TRATTENIMENTO MIGRANTI RICHIEDENTI PROTEZIONE INTERNAZIONALE-PROCEDURA DI FRONTIERA-PAESI DI ORIGINE SICURI

*Carlo Taglienti*

1. Il decreto Cutro; 2-La normativa comunitaria**;** 3-Paesi di origine sicuri; 4-Zone di frontiera o di transito; 5-La recente giurisprudenza
2. **Il decreto Cutro**

Il decreto Cutro (d.l.10 marzo 2023 n. 20 convertito in legge 5 maggio 2023 n. 50), ed in particolare l’art. 7 bis, comma 2 lett. b), ha inserito nella normativa relativa all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, emanata con D.Lgs 18 agosto 2015 n. 142 ( in attuazione della direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013), una disposizione (art. 6 bis) riguardante in particolare il trattenimento dello straniero durante lo svolgimento della procedura accelerata in frontiera, disciplinata dall’art. 28 bis del D.Lgs 28 gennaio 2008 n. 25.

Siamo nell’ambito della particolare materia della protezione internazionale che si suddivide nelle specifiche forme di protezione per i rifugiati, per gli aventi diritto alla protezione sussidiaria ed alla protezione speciale, secondo la disciplina interna dettata prevalentemente in attuazione di direttive comunitarie; si tratta in particolare del D.Lgs 19 novembre 2007 n. 251, emanato in attuazione della direttiva comunitaria 2004/83/CE, nonché, per la protezione speciale, del recente articolo 7 del decreto Cutro n. 20/2023, per il quale deve farsi un discorso specifico, in relazione proprio alla novella del suddetto decreto Cutro.

Infatti la protezione speciale o protezione complementare (terminologia quest’ultima usata dalla giurisprudenza: Cfr Cass. SSUU 9/9/2021 n. 24431; complementare rispetto a quella internazionale) s’inserisce tra quelle forme di tutela degli stranieri rientranti, in linea generale, come detto, nell’ambito del diritto d’asilo, dando in qualche modo attuazione, unitamente alla protezione dei rifugiati ed a quella sussidiaria, all’art. 10 c.3 della nostra Costituzione. La Corte di Cassazione (Sez. I civ. 25/3/2020 n.7515) ha infatti affermato che il diritto d’asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo status di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di una permesso umanitario (istituto preesistente, sostituito poi dalla protezione speciale), ad opera della esaustiva normativa di cui al D.Lgs.19/11/2007 n. 251 e dall’art. 5 c.6 del D.Lgs 25/7/1998 n. 286, così che non vi sarebbe più alcun margine di applicazione del dispositivo di cui all’art, 10 c. 3 della Costituzione. Affermazione questa non pacifica in giurisprudenza e comunque opinabile considerato il più ampio spazio di protezione programmaticamente previsto dalla suddetta norma costituzionale (rispetto a quello assicurato dal nostro diritto positivo) che recita: “Lo straniero al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge”. La giurisprudenza configura, in relazione a tali protezioni, posizioni di diritto soggettivo e non di mero interesse legittimo, come quelle relative ad es. al rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro (cfr. ad es. Cass. SSUU 11/12/2018 n.32044 e Tribunale di Mantova 18/10/2016.) L’art. 7 del d.l. 20/2023 abroga gli ultimi due periodi del comma 1.1 dell’art. 19 del D.Lgs 286/98, lasciando in vita solo la prima parte, relativa al rischio di trattamenti disumani ed agli obblighi internazionali e costituzionali dello Stato italiano, di cui all’art. 5 comma 6 dello stesso D.Lgs cit.

Tornando quindi all’istituto del trattenimento, nella sostanza la disposizione prevede che lo straniero, durante la procedura di frontiera di valutazione della domanda di protezione internazionale presentata appunto direttamente in frontiera ( o nella zona di transito), sia da chi abbia tentato di eludere i controlli, sia da chi provenga da uno dei paesi così detti sicuri (art. 2 bis D.Lgs 25/2008, del quale di seguito si dirà) può essere trattenuto al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio nazionale.

Il primo comma afferma che il trattenimento deve avvenire nel rispetto dei criteri di cui all’art. 14 comma 1.1 del D.Lgs 25 luglio 1998 n. 286, e cioè con priorità per coloro che siano considerati una minaccia per l’ordine e la sicurezza pubblica o che siano stati condannati per particolari reati ( quelli di cui all’art. 4 c. 3 terzo periodo e all’art. 5 comma 5 bis dello stesso D.Lgs 286/98 : quelli cioè che non consentono l’ingresso ed il soggiorno in Italia dello straniero) o che siano cittadini di Paesi con i quali siano vigenti accordi in materia di rimpatri, o che provengano da essi.

La stessa norma prevede anche che il trattenimento può durare fino alla decisione sull’istanza di sospensione di cui all’art. 35 bis comma 4 dello stesso D.Lgs 25/2008. Si tratta della procedura impugnatoria dei provvedimenti che negano la protezione internazionale; detti provvedimenti, esecutivi, possono essere sospesi dall’autorità giudiziaria alla quale è rivolta l’impugnazione (questo per i provvedimenti emessi nella procedura accelerata ; infatti negli altri casi la presentazione del ricorso sospende il provvedimento negativo: art. 35-bis c.3 D.Lgs 25/2008); se la sospensione è concessa viene rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo. Ovviamente tale termine deve essere coordinato con gli ulteriori termini di cui al comma 3; e cioè, verosimilmente solo se la decisione sulla sospensione avviene prima dei termini di cui al citato art. 3, di cui si dirà di seguito.

Il secondo comma prevede che le ipotesi in cui il trattenimento possa essere disposto sono : a) se il richiedente protezione internazionale non ha consegnato il passaporto o documento equipollente; b) se non presti idonea garanzia finanziaria. Detta idonea garanzia finanziaria è stata determinata con D.M. del ministero Interno, 14 settembre 2023, e fissata in € 4.938,00; essa è peraltro prevista anche dal diritto comunitario; infatti l’art. 8 comma 4 della Direttiva 2013/33/UE prevede espressamente che gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli le disposizioni alternative al trattenimento, come l’obbligo di presentarsi periodicamente all’autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria, o l’obbligo di dimorare in un luogo assegnato. Nel caso della normativa nazionale la previsione alternativa al trattenimento si restringe solo alla prestazione di garanzia finanziaria, che peraltro, come si vedrà, non può essere prestata da terzi; cosa che rende assai probabile l’esclusività della misura del trattenimento.

Il terzo comma prevede che il trattenimento non possa durare oltre il tempo strettamente necessario per lo svolgimento delle procedure di frontiera: in particolare l’art. 28 bis del D.Lgs n.25/2008 comma 2, dispone che la questura trasmette senza ritardo la documentazione necessaria alla valutazione della domanda di protezione internazionale alla Commissione territoriale competente, che entro sette giorni provvede all’audizione e decide nei successivi due giorni, se appunto si tratta di domande di protezione presentate alla frontiera, o da soggetti provenienti da paesi sicuri o da soggetti per i quali è già stato disposto il trattenimento in specifiche strutture ( art. 28 bis comma 2). Il primo comma invece impone la decisione entro cinque giorni nei casi di domanda reiterata e domanda presentata da soggetto già sottoposto a procedimento penale (ipotesi a) e b) del comma 1 suddetto).

Il provvedimento di trattenimento, adottato dal questore, deve essere convalidato dal tribunale, sede specializzata in materia di immigrazione, in base alla normativa generale sul trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, dettata dall’art. 6 del D.Lgs n. 142/2015; la convalida, nello specifico caso qui in esame, del trattenimento durante le procedure in frontiera, non può essere disposta per un periodo superiore a quattro settimane, non prorogabile.

In sintesi, il decreto Cutro ha inserito una normativa speciale per i casi in cui lo straniero presenti domanda di protezione internazionale direttamente alla frontiera, nell’ambito della normativa dettata per i trattenimenti, ampliando le ipotesi delle procedure accelerate per la valutazione delle domande di protezione internazionale. Inutile dire che si continua ad adottare una tecnica legislativa di ripetuti inserimenti in testi previgenti, senza un quadro organico che renda chiara e facilmente intellegibile la disciplina applicabile nella singola fattispecie.

Il quarto comma dell’art. 6-bis cit prevede infine i luoghi nei quali dovranno essere ospitati gli stranieri trattenuti con questa specifica procedura: essi sono: a) in via prioritaria i c.d. “punti di crisi” di cui all’art. 10-ter del D.Lgs 286/1998: a-1) si tratta di centri allestiti nell’ambito delle strutture di cui al D.L. 29 dicembre 1995 n. 451 (convertito in l. 29 dicembre 1995 n.142). Dopo aver previsto all’art.1 l’utilizzo della forza militare per fronteggiare gli sbarchi illegali in Puglia, l’art. 2 di detto decreto legge prevede la costituzione di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima della Puglia, e, quindi, al comma 2, che le stesse risorse e modalità possono essere utilizzate anche per esigenze in tutto il territorio nazionale. Ovvero: a-2) delle strutture di cui all’art 9 del D.Lgs 18 agosto 2015 n. 142: si tratta dei centri di accoglienza governativi istituiti con decreto del Ministero dell’Interno.

In via subordinata, in caso di arrivi consistenti e ravvicinati: b) nei centri di cui all’art.14 dello stesso D.Lgs n. 286/98: si tratta dei centri per rimpatri costituiti con decreto del ministero dell’Interno.

I centri di cui al punto a) sono normalmente allestiti per l’identificazione e l’esame della posizione giuridica dello straniero; i centri di cui al punto b) sono quelli nei quali si trovano soggetti già destinati al rimpatrio, per i quali è stata cioè accertata l’illegittimità della permanenza sul suolo italiano.

Lo stesso Ministero precisa che “Da un lato opera  la prima accoglienza assicurata immediatamente dopo lo sbarco presso gli hotspot - e per il tempo strettamente necessario ad effettuare i primissimi interventi di assistenza materiale e sanitaria, unitamente alle procedure di identificazione e foto segnalamento – nonché, successivamente, presso strutture attivate dalle Prefetture sull’intero territorio nazionale, dove vengono erogati tutti i servizi essenziali, in attesa della definizione della domanda di protezione internazionale.

La seconda è invece assicurata mediante progetti di assistenza alla persona e di integrazione nel territorio che vengono attivati dagli enti locali aderenti al Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI). A tal fine, gli enti locali possono utilizzare le risorse finanziarie messe a disposizione dal ministero dell'Interno attraverso il Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell’asilo.”( dal sito del ministero).

Esistono poi i cpr destinati al rimpatrio in cui la permanenza è quindi “precaria”.

In definitiva i centri di accoglienza previsti in questi specifici casi di trattenimento sono solo quelli governativi, istituiti con decreto ministeriale. E’ comunque escluso che possano trovare accoglienza nei centri gestiti dai comuni, di cui all’art. 1 sexies del D.L.30 dicembre 1989 n. 416, convertito in legge n.39/90.

Da ultimo si osserva come la normativa in esame si ponga come una eccezione rispetto al principio generale dettato dall’art. 6 del D.Lgs n. 142/2015, il quale prevede che il richiedente protezione internazionale non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda.

**2-La normativa comunitaria**

Le direttive comunitarie che riguardano in qualche modo il trattenimento dello straniero possono essere individuate: a) nella Direttiva 2008/115/CE “recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”; b) nella Direttiva 2013/32/UE “recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale”; c) nella Direttiva 2013/33/UE “recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale”; d) nel Regolamento di Dublino n. 604/2013 “che stabilisce i criteri ed i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide”. Peraltro, già in precedenza la Direttiva 2005/85/CE aveva dettato “norme minime per le procedure applicabili negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato”.

In particolare il capo IV della Direttiva 2008/15/CE disciplina le ipotesi di trattenimento, prevedendolo come soluzione estrema, nel caso in cui “non possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti ma meno coercitive” ( art. 15 c. 1), e quando lo straniero sia sottoposto a procedure di rimpatrio, soltanto per preparare il rimpatrio e/o effettuare l’allontanamento; ed in particolare quando sussista un rischio di fuga ovvero il cittadino straniero evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell’allontanamento.

Altri principi sono che il provvedimento deve avere durata quanto più breve possibile, che se adottato da autorità amministrativa deve essere confermato da autorità giudiziaria. Il periodo di trattenimento non può superare i sei mesi (art. 15 c.5), salvo proroga al massimo di dodici mesi in casi particolari ( art. 15 c. 6). Tra le condizioni del trattenimento vi è la possibilità di contattare una assistenza legale, nonché di avere assistenza sanitaria, con particolare riguardo alle persone vulnerabili; di essere informati sulla normativa vigente e sui propri diritti.

Una prima valutazione dell’art. 6 bis del D.Lgs 142/2015, introdotto dal decreto Cutro porta a ritenere come non sembrerebbe adeguatamente applicata la disposizione comunitaria che consente il trattenimento quando sussiste il rischio di fuga o quando lo straniero ostacola la preparazione del rimpatrio, e sempre che non sussista la possibilità di adottare soluzioni alternative meno coercitive; infatti il comma 2 prevede che il trattenimento può essere disposto quando il richiedente non ha consegnato il passaporto o non ha prestato idonea garanzia finanziaria; non si individuano cioè esplicitamente le ragioni di necessità che non consentono di lasciare in libertà lo straniero.

Anche la Direttiva 2013/33/UE contiene disposizioni riguardanti il trattenimento dello straniero.

In primo luogo l’art. 8 prevede il principio generale che non si può trattenere una persona per il solo fatto che ha richiesto il riconoscimento della protezione internazionale (c.1); in ogni caso è ribadito il principio che il trattenimento deve essere operato solo ove non siano possibili misure alternativa (c.2). Peraltro il comma 3 elenca le ipotesi tassative nelle quali può essere adottato un provvedimento di trattenimento: a) per verificare l’identità e la cittadinanza; b) per determinare gli elementi sulla base dei quali si basa la domanda di protezione internazionale, sempre che il trattenimento sia indispensabile; c) per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio dello stato membro; d) nelle ipotesi di rimpatrio, se, tra l’altro, la domanda di protezione è pretestuosa e presentata solo per ritardare il rimpatrio; e) per motivi di sicurezza e ordine pubblico; f) nelle ipotesi di trattenimento previste dall’art. 28 del Regolamento di Dublino, e cioè sostanzialmente solo ove vi sia un “rischio notevole di fuga” e sempre che non siano possibili misure alternative, durante le procedure necessarie per il trasferimento ad altro Stato.

Il comma 4 demanda alla normativa nazionale la predisposizione di ipotesi alternative al trattenimento, come l’obbligo di presentarsi periodicamente all’autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l’obbligo di dimorare in un luogo sicuro.

Gli artt. 9 e 10 prevedono garanzie per gli stranieri e condizioni di trattenimento.

La Direttiva 2013/32/UE contiene una norma di rinvio alla Direttiva 2013/33/UE, per quanto riguarda i motivi, le condizioni e le garanzie del trattenimento (art.26), affermando il principio generale che una persona non può essere trattenuta per il solo motivo che si tratti di un richiedente protezione internazionale. E’ sempre necessario un controllo giurisdizionale sul provvedimento di trattenimento (comma 2).

L’art. 43 della suddetta Direttiva prevede anche che gli stati membri possano dettare discipline specifiche per decidere nelle zone di frontiera o di transito sulla domanda di protezione internazionale

Sembra di capire, in sintesi, che i presupposti fondamentali del trattenimento siano sostanzialmente due: che sia indispensabile perché vi è un concreto rischio di fuga; che non siano possibili misure alternative. Deve infatti distinguersi tra le norme che individuano i presupposti del provvedimento e quelle che disciplinano le varie ipotesi in cui può essere adottato.

In questo senso si è espressa la Corte di Giustizia CE con sentenza del 15 febbraio 2016 nel caso 601/15, che ha valutato la legittimità dell’art. 8 comma 3 lett. e) della direttiva 2013/33/UE (trattenimento per motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico) alla luce dei principi di libertà posti dagli artt. 6 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; la Corte ha affermato la legittimità della norma, che deve però essere interpretata nel senso che deve essere verificata caso per caso la sussistenza dei requisiti di necessità e proporzionalità.

In altra sentenza la Corte di Giustizia UE ha anche precisato che il trattenimento non può essere basato sul fatto che il richiedente protezione internazionale non può sovvenire alle proprie esigenze, ribadendo il principio che il provvedimento di trattenimento deve essere motivato caso per caso per verificarne la necessità e proporzionalità (Corte di Giustizia UE del 14 maggio 2020 in cause riunite C 924/19 PPU e C-925/19 PPU).

A proposito di detta ultima sentenza, si osserva come il D.M. del 14 settembre relativo alla garanzia finanziaria, determini l’importo della stessa proprio in relazione ai costi di sussistenza dello straniero per quattro settimane, e precisi, all’art. 3 comma 2 che la garanzia non possa essere prestata da terzi, previsione peraltro non supportata da alcuna norma di legge.

**3-Paesi di origine sicuri**

Come visto, una delle ipotesi di procedura accelerata, previste dall’art. 28 bis del D.Lgs 25/2008, è quella relativa alla domanda di protezione internazionale in frontiera ( ma anche non alla frontiera: lett. c) del comma 2 dell’art. 28-bis) presentata dallo straniero proveniente da un paese designato di origine sicuro, ai sensi dell’art. 2-bis dello stesso D.Lgs: norma dettata in attuazione della Direttiva 2005/82/CE precedentemente indicata, ma inserita nel nostro ordinamento solo nel 2018 con l’art.7-bis comma 1 lett. a) del D.L. 4 ottobre 2018 n.113, convertito in legge 1 dicembre 2018 n. 132. In particolare l’art. 27 di detta direttiva precisa il concetto di paese terzo sicuro, che può definirsi tale solo ove: a) non sussistano minacce alla vita e alla libertà, per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale; b) sia rispettato il principio di non repressione conformemente alla Convenzione di Ginevra; c) sia osservato il divieto di allontanamento in violazione del diritto a non subire torture né trattamenti crudeli, disumani o degradanti, sancito dal diritto internazionale; e) esista la possibilità di chiedere lo status di rifugiato e ottenere la protezione in conformità alla Convenzione di Ginevra. A sua volta l’art. 2bis cit, comma 2, prevede che uno stato non appartenente all’Unione europea può essere considerato sicuro se “sulla base del suo ordinamento giuridico, dell’applicazione della legge all’interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che, in via generale e costante, non sussistono atti di persecuzione….né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale”. Il comma 1 prevede che l’elenco dei Paesi sicuri sia adottato con decreto interministeriale. Da ultimo il Ministero degli affari esteri, di concerto con quello dell’Interno e della Giustizia, ha adottato il decreto 17 marzo 2023 di aggiornamento periodico di detto elenco (sull’istituto di paese di origine sicuro cfr.Martina Flamini “ La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte con d.l. 20/2023” in “Questione giustizia” 2023)

Nella sostanza i soggetti provenienti da Paesi di origine sicuri sono svantaggiati nel richiedere la protezione internazionale, che normalmente è basata proprio sul fatto che nel paese di origine rischiano di essere in qualche modo perseguitati (vedi art. 2 del D.Lgs 251/2007), talché è per loro richiesta una prova specifica di detto rischio, che superi la presunzione di sicurezza del paese nel quale dovrebbero poi essere rimandati, secondo quanto appunto prevede il comma 5 dell’art. 2-bis cit; inoltre la procedura accelerata sottende proprio la difficolta di ottenere una valutazione positiva alla loro domanda e l’onere di motivazione per l’amministrazione è attenuato in quanto è sufficiente verificare che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il paese, in relazione alla sua situazione particolare ( art. 9 c. 2-bis D.Lgs 25/2008). Ulteriore svantaggio è il fatto che, come detto, qui la proposizione del ricorso non sospende l’esecutività del provvedimento negativo ed i termini per proporlo sono dimezzati (art. 35-bis c.2 ultima parte).

La legge prevede una istruttoria articolata per l’individuazione di tali paesi; si basa su informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto d’asilo e da quelle provenienti dagli altri stati membri dell’Unione europea, nonché da organismi quali l’EASO (European Ausylim support office), l’UNHCR,( United Nations High Commisioner for Refugees) dal Consiglio d’Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti (art. 2-bis cit, c.4).

L’ultimo decreto di aggiornamento dell’elenco peraltro non reca alcuna motivazione esplicita in ordine alla scelta dei vari paesi inclusi nell’elenco, ma fa semplice rinvio, nelle premesse, ad un appunto del Ministero degli affari esteri (n.181962) con il quale sono state trasmesse le schede contenenti le determinazioni riguardanti i paesi inclusi.

L’elenco deve essere notificato per legge alla Commissione europea (comma 1 art. 2-bis cit).

**4-Zone di frontiera o di transito**

Come visto, l’individuazione di determinate zone del territorio italiano ha particolare rilevanza in ordine alla possibilità di utilizzare la procedura accelerata di cui all’art. 28 bis cit per l’esame delle domande di protezione internazionale; peraltro le procedure, in questi casi, possono essere svolte direttamente alla frontiera o nella zona di transito e la Commissione decide entro sette giorni dalla ricezione della domanda ( comma 2-bis inserito dal decreto Cutro). Il comma 4 dello stesso articolo prevede che le zone di transito e di frontiera sono individuate con decreto del Ministro dell’Interno. Peraltro già prima della novella del decreto Cutro l’art. 28 bis conteneva analoghe disposizioni, introdotte dall’art. 9 comma 1 lett. b) n. 1 del D.l. 4 ottobre 2018 n.113 convertito in legge n. 132/2018. Ed infatti il decreto che individua le zone di transito e di frontiera è stato adottato in data 5 agosto 2019 e pubblicato sulla G.U n. 210/2019, in attuazione dell’allora vigente comma 1 quater del citato art. 28 bis, peraltro di contenuto analogo all’attuale comma 4.

Il decreto individua, in modo peraltro generico, “zone di transito o di frontiera individuate in quelle esistenti nelle province…” senza precisare aree delimitate, quali porti, aeroporti o altri luoghi coincidenti con frontiere fisiche.

Il regime meno favorevole riguardante i soggetti provenienti da paesi di origine sicuri, nella procedura di frontiera qui in esame, è lo stesso previsto per gli stranieri per i quali è stata dichiarata inammissibile la domanda, o respinta per manifesta infondatezza, ovvero presentata in maniera pretestuosa al solo fine di ritardare l’espulsione. Da ciò si deduce il disfavore normativo per le domande presentate in queste situazioni, che crea una sorta di presunzione negativa, con difficoltà di superamento da parte del richiedente in sede probatoria.

**5-La recente giurisprudenza**

5.1-Un primo pronunciamento è stato emesso dal Tribunale di Catania che, con tre separati decreti, non ha convalidato i provvedimenti di trattenimento adottati dal questore per tre cittadini tunisini ( necessità di convalida prevista, oltre che dalle norme comunitaria in precedenza indicate, proprio dall’art. 6 c. 5 del D.Lgs n. 142/2015), nel presupposto che avessero presentato la domanda di protezione internazionale alla frontiera, ed in relazione al fatto che i soggetti provenivano da paese designato sicuro (Tunisia), non avevano presentato il passaporto e non avevano prodotto la garanzia finanziaria (R.G.10459/23; 10460/23; 10461/23; decreti 4117/23; 4118/23 e 4119/23 del 29 settembre 2023). Non era contestato che gli stranieri erano giunti a Lampedusa (provincia di Agrigento: zona di frontiera) il 20 settembre, dove non avevano presentato domanda di protezione internazionale, erano stati erroneamente trasferiti a Palermo e quindi il 27 settembre erano stati portati a Pozzallo (provincia di Ragusa, zona di frontiera) dove avevano presentato domanda di protezione internazionale.

In una prima considerazione il decreto del tribunale afferma che il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda di protezione (art. 6 c.1 del D.Lgs 142/2015). Tuttavia al riguardo sembra potersi osservare che la normativa speciale dell’art. 6 bis consente il trattenimento al fine di accertare il diritto ad entrare nello stato italiano ( ed anche la normativa comunitaria : art. 8 Direttiva 2013/33/UE).

Dopo aver citato giurisprudenza comunitaria relativa alla possibilità di valutare d’ufficio il mancato rispetto di un presupposto di legittimità non dedotto dall’interessato (Corte di Giustizia UE Grande Sezione 8 novembre 2022 ; cause riunite C-704/20 e C-39/21), il decreto richiama altra giurisprudenza comunitaria, sia sul principio che lo straniero non può essere trattenuto per il solo fatto di non essere in grado di sovvenire alle proprie necessità, sia su quello che il provvedimento di trattenimento deve essere adeguatamente motivato in concreto, in relazione ai presupposti di necessità e proporzionalità (Corte di Giustizia UE –Grande Sezione, del 14 maggio 2020 in cause riunite C-924/19 PUU e C-925/19 PPU).

Per quanto riguarda il primo aspetto, invero l’art. 6 bis c.2 individua una sola ipotesi alternativa al trattenimento, costituita dalla garanzia finanziaria, in violazione dei principi comunitari che indicano la necessità di prevedere più ipotesi alternative; inoltre, così come congegnato il D.M 14 settembre 2023 che non permette la presentazione da parte di terzi di detta garanzia, si configura proprio come una ipotesi in cui il soggetto non ha la possibilità di sostenersi, in violazione dei principi comunitari sopra indicati. Peraltro i criteri in base ai quali l’importo è determinato fanno proprio riferimento alla disponibilità: a) di un alloggio adeguato, b) della somma occorrente al rimpatrio; c) dei mezzi di sussistenza minimi necessari, a persona.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, sembrerebbe da quanto indicato nel decreto, che il provvedimento non rechi alcuna motivazione in ordine alla necessità di adottare il trattenimento come soluzione proporzionata alla specifica fattispecie, considerando appunto la situazione concreta dei singoli soggetti; motivazione necessaria secondo i principi comunitari ed indispensabile nella fattispecie se si considera che la previsione di una garanzia finanziaria di circa € 5.000 imposta personalmente allo straniero, oltre a non apparire legittima per i motivi sopra detti, si risolve nel trattenimento come unica misura adottabile, data la scarsa possibilità che detti migranti possano prestare una tale garanzia, peraltro in “unica soluzione”, come afferma l’art. 3 c.2 del D.M. cit.

Altro argomento addotto nel provvedimento giurisdizionale consiste nel fatto che verosimilmente non poteva essere applicata qui la normativa riguardante le domande di protezione presentate alla frontiera, e conseguente trattenimento, in quanto la domanda non è stata presentata alla frontiera del primo ingresso e cioè a Lampedusa, bensì, dopo un primo trasferimento a Palermo, a Pozzallo, sette giorni dopo il suo ingresso.

E’ bensì vero che anche Pozzallo, in quanto in provincia di Ragusa, si trova in zona di frontiera, ma, secondo i principi comunitari ( Direttiva 32/2013 UE : considerando 38) la procedura accelerata si giustifica se la domanda viene presentata alla frontiera d’ingresso e non successivamente in altra zona sempre qualificata di frontiera ove viene trasferito lo straniero, peraltro già trattenuto, non si comprende se qui con specifico provvedimento.

Pertanto il decreto giurisdizionale accerta la mancanza di un presupposto di fatto per poter applicare la normativa in base alla quale il provvedimento è stato adottato.

Ulteriore argomento portato da Giudice riguarda l’art. 43 paragrafo 1 della Direttiva n. 32/2013/UE che limita le possibilità per le quali gli stati membri possono prevedere procedure alla frontiera: in particolare per decidere: a) sull’ammissibilità di una domanda di protezione internazionale, secondo i parametri indicati nel precedente art. 33; b) nel merito di una domanda nell’ambito di una procedura accelerata di esame della domanda di protezione presentata alla frontiera, nelle ipotesi previste dal paragrafo 8; in combinato disposto con l’art. 8 paragrafo 3 primo comma lett. c) della direttiva 33/2013/UE, che prevede, tra le ipotesi legittime di trattenimento, anche quella per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio dello stato.

In sostanza il Giudice qui afferma che questo tipo di trattenimento, che è poi quello disciplinato dall’art. 6 bis ( cfr. comma 1) del D.Lgs 142/2015, è legittimo solo se inserito nella procedura di valutazione della domanda di protezione internazionale al fine di garantire l’effettività delle procedure di frontiera; nel senso, sembra di capire, che se si accerta il mancato diritto di entrare, decade la procedura di valutazione della domanda di protezione. Quindi, si afferma nel decreto, deve sussistere una decisione del Presidente della Commissione territoriale, qui mancante, circa la procedura da seguire.

L’argomentazione non appare invero chiarissima; verosimilmente deve ritenersi che poiché il presupposto del trattenimento operato per valutare il diritto del richiedente di entrare nel territorio nazionale, deve necessariamente essere inserito in una procedura di valutazione della domanda di protezione internazionale, l’Amministrazione avrebbe dovuto dare dimostrazione che detta procedura di valutazione sia stata avviata.

Ulteriore argomento: il trattenimento per valutare il diritto di entrare nel territorio italiano non si applicherebbe nelle ipotesi di soccorso in mare, nelle quali il diritto d’ingresso nel territorio deriva dalla normativa interna e internazionale (art. 10 ter D.Lgs 286/1998 e punto 3.1.9 della Convenzione internazionale sulla ricerca e soccorso in mare del 1979, come emendata a seguito della risoluzione del 20 maggio 2004).

Invero il citato art. 10 ter disciplina esclusivamente le modalità di identificazione degli stranieri soccorsi in mare, mentre la normativa qui applicata riguarda in particolare i soggetti che presentano domanda di protezione internazionale in frontiera; non sembra che le due discipline si sovrappongano per cui, sotto tale specifico motivo il trattenimento qui operato sarebbe basato su norme applicabili.

Infine il decreto del Tribunale di Catania sostiene l’illegittimità del provvedimento di trattenimento in quanto l’art. 8 lett. c) della Direttiva n. 2013/33/UE che disciplina il trattenimento per accertare il diritto ad entrare in Italia, deve essere letto alla luce del principio costituzionale dell’art. 10 c.3 , come interpretato dalla Cassazione a SSUU ( 26 maggio 1997 n. 4674) nel senso che la provenienza da paese sicuro non può automaticamente privare il richiedente protezione internazionale del diritto di fare ingresso nel nostro paese.

Tuttavia deve rilevarsi come oggetto della decisione sia il mero trattenimento e non la valutazione sul diritto ad entrare in Italia, che non risulta ancora emessa e che, se negativa, dovrà verosimilmente sfociare in un provvedimento di espulsione.

Conclusivamente sembra che la decisione del Giudice di Catania contenga valide ragioni per ritenere illegittimo il provvedimento di trattenimento per vizi propri, in relazione al difetto di motivazione ed alla circostanza che non appare adottato in sede di procedura di frontiera, nei termini stabiliti dalla normativa italiana.

Per quanto riguarda poi il contrasto delle disposizioni di legge con la normativa comunitaria, che comporta la conseguente disapplicazione della normativa nazionale (cfr. ad es. Gianluca Grasso “La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di Giustizia UE” Milano 2016; Renato Rolli e Dario Sammarco “L’obbligo di disapplicazione alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 del Consiglio di Stato- Adunanza Plenaria” in Diritto e società, 2021), appare fondato il rilievo che l’art. 6-bis c.2 non tiene conto adeguatamente della necessità di prevedere ipotesi alternative al trattenimento, né considera la valutazione sui presupposti di necessità per l’adozione della misura più afflittiva.

D’altra parte il D.M contiene una disposizione non sorretta da norma di legge, per quanto riguarda il soggetto che deve prestare la garanzia, ed è articolato in maniera tale da evidenziare come la possibilità di sostentamento dello straniero sia posta alla base della quantificazione della garanzia, che peraltro è fissata in maniera generalizzata, senza tenere conto delle situazioni individuali.

Risulta, allo stato, che il Tribunale di Catania abbia emesso altri dieci decreti di diniego di convalida del trattenimento, basati su argomentazioni analoghe a quelle dei decreti qui esaminati, emessi da giudici diversi.

5.2 Un secondo pronunciamento è stato emesso dal Tribunale di Firenze in sede di impugnazione di un provvedimento di mancato riconoscimento della protezione internazionale; provvedimento quest’ultimo basato sul presupposto che la Tunisia deve considerarsi “paese sicuro” in quanto inserito, con D.M. 17 marzo 2023, nell’elenco di cui all’art. 2-bis del D.Lgs 25/2008. Il decreto del Tribunale risulta emesso nell’ambito della procedura cautelare, di sospensione degli effetti del diniego, la cui esecutività avrebbe comportato l’espulsione. Pur non avendo come oggetto un provvedimento di trattenimento, la decisione appare qui rilevante in quanto si pronuncia sulla valutazione di un presupposto essenziale anche per i provvedimenti di trattenimento, quale l’inserimento di uno stato straniero nell’ambito dell’elenco dei paesi sicuri.

Il Giudice ha disapplicato il suddetto D.M. nel presupposto che sia stato emesso in violazione dei principi comunitari dettati con la Direttiva 2013/32/UE.

Il tribunale si è posto una prima e fondamentale questione: se cioè il Giudice abbia il potere di sindacare le scelte adottate dal Governo nell’individuazione dei paesi sicuri.

E’ giunto alla risposta positiva sostanzialmente sulla base di tre argomenti: a) l’individuazione di un paese come sicuro ha una serie notevole di conseguenze sulla procedura da applicare alla domanda di protezione internazionale avanzata da soggetti provenienti da quel paese. Elenca quindi le norme di “disfavore”, precedentemente viste, previste per le “procedure paesi sicuri”, che hanno natura derogatoria rispetto ai principi generali posti dalle norme comunitarie; b) la normativa, sia comunitaria che nazionale, prevede l’obbligo di rispettare precisi parametri e di seguire una dettagliata istruttoria per giungere all’individuazione di un paese come sicuro: c) il controllo giurisdizionale del provvedimento che individua un paese come sicuro è un controllo di mera legittimità e non di merito, secondo principi posti dal diritto amministrativo (Cons di Stato sez. III 25 marzo 2013 n. 1645).

La sentenza poi precisa che lo Stato comunitario ha l’obbligo di valutare periodicamente l’elenco dei paesi sicuri, adeguandolo all’evolversi delle situazioni politiche ed economiche di detti paesi (art. 2-bis c.1 D.Lgs 25/2008).

In definitiva quindi, essendo rilevante ai fini del decidere verificare se la domanda di protezione è presentata da soggetto proveniente da paese sicuro, considerato che la legge indica parametri e procedure per verificare periodicamente la correttezza della valutazione in ordine a detto elenco, il Giudice ha l’obbligo di verificare il rispetto di tali parametri e procedure, prima di decidere sulla specifica fattispecie.

Nell’ambito del diritto amministrativo si parla appunto di discrezionalità tecnica quando il Giudice si limita ad un controllo esterno sull’atto, per verificare il rispetto delle norme che lo disciplinano, escludendo ogni possibilità di sindacato di merito, (sul principio cfr da ultimo Cons. di Stato sez. IV 31 agosto 2023 n. 8098).

Può invero farsi qui ricorso anche alla giurisprudenza amministrativa sugli atti di alta amministrazione che cioè danno attuazione all’indirizzo politico del Governo. Anche questi atti in quanto amministrativi sono soggetti al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, seppure con le dovute limitazioni connesse all’alto tasso di discrezionalità dell’atto “ quegli atti che rappresentano il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo, segnando il raccordo tra la funzione di Governo, espressione dello Stato comunità, e la funzione amministrativa, espressione dello Stato soggetto. L'attività di alta amministrazione, attenendo alle scelte di fondo dell'azione amministrativa ed essendo affidata ai supremi organi di direzione della P.A., si connota pertanto per un elevatissimo tasso di discrezionalità che ne riduce la sindacabilità in sede giurisdizionale al riscontro dell'osservanza delle disposizioni che attribuiscono, disciplinano e conformano il relativo potere discrezionale e, dunque, con riferimento ai canoni della ragionevolezza, coerenza e adeguatezza motivazionale.” ( TAR Lazio Sez. IV 31.3.2022 n.3740).

La sindacabilità in sede di giurisdizione amministrativa dell’atto comporta altresì il potere di disapplicazione del giudice ordinario.

Una volta quindi accertato il potere di sindacare il D.M. in questione, il Tribunale ha richiamato una serie numerosa di documenti dai quali risulterebbero profondi mutamenti politici in Tunisia, rispetto al momento in cui il Governo aveva effettuato la precedente valutazione del paese in questione; ha quindi semplicemente affermato l’obbligo di rivedere la valutazione, in quanto appunto periodica, alla luce delle novità evidenziate, ed ha quindi sostanzialmente sospeso il diniego di riconoscimento della protezione internazionale, assumendo che non potendo allo stato, in sede cautelare, essere riconosciuta la legittimità della procedura accelerata applicata nel presupposto che la Tunisia possa essere un paese sicuro, deve ritenersi che la proposizione del ricorso abbia sospeso l’esecutività del provvedimento, ai sensi dell’art. 35-bis c.3 D.Lgs 25/2008.

In sostanza il Tribunale non si è sostituito nel merito del giudizio tecnico-politico in ordine alla necessità di escludere la Tunisia dall’elenco dei paesi sicuri, ma ha solo affermato il principio che sussistono i presupposti affinché il Governo riesamini il D.M. 17 marzo 2013; medio tempore ha disapplicato il decreto stesso. Infatti essendo il decreto atto amministrativo, non avrebbe potuto annullarlo, essendo la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. Ed infatti il precedente D.M del 4 ottobre 2019 è stato impugnato presso il TAR del Lazio, che però non si è pronunciato nel merito solo perché ha affermato il difetto di legittimazione attiva dell’Associazione ricorrente (Asgi) (sent.Sez. III 12.10.2020 n.11179, confermata dal Consiglio di Stato sez. IV 7.2.2022 n.812), affermando però preliminarmente la propria giurisdizione, ed ammettendo quindi la sindacabilità dell’atto.