in relazione al sacrificio richiesto, mediante la sostanziale sterilizzazione della

(27) Corte EDU, Sezione seconda, 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, cit., § 44.

(28) Corte EDU, Sezione seconda, 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, cit., §§ 45-46, richiamando, in particolare, "il Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obblighi alimentari, la Convenzione dell'Aja del 23 novembre 2007 sul recupero internazionale di alimenti nei confronti dei figli minori e di altri membri della famiglia e la Convenzione di New York sul recupero degli alimenti all'estero".

(29) Corte EDU, Sezione seconda, 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, cit., § 47-48.

libertà di circolazione; inadeguata, non essendo stato esercitato il potere nella giusta misura, attraverso un sacrificio proporzionato e bilanciato degli interessi diversi da quello pubblico primario, all'esito dell'espletamento di un'istruttoria accurata (30).

Tale sindacato, del resto, risulta imposto dal quadro normativo evocato, sia in riferimento all'art. 2 del Protocollo 4 della Convenzione e all'art. 8 della medesima Convenzione, sia dagli artt. 20 TFUE, 7 e 35 CDFUE, nonché dell'art. 27 della Direttiva 2004/38/CE e dell'art. 20 del D. L.vo n. 30/2007, che ha recepito la citata Direttiva. Va soggiunto, al riguardo, che proprio l'osservanza della proporzionalità del ritiro e del diniego di rilascio del passaporto al coniuge con prole, dunque, si rivela ostativa alla costruzione del potere l'Autorità di Pubblica Sicurezza come un potere rigidamente vincolato (31). La tesi propugnata dalla giurisprudenza amministrativa, di conseguenza, non pare rispettosa di tale quadro normativo, atteso che nell'azione debbono rientrare apprezzamenti di natura discrezionale, considerando, da una parte, il destinatario della misura e, dall'altro, l'idoneità, la necessità e la proporzionalità, in senso stretto, della misura amministrativa, in ragione del fatto che essa incide sul diritto di circolazione delle persone. Con quanto ne consegue, come corollario, in tema di osservanza delle norme che impongono, tra l'altro, la comunicazione dell'avvio del procedimento, la tutela del contraddittorio, nei confronti dell'interessato e dei terzi controinteressati, e la motivazione del provvedimento.

La disamina fin qui condotta consente, pertanto, di dubitare fondatamente della legittimità costituzionale degli artt. 3 e 12 della citata Legge n. 1185/1967, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in ragione della violazione della Convenzione e del Protocollo aggiuntivo, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; ciò in disparte, la diretta ed immediata applicabilità del diritto

---

(30) Da ult., C. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3382, secondo cui: *“Il principio di proporzionalità impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato; definito lo scopo avuto di mira, il principio di proporzionalità è rispettato se la scelta concreta dell'amministrazione è in potenza capace di conseguire l'obiettivo (idoneità del mezzo) e rappresenta il minor sacrificio possibile per gli interessi privati attinti (stretta necessità), tale, comunque, da poter essere sostenuto dal destinatario (adeguatezza)”*.

(31) Come ha ritenuto, invece, anche TAR Piemonte, Sez. I, 3 marzo 2016, n. 283, secondo cui: *“Nel caso di specie, essendo venuto meno l'assenso dell'altro genitore e non disponendo il ricorrente dell'autorizzazione del giudice tutelare, il provvedimento di ritiro del passaporto e della Carta d'identità è di natura vincolata, che esonera l'Amministrazione dall'effettuare una istruttoria sull'effettiva situazione di fatto, ovvero da specifica motivazione”*.

dell'Unione (32), anche mediante il richiamo delle norme della Convenzione da parte della Carta, determina la recessività (o la cedevolezza) delle norme nazionali contenute nella Legge n. 1185/1967, contrastanti, peraltro, anche con altre norme di rango legislativo, come gli artt. 1, comma 1, Legge n. 241/1990 e 20 del D. L.vo n. 30/2007.

8. *Breve analisi e critica della tesi espressa dal Consiglio di Stato.*

Le conclusioni, di contenuto univoco, a cui è pervenuta l'analisi fin qui svolta è stata smentita in una recente pronunzia, resa, di recente, dai giudici di palazzo Spada (33), i quali, peraltro, ~~per~~ occupandosi delle questioni sollevate nelle pagine precedenti, le hanno risolte, ~~in modo~~ in modo non convincente. Secondo tali giudici, il ritiro del passaporto non discende dallo *status* coniugale, ma dalla esigenza di tutela dell'interesse dei figli minori, non controverso in materia di diritti soggettivi fatti valere dai coniugi con prole minore. Sebbene tale affermazione sia (almeno astrattamente) condivisibile, resta il fatto che la Corte ha negato che il ritiro del passaporto sia idoneo e necessario per tutelare all'assolvimento degli obblighi, veri o presunti, del padre nei confronti del minore ovvero, più correttamente, della madre di questi. Il supremo organo di giustizia amministrativa, invece, ha cercato di risolvere la questione, respingendo i primi due motivi d'appello, mediante l'attribuzione al giudice tutelare del potere, in via esclusiva, di accertare la proporzionalità, il non automatismo e la temporaneità della misura restrittiva. Infine, ha respinto anche l'ultima doglianza proposta dal ricorrente, giudicando la disciplina del rilascio o del rinnovo della carta d'identità o del passaporto ai propri cittadini rimessa alla legislazione di ciascuno Stato membro, in base all'art. 4, § 3, della sopra citata Direttiva 2004/38/CE.

Entrambi gli argomenti spesi dal giudice d'appello non appaiono persuasivi.

Quanto all'art. 4, § 3, appena richiamato, esso si limita a disporre che: "*Gli Stati membri rilasciano o rinnovano ai loro cittadini, ai sensi della legislazione nazionale, una carta d'identità o un passaporto dai*

---

(32) In argomento, per tutti, anche per i richiami alla giurisprudenza, D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 91 ss. e, specialmente, pp. 130 ss.

(33) C. Stato, Sez. III, 14 marzo 2018, n. 1622.



quali risulti la loro cittadinanza". Questa previsione, di certo, non è in condizione di vanificare, nella sostanza, ~~il~~ diritto di circolare nel territorio degli Stati membri, enfaticamente definito come diritto primario e individuale, rientrante in una delle libertà fondamentali delle persone, ed, anzi, un loro *status* fondamentale, così come statuiscono i primi tre Considerando della medesima Direttiva. La sentenza in esame non appare rispettosa del principio di leale cooperazione, gravante sull'Unione e sugli Stati membri, ai sensi dell'art. 4, § 3, TUE. Ma pare in contrasto anche con l'art. 267 del TFUE, che avrebbe imposto al Consiglio di Stato di adire la Corte di giustizia, al fine di verificare se la normativa dell'Unione osti a previsioni legislative domestiche che non consentono l'esercizio del diritto di circolazione negli Stati membri, senza osservare, tra l'altro, il principio di proporzionalità (34).

il

Più suggestiva appare, forse, l'altra tesi, che si prefigge di depotenziare la potestà amministrativa, affermando che al Questore non è consentito svolgere apprezzamenti purchessia, rientranti nella cognizione dell'Autorità giudiziaria, in sede di giurisdizione volontaria (35).

Sennonché, l'argomento non può essere condiviso. Intanto, l'amministrazione pubblica, al pari del giudice nazionale, è tenuta ad applicare il diritto dell'Unione e a disapplicare, invece, il diritto nazionale ad esso non conforme (36), nel quadro di quella leale cooperazione che, ai sensi dell'art. 4, § 3, TUE, impone agli Stati membri di adempiere agli obblighi aventi fonte nel diritto dell'Unione. Certo è che il mero dissenso del coniuge con prole non è suscettibile di privare (automaticamente e senza il concorso di alcun ulteriore elemento) l'altro coniuge di una libertà fondamentale,

(34) Sulla responsabilità degli Stati membri per violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale per l'interpretazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE, si vedano: CGCE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Koebler*; CGCE, Grande Sezione, 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03; e CGUE, Sez. III, 24 novembre 2011, *Commissione c. Repubblica italiana*, C-379/10. In ambito nazionale, restrittivamente, invece: *Cass., Sez. un.*, 8 luglio 2016, n. 14042, e *Cass., Sez. un.*, 6 febbraio 2015, n. 2242.

(35) Come si legge nella pronuncia in commento (C. Stato, Sez. III, n. 1622/2018), "la parte interessata non resta priva di tutela, in quanto può agevolmente superare lo stallo derivante dal ritiro dell'assenso del coniuge rivolgendosi al giudice tutelare e, dunque, l'asserita « privazione della libertà personale » non è rimessa in modo definitivo all'autorità amministrativa, ma è rimessa alla valutazione dell'autorità giudiziaria nel pieno rispetto delle norme costituzionali e convenzionali invocate".

(36) CGCE, 22 giugno 1989, C-133/88, *Costanzo*, §§ 30-33. Sull'obbligo, gravante sugli organi amministrativi, di disapplicazione degli atti aventi forza di Legge difformi dal diritto dell'Unione, munito di efficacia vincolante, si veda anche C. cost., 11 luglio 1989, n. 389.

→ Sterilizzando il suo buon diritto (definito “*primario*”) alla libertà di circolazione in uno spazio europeo. Ciò tanto meno, se si considera che, come la Corte EDU ha precisato, un cittadino non può sottoposto ad una misura che, non ostante la contraria affermazione del Consiglio di Stato, risulta automatica, illimitata, senza durata e non proporzionata, quale risultava, per converso, la misura restrittiva adottata. Non resta che confidare, dunque, in una argomentata rimediazione di una tesi giurisprudenziale disancorata dal tessuto normativo, dai principi che lo presiedono e dai *grand-arrêts* resi dai giudici europei.