

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2024

SINDACABILITÀ E DISAPPLICAZIONE DEL DECRETO MINISTERIALE DI INDIVIDUAZIONE DEI “PAESI DI ORIGINE SICURI” NEL PROCEDIMENTO PER IL RICONOSCIMENTO DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE: OSSERVAZIONI SU UNA ATTIVITÀ DEL GIUDICE ORDINARIO COSTITUZIONALMENTE NECESSARIA

di Chiara Cudia

Abstract: *L'art. 2-bis del d.lgs. n. 25 del 2008 prevede che con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale sia adottato l'elenco dei "Paesi di origine sicuri" sulla base dei criteri indicati dallo stesso articolo. Alla luce degli effetti della collocazione di un Paese all'interno della lista indicata, emerge l'esigenza di stabilire se e in quali termini il decreto ministeriale in oggetto sia sindacabile dal giudice ordinario. Il problema tocca due diverse questioni: innanzitutto è necessario accertare la sindacabilità del d.m. intesa come possibilità per un giudice di verificarne la conformità a diritto; in secondo luogo, bisogna individuare lo strumento processuale attraverso cui quel sindacato si concretizza. Muovendo dall'esistenza di due opposti orientamenti della giurisprudenza, il lavoro è rivolto a dimostrare, da un lato, come la natura giuridica e la disciplina di diritto positivo del d.m. contenente la lista dei Paesi sicuri ne impongono la sindacabilità e, dall'altro, che il ricorso allo strumento della disapplicazione da parte del giudice ordinario sia da ritenersi necessario in relazione agli artt. 24 e 113 della Costituzione.*

Abstract: *Article 2-bis of d.lgs. 25/2008 provides that the list of "safe countries of origin" should be adopted through a decree of the Minister of Foreign Affairs and International Cooperation based on the criteria indicated in the same article. In light of the the impacts attached to the inclusion of a country on the list of safe countries, it is especially worthy to establish whether the ministerial decree could be subject to judicial review by the ordinary judge. The issue involves two different questions: first, it is necessary to check whether the ministerial decree can be reviewed; second, it is necessary to identify the procedural instrument through which the review would produce its effects. Moving from the existence of two opposing orientations in jurisprudence, the work aims to demonstrate, on one hand, how the legal nature and framework of the ministerial decree requires its judicial reviewability and, on the other hand, that a disapplication by the ordinary judge must be considered constitutionally necessary according to Articles 24 and 113 of Italian Constitution.*

SINDACABILITÀ E DISAPPLICAZIONE DEL DECRETO MINISTERIALE DI INDIVIDUAZIONE DEI “PAESI DI ORIGINE SICURI” NEL PROCEDIMENTO PER IL RICONOSCIMENTO DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE: OSSERVAZIONI SU UNA ATTIVITÀ DEL GIUDICE ORDINARIO COSTITUZIONALMENTE NECESSARIA

di Chiara Cudia*

SOMMARIO: 1. Il tema: presupposti e conseguenze della sindacabilità del d.m. di individuazione dei Paesi sicuri nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. – 2. Un recente indirizzo giurisprudenziale: la disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi d’origine sicuri. – 3. L’orientamento giurisprudenziale di segno contrario alla disapplicazione del d.m. – 4. La sindacabilità del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi d’origine sicuri. – 4.1. Il d.m. come regolamento o come atto generale. – 4.2. Il “grado” di discrezionalità del d.m. – 4.3. Dalla disciplina di diritto positivo alla sindacabilità del d.m. – 5. Le conseguenze della sindacabilità: la disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi d’origine sicuri come strumento costituzionalmente necessario.

1. Il tema: presupposti e conseguenze della sindacabilità del d.m. di individuazione dei Paesi sicuri nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale

Nel disciplinare il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale avvalendosi della facoltà prevista dall’art. 37 della direttiva 2013/32/UE¹, l’art. 2-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008 (introdotto dal d.l. n. 113 del 2018) prevede che con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell’interno

* Prof.ssa Associata di Diritto amministrativo, Università degli studi di Firenze.

1. Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.6.2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale.

e della giustizia, sia adottato l'elenco dei «Paesi di origine sicuri»² sulla base dei criteri indicati dallo stesso articolo³.

La circostanza che un Paese sia inserito in tale lista produce una “presunzione relativa di sicurezza” che lo straniero (cittadino di quel Paese o apolide che abbia ivi soggiornato abitualmente) può superare solo adducendo «gravi motivi per ritenere che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova»⁴. Di riflesso, in questi casi la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale (che è competente a esaminare la richiesta) non è tenuta a raccogliere (d'ufficio) informazioni relative al “grado di sicurezza” del Paese d'origine.

2. La circolare del Ministero dell'interno del 18.12.2018 prospetta l'adozione dell'indicato elenco come «strumento di semplificazione» preordinato a ottenere una «gestione del fenomeno migratorio» più ordinata, sostenibile, efficiente ed efficace, riducendo il «rischio di un ricorso strumentale agli istituti di tutela previsti» (<https://www.interno.gov.it/it/amministrazione-trasparente/disposizioni-general/atti-general/atti-amministrativi-general/circolari/circolare-18-dicembre-2018-decreto-legge-4-ottobre-2018-n-113>). L'esigenza di «ottimizzare le procedure» è similmente richiamata da un “appunto operativo” del MAECI del 10.11.2022 (https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2023/05/Appunto_181962.pdf). Cfr. N. Datena, G. Vicini, *La procedura di designazione del 'paese d'origine sicuro' e i poteri di valutazione del giudice ordinario*, in [Sistemapenale.it](https://www.sistemapenale.it) (2023): la ratio dichiarata di tale istituto «è di 'deflazionare' il carico di lavoro inerente alla valutazione delle domande di protezione internazionale». Infatti, il legislatore prevede, per le richieste presentate da persone provenienti da Paesi designati sicuri, delle «procedure semplificate e più veloci che si fondano su una presunzione di infondatezza della richiesta in quanto, appunto, il Paese di provenienza risulterebbe privo di criticità in merito al rispetto dei diritti umani e dei principi democratici». In senso critico, F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in questa *Rivista*, n. 2.2019, che evidenzia come sia stata realizzata una «eterogenesi dei fini delle politiche d'asilo», che diventano «strumento al servizio delle politiche (restrittive) di gestione dei flussi migratori, in evidente tensione con il dettato costituzionale». Si veda anche C. Favilli, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in [Questionegiustizia.it](https://www.questionegiustizia.it) (2018), p. 28.

3. «Uno Stato non appartenente all'Unione europea può essere considerato Paese di origine 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 quali definiti dall'articolo 7 del decreto legislativo 19.11.2007, n. 251, 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. La designazione di un Paese di origine sicuro può essere fatta con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone». Si precisa poi che nell'effettuare tale valutazione si debba tener conto della misura in cui è offerta protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti mediante: le pertinenti disposizioni legislative e regolamentari del Paese e il modo in cui sono applicate; il rispetto dei diritti e delle libertà stabiliti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura; il rispetto del principio di cui all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra; un sistema di ricorsi effettivi contro le violazioni di tali diritti e libertà.

4. La circolare del Ministero dell'interno del 18.12.2018 cit. collega alla suddetta previsione «una presunzione *iuris tantum* di manifesta infondatezza dell'istanza, cui sono connessi l'esame prioritario e una procedura accelerata, con inversione dell'onere della prova a carico del richiedente in ordine alle condizioni di “non sicurezza” del Paese stesso in relazione alla propria situazione particolare». Sul tema cfr. N. Datena, G. Vicini, *La procedura di designazione del 'paese d'origine sicuro' e i poteri di valutazione del giudice ordinario*, cit. Secondo parte della dottrina la disposizione, nell'utilizzare il verbo “invocare”, implica solo l'onere di allegare (e non di provare) i suddetti elementi, che basterebbe ad attivare l'obbligo di cooperazione dell'autorità accertante: M. Flamini, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte con d.l. 20/2023*, in [Questionegiustizia.it](https://www.questionegiustizia.it) (2023). Nello stesso senso M. Gattuso, *Tre domande sui Paesi sicuri*, in [questionegiustizia.it](https://www.questionegiustizia.it). In giurisprudenza, si veda Cass., 11.11.2020, n. 25311: «l'inserimento del Paese di origine del richiedente nell'elenco dei 'paesi sicuri' produce l'effetto di far gravare sul ricorrente l'onere di allegazione rinforzata in ordine alle ragioni soggettive o oggettive per le quali invece il Paese non può considerarsi sicuro». Resta «comunque intatto per il giudice, a fronte del corretto adempimento di siffatti oneri, il potere-dovere di acquisire con ogni mezzo tutti gli elementi utili ad indagare sulla sussistenza dei presupposti della protezione internazionale».

La collocazione di un Paese all'interno dell'elenco indicato è assai significativa, poiché condiziona profondamente sia il procedimento amministrativo avente a oggetto il riconoscimento della protezione internazionale, sia il processo (innanzi al giudice ordinario⁵) avviato dall'impugnazione del provvedimento amministrativo che abbia negato la protezione⁶.

Dal primo punto di vista, il provvedimento amministrativo può essere adottato con un esame prioritario⁷ all'esito di una procedura accelerata⁸ e in caso di rigetto l'obbligo di motivazione è attenuato, dal momento che l'amministrazione (in ragione dell'inversione dell'onere della prova sopra indicata) può limitarsi a dare atto che il richiedente non ha dimostrato l'esistenza di gravi motivi, riferibili alla propria condizione particolare, idonei a ritenere non sicuro il Paese di origine⁹.

Dal secondo¹⁰, i termini per la proposizione del ricorso avverso il provvedimento amministrativo di diniego sono dimezzati (da 30 a 15 giorni)¹¹, il ricorso giurisdizionale non sospende automaticamente gli effetti di tale atto (ma è necessario attivare un apposito procedimento cautelare)¹², con l'effetto che lo straniero è passibile di espulsione o (a certe

5. Cfr. l'art. 3, comma 3-bis, del d.lgs. 25/2008.

6. In senso particolarmente critico, M. Flamini, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte con d.l. 20/2023*, cit.: «La nozione di Paese di origine sicura è antitetica rispetto alla disciplina sul diritto d'asilo: la prima, infatti, si riferisce ad una situazione oggettiva da valutare, *ex ante* ed in modo generalizzato, mentre il diritto di asilo si fonda su un esame specifico del caso individuale, all'interno del quale la sicurezza del Paese di provenienza del ricorrente viene considerata una circostanza da accertare *ex post*». Sulla «anomalia di un approccio che si focalizza, nel contesto della tutela di un diritto individuale qual è quello di asilo, su una valutazione di sicurezza in via generale e costante» e che conduce quindi a una «sterilizzazione *de facto* del diritto di asilo», si vedano anche F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente"*, cit.; C. Taglienti, *Trattenimento migranti richiedenti protezione internazionale-procedura di frontiera-paesi di origine sicuri*, in Giustizia-amministrativa.it.

7. Cfr. l'art. 28, comma 1, del d.lgs. 25/1998.

8. Cfr. l'art. 28-bis, comma 2, del d.lgs. 25/1998: laddove il richiedente provenga da un Paese designato di origine sicura, la «Questura provvede senza ritardo alla trasmissione della documentazione necessaria alla Commissione territoriale che, entro sette giorni dalla data di ricezione della documentazione, provvede all'audizione e decide entro i successivi due giorni». Se, poi, la domanda di protezione internazionale è stata presentata direttamente alla frontiera o nelle zone di transito, la procedura è ulteriormente abbreviata e deve concludersi entro sette giorni complessivi. Cfr. A. Praticò, *Le procedure accelerate in frontiera introdotte dall'articolo 7-bis del decreto legge n. 20 del 2023 convertito con legge n. 50 del 2023*, in questa *Rivista*, n. 3.2023).

9. Cfr. l'art. 9, co. 2-bis, del d.lgs. 25/1998. Si tenga presente che l'art. 28-ter, comma 1, lett. b), del d. lgs. 25/1998 prevede che le domande degli stranieri provenienti da Paesi sicuri debbano intendersi come «manifestamente infondate» (in assenza di una diversa motivazione addotta dal richiedente).

10. Sulle «peculiarità» del procedimento giurisdizionale nella materia in esame si vedano A.D. De Santis, *La dichiarazione del richiedente la protezione internazionale come prova civile*, in questa *Rivista*, n. 1.2021; I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, cit.; F. G. del Rosso, *Il processo per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Diritto processuale dell'immigrazione*, a cura di D. Dalfino, G. Trisorio Liuzzi, Torino, Giappichelli, 2019, p. 12; G. Carmellino, F. De Ritis, F. Barbieri, *Criticità di alcune regole processuali nei procedimenti di protezione internazionale*, in *Judicium*, 2019, p. 51.

11. Cfr. l'art. 35-bis, comma 2, del d.lgs. 25/1998.

12. Così l'art. 35-bis, comma 3, del d.lgs. 25/1998. Il comma 4 del citato articolo prevede che il richiedente possa chiedere la sospensione del provvedimento attivando un procedimento cautelare connotato da termini molto brevi e dalla contrazione del contraddittorio: in prima battuta il giudice si pronuncia con decreto motivato (eventualmente assunte sommarie informazioni ma senza la preventiva convocazione della controparte); dopo la notifica del decreto è prevista l'instaurazione del contraddittorio in forma esclusivamente scritta; successivamente il giudice, con nuovo decreto (non impugnabile) conferma, modifica o revoca i provvedimenti già emanati.

condizioni) di trattenimento con le connesse limitazioni della propria libertà personale¹³. La mancata sospensione rischia pertanto di pregiudicare sia l'esercizio del diritto di difesa del richiedente (al quale verrebbe preclusa la possibilità di un costante contatto con il suo difensore), sia l'utilità reale di una eventuale futura decisione favorevole (susceptibile di essere vanificata dall'espulsione)¹⁴.

Le implicazioni sul versante processuale si traducono così in una compressione del «diritto a un rimedio effettivo» garantito dall'art. 46 della direttiva 2013/32/UE che comprende, tra l'altro, la previsione di un termine per presentare ricorso che sia ragionevole (e non renda «impossibile o eccessivamente difficile» l'accesso alla giustizia)¹⁵ e la possibilità di rimanere nel territorio dello Stato «fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso». È vero che la stessa direttiva (art. 37) consente agli Stati di prevedere (o mantenere) deroghe procedurali laddove lo straniero provenga da un Paese sicuro, ma tale eventualità è subordinata allo svolgimento di una specifica e accurata attività istruttoria affidata agli Stati stessi (e su cui sarà necessario tornare).

Alla luce del contesto normativo sinteticamente richiamato, appare con chiarezza come il decreto ministeriale contenente l'elenco dei Paesi d'origine sicuri (adottato il 4 ottobre 2019, aggiornato il 17 marzo 2023¹⁶ e, da ultimo, il 7 maggio 2024¹⁷) abbia un impatto determinante sul complesso degli strumenti giuridici (procedimentali e processuali) che lo straniero ha a disposizione per far valere la propria pretesa all'ottenimento della protezione internazionale.

Tale d.m. non incide in modo definitivo e automatico sull'esito della richiesta ma, certamente, condiziona il complesso delle garanzie che circondano l'esame della domanda. Tuttavia, proprio a fronte di una situazione di *incertezza* sulla decisione finale, quelle garanzie sono il principale "diritto" con cui lo straniero può – intanto – proteggersi e assumono un valore non solo giuridico ma esistenziale: per chi si trova "ai confini" (talora

13. Cfr. l'art. 32 del d.lgs. 25/1998 e l'art. 6-bis del d.lgs. n. 142 del 2015 (introdotto con l. n. 50 del 2023). La procedura di frontiera è scandita da termini ancora più brevi e, in caso di mancata consegna del passaporto del richiedente e di mancata prestazione di idonea garanzia finanziaria, consente di applicare la misura del trattenimento presso i centri di permanenza.

14. Così, M. Flamini, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte con d.l. 20/2023*, cit.

15. Con riguardo alla abbreviazione del termine, la CGUE, Terza sezione, nella sentenza del 20.10.2016 (causa C-429/15) ha affermato che «il principio di effettività deve essere interpretato nel senso che osta ad una norma procedurale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che assoggetta una domanda volta ad ottenere lo *status* di protezione sussidiaria ad un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, da parte dell'autorità competente, della possibilità, per un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta, di presentare una siffatta domanda».

16. Si vedano rispettivamente: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/10/07/19A06239/sg> e <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/03/25/23A01952/sg>.

17. Cfr. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/05/07/24A02369/sg#:~:text=25%2C%20sono%20considerati%20Paesi%20di,Serbia%2C%20Sri%20Lanka%20e%20Tunisia>. Quest'ultimo d.m. ha ampliato la lista, includendo Bangladesh, Camerun, Colombia, Egitto, Perù e Sri Lanka.

anche in senso letterale) dell'ordinamento, il rigoroso rispetto dei principi di legalità e giustiziabilità non può che essere decisivo¹⁸.

Da qui deriva l'esigenza di stabilire se e in quali termini il decreto ministeriale in oggetto sia sindacabile dal giudice ordinario.

Il problema tocca due diverse questioni che devono essere trattate partitamente, anche per ovviare a una ambiguità terminologica spesso ravvisabile nell'espressione "sindacabilità".

In primo luogo, è necessario accertare la sindacabilità del d.m. intesa come possibilità per un giudice di verificarne la conformità a diritto. Questo profilo, che si lega al rapporto (al confine) tra legittimità e merito amministrativo, dipende dal regime dell'atto, cioè dalla sua qualificazione e dai contenuti della disciplina normativa che lo riguarda. Ed è un aspetto che prescinde dal problema del riparto tra le due giurisdizioni, nel senso che (astrattamente) può venire in rilievo qualunque sia il giudice chiamato a "occuparsi" di tale atto.

In secondo luogo, una volta assodato che il d.m. è suscettibile di sindacato giurisdizionale, bisogna individuare – questa volta in dipendenza di quale sia il giudice competente (o, meglio, provvisto di giurisdizione) – lo strumento processuale attraverso cui quel sindacato si concretizza (in punto di effetti).

La giurisprudenza ha recentemente dato a queste due domande risposte di segno opposto: un primo orientamento (che sarà analizzato nel par. 2) ha affermato la sindacabilità del d.m. e ha individuato nella disapplicazione l'istituto utilizzabile per addivenire alla paralisi degli effetti dell'atto; un altro indirizzo (considerato nel par. 3) ha invece escluso (sebbene non in termini assoluti ma con riguardo ai profili rilevanti nel caso di specie) la sindacabilità del d.m. e, di sponda, la possibilità di ricorrere alla disapplicazione.

Muovendo dal contrasto indicato, si evidenzierà, da un lato, come la natura giuridica del d.m. contenente la lista dei Paesi sicuri e la relativa disciplina giuridica di diritto positivo (non solo ne consentono ma) ne impongono la sindacabilità (par. 4), e, dall'altro, che il ricorso allo strumento della disapplicazione da parte del giudice ordinario (considerati gli attuali limiti esterni e interni della giurisdizione ordinaria nelle controversie che coinvolgono un'amministrazione) sia da ritenersi costituzionalmente *necessario* in relazione agli artt. 24 e 113 della Costituzione (par. 5).

2. Un recente indirizzo giurisprudenziale: la disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi d'origine sicuri

Sul finire dello scorso anno, con una serie di decreti pronunciati in sede cautelare (*ex art. 35-bis d.lgs. 25/2008 e 737 c.p.c.*)¹⁹, il Tribunale di Firenze ha posto rimedio al (ritenuto) illegittimo inserimento di uno Stato nella lista dei Paesi sicuri senza emanare un formale decreto di sospensiva del provvedimento di diniego della protezione internazionale in

18. Si veda C. Favilli, *Armonizzazione delle legislazioni nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in Aa.Vv., *Temi e questioni di Diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, Cacucci, 2019, p. 695: il diritto alla tutela giurisdizionale, nel diritto degli stranieri, assume un ruolo essenziale perché il suo esito diventa «la porta di accesso allo *status* di persona titolare di altri diritti nello Stato ospitante» e può quindi risultarne condizionata «la visibilità giuridica della persona straniera come titolare di diritti».

19. Tribunale di Firenze, Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini UE, decreti del 20.9.2023 (r.g. 9787/2023) e del 26.11.2023 (r.g. 11464-1/2023; r.g. 4988-1/2022; r.g. 3773-3/2023). I decreti, pur con qualche lieve differenza argomentativa, pervengono al medesimo risultato e sono disponibili su questa *Rivista*.

ragione della situazione personale del richiedente, ma riconoscendo la sospensione *automatica* di tale atto.

Per raggiungere tale risultato (che consente a sua volta di evitare l'espulsione o il trattenimento in pendenza del giudizio di merito) il Tribunale ha disapplicato il d.m. contenente l'elenco dei Paesi sicuri, facendo discendere da ciò, a monte, la illegittimità della procedura amministrativa accelerata e, a valle, il recupero delle regole processuali *ordinarie* (termine di impugnazione non dimezzato, regole sull'onere della prova, sospensiva – appunto – automatica).

In altre occasioni, il giudice ordinario aveva disposto la sospensiva del provvedimento di rigetto senza mettere in discussione direttamente la legittimità dell'elenco ministeriale, ma ravvisando «gravi e circostanziate ragioni» personali a fondamento della misura cautelare²⁰.

Altrove, aveva valorizzato la “clausola di esclusione”²¹ di cui all'art. 2-*bis*, comma 2, del d.lgs. n. 25/2008, che prevede che la designazione di un Paese di origine sicuro possa essere fatta «con l'eccezione di parti del territorio o di categorie di persone» (sebbene il d.m. non si sia avvalso di tale possibilità e la direttiva europea preveda una nozione “monolitica” di Paese sicuro, non suscettibile di frazionamento)²².

20. Si vedano, per esempio, Tribunale Firenze del 9.3.2022 (r.g. 1823/2022) e Tribunale Perugia del 25.2.2022 (r.g. 667/2022), in questa *Rivista*, che hanno accolto le istanze di sospensione dell'esecutività della decisione di manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale proposta da uno straniero proveniente dall'Ucraina, ancora considerato Paese di origine sicura.

21. Il Tribunale di Perugia, con decreto del 15.11.2023 (r.g. 2572-1/2023, in [Meltingpot.org](https://www.meltingpot.org)) ha ritenuto illegittima l'adozione della procedura accelerata perché la scheda del MAECI relativa alla Costa d'Avorio (Paese di provenienza della richiedente) prevede espressamente come “eccezione” alla presunzione di sicurezza del Paese i casi di domande in cui siano allegiate violenze di genere, tra le quali le mutilazioni genitali femminili (subite appunto dalla straniera, unitamente alla costrizione al matrimonio). In altri casi (Tribunale Roma, 7.10.2022; Tribunale Napoli, 12.9.2022; Tribunale Firenze, 3.1.2020, r.g. 110/2020, in questa *Rivista*) è stata ritenuta inapplicabile la presunzione di sicurezza relativa alla Tunisia e al Senegal per stranieri che avevano paventato il timore di persecuzioni legate al proprio orientamento sessuale, anche in questo caso considerando le indicazioni contenute nelle Schede Paese redatte dal Ministero. Si segnala che il tema della provenienza da un Paese dichiarato sicuro è stato considerato anche da alcuni decreti del Tribunale di Catania (il più noto è il decreto del 29.9.2023, r.g. 10460/2023, in questa *Rivista*) con cui non sono stati convalidati i provvedimenti di trattenimento adottati nei confronti di stranieri che avevano presentato la domanda di protezione internazionale alla frontiera, in relazione alla circostanza che essi provenivano da un Paese qualificato come sicuro (Tunisia), non avevano presentato il passaporto e non avevano presentato la garanzia finanziaria. Nel caso di specie, era in rilievo il d.m. 14.9.2023 che consente il trattenimento dello straniero che non abbia prestato idonea garanzia finanziaria secondo le modalità ivi disciplinate e ritenute contrarie agli artt. 8 e 9, direttiva 2013/32/UE, e il Tribunale ha evidenziato come la provenienza da Paese sicuro non possa automaticamente privare il richiedente protezione internazionale del diritto di fare ingresso in Italia. Si veda il commento adesivo di C. Favilli, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedura di frontiera: Commento al decreto del tribunale di Catania del 29 settembre 2023*, *ivi*, p. 20 (con riferimento alla disapplicazione del provvedimento amministrativo che risulti «in contrasto con la legge, a sua volta interpretata in modo conforme alla norma UE»).

22. La possibilità per gli Stati di prevedere clausole di esclusione alla luce dell'art. dall'art. 36 della direttiva («Gli Stati membri stabiliscono nel diritto nazionale ulteriori norme e modalità inerenti all'applicazione del concetto di Paese di origine sicuro») è attualmente oggetto di un rinvio pregiudiziale sottoposto alla Corte di Giustizia UE dalla Corte regionale di Brno con decreto del 20.6.2022 (Causa C-406/22). In particolare, con la seconda questione, si prospetta il dubbio che qualora uno Stato membro designi un Paese come Paese di origine sicuro solo in parte (con alcune eccezioni territoriali nei confronti delle quali non si applica la presunzione di sicurezza), «il Paese nel suo complesso non possa essere allora considerato un Paese di origine sicuro ai fini della direttiva». Il profilo è stato evidenziato da M. Gattuso, *Tre domande sui Paesi sicuri*, cit.: «Il sistema della protezione internazionale è dunque, per sua natura, sistema giuridico di garanzia per le minoranze esposte a rischi provenienti da agenti persecutori, statuali o meno. Se dovessimo ritenere sicuro un Paese

Il “nuovo” approccio del g.o. al tema segna tuttavia un importante passo in avanti nella prospettiva della tutela del richiedente poiché, appunto, non si fonda semplicemente sulla condizione soggettiva dello straniero, la cui dimostrazione può essere più difficile, ma sulla correttezza (sostanziale e procedurale) della qualificazione del Paese di provenienza, che assume una valenza generale e la cui prova può risultare più agevole²³.

Esso merita quindi di essere attentamente considerato, anche in ragione dell’approfondito corredo motivazionale posto a fondamento dei decreti.

Nei quattro casi considerati, il richiedente proveniva dalla Tunisia, presente in entrambi gli elenchi dei Paesi sicuri formati, nel 2019 e nel 2023, dal MAECI²⁴. Non aveva allegato «gravi e circostanziate ragioni» riferibili alla propria condizione, ma aveva sostenuto che alla luce di una serie di accadimenti che interessavano «la generalità delle persone» e indicativi di una «involuzione autoritaria», la Tunisia non presentasse più le condizioni di permanenza all’interno della lista.

Da qui, per il Collegio, l’esigenza di chiarire se il giudice abbia il potere (o, meglio, il dovere) di verificare la correttezza di tale inserimento in relazione ai criteri normativi previsti (cfr. nota 3).

I profili rilevanti sono due (ai sensi dell’art. 37 della direttiva come recepito dall’art. 2-*bis* del d.lgs. 25/2008): innanzitutto, è necessario che la connotazione di un Paese come sicuro si fondi su informazioni provenienti da *fonti qualificate*; in secondo luogo, gli Stati sono tenuti a riesaminare periodicamente la situazione esistente nei Paesi designati come Paesi d’origine sicuri²⁵.

L’obbligo di aggiornamento grava, ovviamente, sugli organi ministeriali competenti a formare l’elenco ma (in ragione delle conseguenze che l’inserimento di un Paese nella lista produce sui diritti procedurali dei richiedenti) è necessario *anche* un presidio giurisdizionale che ne assicuri il rispetto²⁶ nelle ipotesi in cui tale obbligo non sia stato adempiuto.

quando la sicurezza è garantita alla generalità della popolazione, la nozione giuridica di Paese di origine sicuro si potrebbe applicare a tutti i Paesi del mondo, e sarebbe dunque priva di qualsiasi consistenza giuridica». Sul tema cfr. anche C. Pitea, *I primi nodi della disciplina sui Paesi di origine sicuri vengono al pettine, ivi*. Ai nostri fini, rileva anche la terza questione sollevata, avente a oggetto la possibilità per il giudice di rilevare d’ufficio (anche in assenza di un’eccezione da parte del richiedente) la circostanza che la designazione di un Paese come sicuro sia contraria al diritto dell’Unione europea. Sul punto, il giudice di Brno muove infatti dalla notazione che un giudice dell’UE «nel riesaminare una decisione di rigetto di una domanda basata sul concetto di Paese di origine sicuro, nel contesto del diritto a un ricorso effettivo, non solo debba valutare se tale presunzione sia stata confutata con successo dal ricorrente, ma sia altresì tenuto a trattare la questione se l’inclusione generale del Paese nell’elenco dei Paesi di origine sicuri sia avvenuta conformemente alla direttiva».

23. Recentemente, la Cassazione ha escluso che la sospensione automatica e la sospensione che consegua ad un procedimento di accertamento giudiziale con oneri per la parte richiedente possano porsi sullo stesso piano processuale e sostanziale: l’esistenza di una tutela comunque azionabile da parte del richiedente in caso di immediata esecutività del provvedimento amministrativo «presuppone comunque un onere allegatorio e probatorio in capo al richiedente circa le gravi e circostanziate ragioni e si pone certamente su un piano di valutazione estraneo alla diretta operatività del principio di effettività della tutela che opera con la sospensione automatica» (Cass. civ., SU, 9.4.2024, n. 11399).

24. La Tunisia continua a essere considerata Paese sicuro anche nel d.m. del 7.5.2024, successivo alla vicenda che qui è oggetto di analisi.

25. Entrambi i profili saranno considerati in dettaglio nel par. 4.3.

26. In questo senso si è pronunciata anche la Cassazione: la verifica del giudice è «ineludibile ed officiosa, attesa la stretta incidenza della scelta del modello procedimentale sul diritto soggettivo di protezione del richiedente il quale, nel corso della procedura accelerata, subisce una restrizione delle garanzie partecipative proprie della fase amministrativa, nonché una contrazione di quelle difensive dinanzi l’autorità giurisdizionale, mediante la drastica riduzione dei termini», così Cass. civ., sez. I, 10.3.2021, n. 6745. Si veda anche Id., II, 30.6.2021, n. 18518.

L'intervento del giudice è, oltretutto, indispensabile anche tenuto conto che il procedimento cautelare (come osservato alla nota 12) si svolge, perlomeno in prima battuta, in assenza di contraddittorio (che è posticipato e si realizza esclusivamente in forma scritta).

Da ciò deriva il potere per il giudice di verificare la conformità del d.m. (al quale il Tribunale riconosce natura «sostanzialmente regolamentare») alla disciplina eurounitaria e nazionale.

Resta ferma l'insindacabilità del merito (con riguardo a un atto nel quale il Collegio ravvisa un potere tecnico valutativo a contenuto «molto complesso»), ma si ammette un «sindacato di legalità» anche in relazione al «mutamento delle circostanze intervenute prima dell'atto applicativo incidente sul diritto soggettivo del richiedente asilo», dal quale sorge l'indicato «obbligo legale di revisione».

Il Tribunale ricorda che, in linea di principio, la legittimità di un atto amministrativo deve essere valutata al momento della sua adozione secondo il principio *tempus regit actum*; tuttavia, nel caso di specie è determinante la natura del provvedimento di inserimento di un Paese nella lista Paesi sicuri, che si basa su informazioni relative a circostanze di fatto in continua evoluzione.

Nei giudizi di protezione internazionale, è pacifico che il giudice, avvalendosi dei poteri di cooperazione istruttoria, «è tenuto ad effettuare una verifica aggiornata della situazione del Paese di origine dovendo giudicare sulla domanda di asilo alla luce delle condizioni di fatto sussistenti al momento della decisione»²⁷.

La necessità di una valutazione aggiornata non riguarda soltanto il merito della domanda di protezione internazionale ma anche l'utilizzabilità della «procedura Paesi sicuri» (con la correlativa contrazione dei diritti procedurali del richiedente) alla luce delle disposizioni sopra richiamate²⁸.

Diventa così accertabile il mancato aggiornamento dell'elenco di Paesi da presumere sicuri, da cui discende la «illegittimità e/o inefficacia sopravvenuta» del decreto ministeriale,

27. Gli artt. 8 e 27, comma 1-bis, d.lgs. n. 25/2008 impongono al giudice di esaminare la domanda, su base individuale, alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. I, 6.10.2020, n. 17075 (ord.). Cfr. anche Cass. civ., sez. I, 11.11.2020, n. 25311: «Il giudice, in base alle fonti europee, deve infatti mantenere inalterato il suo diritto-dovere di acquisire con ogni mezzo tutti gli elementi utili a indagare sulla sussistenza dei presupposti della protezione internazionale, secondo le allegate condizioni personali del ricorrente e secondo la situazione generale del Paese di origine considerata rilevante quando egli decide sul ricorso. Il che vuol dire che la richiamata doverosa potestà (sulla quale il sistema pacificamente converge) non può essere limitata, nelle possibilità di esplicazione, dal mero fatto che uno Stato sia stato incluso in un elenco di Paesi da considerare sicuri sulla base di informazioni (certo qualificate ma) vagliate unicamente nella sede governativa (o *lato sensu* amministrativa)». Cfr. anche Cons. St., sez. III, 10.6.2022, n. 4763: nei casi in cui il bene della vita da tutelare ha natura personale il giudice non può «limitarsi ad una valutazione di tipo statico, ancorata al provvedimento impugnato, ma dovrà operare una valutazione di tipo dinamico – fermi restando il potere discrezionale dell'amministrazione e il divieto di sindacato esteso al merito – al fine di evitare il concretizzarsi di un pregiudizio per la situazione giuridica sostanziale».

28. Nella pronuncia *Ilias e Ahmed contro Ungheria* (Corte EDU, Grande Camera, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. 47287/15, sent. 21.11.2019), la Grande Camera ha ravvisato nell'applicazione delle presunzioni di sicurezza e nelle loro conseguenze sui diritti e le garanzie procedurali dei richiedenti asilo un rischio di violazione del principio di *non-refoulement* e del divieto di espulsioni collettive.

che è quindi suscettibile (non di annullamento, riservato al giudice amministrativo²⁹, ma) di disapplicazione da parte del giudice civile³⁰.

Nei casi oggetto di esame, il Tribunale di Firenze verifica «significativi mutamenti della situazione socio-politica in Tunisia non presi in considerazione dall'Amministrazione nell'istruttoria che ha portato all'inserimento» della stessa nell'elenco dei Paesi sicuri, riferibili al mutamento sia delle condizioni di fatto che del quadro istituzionale e normativo, suscettibili di determinare forme di persecuzione e maltrattamenti ai danni della popolazione³¹.

Alla luce di tali accadimenti (da cui è appunto sorto «l'obbligo legale di revisione» dell'elenco) è venuto meno il presupposto di fatto che giustificava l'inserimento della Tunisia nell'elenco di Paesi da presumere sicuri, con la conseguenza che il d.m. non può ritenersi conforme alla disciplina di riferimento.

Ciò ne determina la «sopravvenuta inefficacia» e la conseguente «riespansione dei diritti processuali, con applicazione della procedura ordinaria a cui consegue il diritto del richiedente a permanere sul territorio dello Stato sinché il suo ricorso giurisdizionale non verrà definito»³².

3. L'orientamento giurisprudenziale di segno contrario alla disapplicazione del d.m.

La ricostruzione compiuta dai decreti sopra menzionati (che, si torna a sottolineare, lascia impregiudicata la decisione di merito relativa ai singoli provvedimenti di diniego ma si limita a definirne il regime procedimentale e processuale) è stata tacciata di "politicità" attraverso taluni mezzi di informazione e non è stata seguita da alcune decisioni successive³³.

29. Il precedente d.m. del 4.10.2019 era stato impugnato presso il Tar Lazio, che, pur riconoscendo che si trattasse di atto impugnabile, ha rilevato il difetto di legittimazione a ricorrere dell'associazione Asgi (Tar Lazio, III, 12.10.2020, n. 11179, poi confermata da Cons. St., sez. IV, 7.2.2022, n. 812).

30. Alcuni commentatori, N. Datena, G. Vicini, *La procedura di designazione del paese d'origine sicuro e i poteri di valutazione del giudice ordinario*, cit., hanno evidenziato come il Tribunale avrebbe pure potuto sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2-bis d.lgs. 25/2008, posto che dall'adesione al sistema comune di asilo europeo discende la necessità di osservare gli obblighi derivanti dal diritto internazionale che divengono parametri di legittimità costituzionale per effetto dell'articolo 117 Cost. Una pronuncia di illegittimità costituzionale «avrebbe avuto l'effetto di sanzionare con efficacia *erga omnes* l'istituto del Paese di origine sicura, quantomeno nella parte in cui priva il/la richiedente asilo di garanzie procedurali che invece sono da considerarsi inderogabili in quanto espressione del diritto fondamentale a un rimedio effettivo e del divieto di respingimento».

31. Si veda, *infra*, par. 4.3, spec. nota 57.

32. Il Tribunale di Firenze (Sezione specializzata protezione internazionale) ha recentemente emanato due ordinanze di rinvio pregiudiziale (15.5.2024, r.g. n. 3303/2024; 31.5.2024, r.g. n. 2458/2024) sollevando la questione della compatibilità con il diritto eurounitario della disciplina italiana che consente la designazione di un Paese come sicuro (nella specie, Nigeria e Costa D'Avorio) con l'esclusione di numerosissime (rispettivamente 11 e 8) categorie soggettive, dubitando fortemente della possibilità di ritenere sicuro uno Stato che abbia una «così significativa, per qualità e quantità, presenza di categorie di persone a rischio di violazione dei diritti umani» (sul tema si veda anche il rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale di Brno di cui alla nota 22). Come il Tribunale ha chiaramente evidenziato, l'opzione per il rinvio pregiudiziale in luogo della disapplicazione del d.m. si collega proprio all'ampiezza e al numero delle categorie escluse, che non ricorreva invece nell'ipotesi della Tunisia, nella quale l'esclusione della presunzione di sicurezza è limitata alle sole persone LGTBI e, quindi, non si era posta l'indicata questione interpretativa preliminare riguardante direttamente l'interpretazione del diritto dell'UE.

33. Il Tribunale di Milano, con decreto del 1.12.2023 (r.g. 38586-1/2023), pur non negando il carattere relativo della presunzione di sicurezza, ha affermato che laddove il ricorrente non invochi gravi motivi che portino a ritenere che il Paese d'origine non possa essere considerato sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso si trova, la questione della

La (asserita) valenza politica delle decisioni del g.o. è sintomatica di un approccio che non può essere seguito: la circostanza che un certo tema sia oggetto di dibattito politico non toglie che esso abbia anche (e in via prioritaria, considerato che in uno Stato di diritto la politica deve muoversi entro i confini della Costituzione) una rilevanza giuridica, e come tale debba essere affrontato.

Per quanto riguarda gli orientamenti giurisprudenziali di segno contrario (che meritano invece di essere considerati con attenzione), sono due le principali obiezioni avanzate alla “tesi della disapplicazione”.

Innanzitutto, si ritiene³⁴ (anteponendo il problema processuale a quello sostanziale) che l’art. 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo consenta al g.o. di valutare incidentalmente la legittimità di un atto amministrativo (e di disapplicarlo) solo qualora tale atto si ponga come “pregiudiziale”, cioè come «antecedente logico insuperabile alla riconoscibilità del pieno diritto azionato» e non laddove sia «il fondamento del diritto dedotto in giudizio o della sua limitazione, come invece potrebbe avvenire nei giudizi ove è parte la P.A.». In presenza di un potere della pubblica amministrazione «la pretesa azionata è un mero effetto della legittimità nell’esercizio di questo potere», per cui il giudice ordinario non può sindacarlo, perché la valutazione della legittimità dell’atto andrebbe fatta dal giudice amministrativo in via principale. Nel caso di specie, la pregiudizialità difetterebbe perché il giudice può comunque tutelare il diritto del ricorrente alla sospensione ravvisando la presenza di gravi e circostanziate ragioni, «senza passare obbligatoriamente (pregiudizialmente) per la disapplicazione del provvedimento amministrativo».

In secondo luogo, il decreto da ultimo richiamato³⁵ afferma che la disapplicazione del d.m. «opererebbe di fatto» come un sindacato di merito sostitutivo di poteri discrezionali riservati alla P.A. nella predisposizione della lista Paesi sicuri. In particolare, dalla circostanza che non ci sono indicazioni relative alla esatta periodicità con cui la lista deve essere aggiornata si deduce l’esistenza del potere dell’amministrazione di non aggiornare le schede Paese e la valutazione di sicurezza, sino a che non emergano dati e situazioni nuove che la stessa P.A. consideri rilevanti, di modo che il mancato aggiornamento non integra né una violazione di legge, né un’ipotesi di eccesso di potere («una scelta della P.A. può essere anche quella di non aggiornare», per cui «in tutti i casi in cui il g.o. insista nel ritenere illegittimo l’atto amministrativo perché non recepisce fatti, a suo giudizio, rilevanti per l’uscita dalla lista Paesi sicuri, appare evidente che con la sua valutazione esorbiti dallo svolgimento di un giudizio di mera legittimità esterna, sostituendosi alla P.A. nelle valutazioni di merito di sua esclusiva competenza»).

disapplicazione del d.m. che ha considerato la Tunisia Paese sicuro non assume rilevanza (nel caso di specie, il richiedente era fuggito dal proprio Paese per avere intrattenuto una relazione sentimentale con una ragazza all’insaputa dei familiari di quest’ultima, i quali, venuti a conoscenza del rapporto instaurato tra i due giovani, lo hanno aggredito). Si veda anche Tribunale Firenze, 11.1.2024, r.g. 14094-1/2023, analizzato più diffusamente tra un momento.

34. Cfr. Tribunale Firenze, 11.1.2024, cit., che, escluso il ricorso alla disapplicazione, non ravvisa «gravi e circostanziate ragioni» per sospendere l’esecuzione del provvedimento di diniego della protezione internazionale.

35. Tribunale Firenze, 11.1.2024, cit.

4. La sindacabilità del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi d'origine sicuri

4.1. Il d.m. come regolamento o come atto generale

In considerazione dei due indirizzi antitetici appena descritti, è opportuno (come anticipato in premessa) muovere dalla questione della sindacabilità del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi d'origine sicuri, intesa come potere/dovere del giudice di verificarne la conformità al quadro normativo.

La soluzione dipende in concreto dalla normativa applicabile al d.m., ma richiede alcune considerazioni preliminari sulla natura giuridica di tale atto in riferimento alla "etichetta" di regolamento o atto generale e (soprattutto) al "grado" di discrezionalità in esso ravvisabile.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'inquadramento del d.m. nell'una o nell'altra categoria (regolamento ministeriale o atto generale) non condiziona di per sé la possibilità per il g.o. di verificarne la legittimità: sul versante processuale, del resto, lo stesso art. 5 dell'all. E della l. n. 2248/1865 contempla la disapplicazione sia degli atti amministrativi che dei «regolamenti generali» ove non siano conformi alle leggi.

L'opzione atto generale/regolamento, rispetto alla classificazione del d.m., può ritenersi non decisiva se il tema della sindacabilità si pone come alternativa "secca" (sindacabile o non sindacabile), posto che entrambi gli atti devono ritenersi suscettibili di verifica di legittimità in sede giurisdizionale.

L'inquadramento diventa invece più significativo se ci si sposta sul versante del *quantum* di sindacabilità, che appare maggiore nell'atto generale perché quest'ultimo è riferito a una situazione concreta con cui deve confrontarsi, anche in punto di legittimità.

In questa prospettiva (che, come si dirà, ha particolari conseguenze anche con riguardo al tempo in cui tale decreto può essere oggetto di sindacato), meritano considerazione due aspetti che fanno propendere per la qualificazione del d.m. *de quo* come atto generale.

Innanzitutto, il criterio formale o nominalistico (in base al quale devono essere le regole sulla normazione a stabilire quali atti siano da qualificare come normativi)³⁶ conduce ad escludere la natura regolamentare del d.m. in esame. L'art. 17 della l. n. 400 del 1988 prescrive che i regolamenti ministeriali e interministeriali debbano recare la denominazione di "regolamento", siano adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei conti e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale: tutti requisiti (tranne l'ultimo) che nel caso in esame difettano.

In secondo luogo, spinge per l'inquadramento del d.m. come atto generale anche il riferimento ai parametri di ordine sostanziale (astrattezza, generalità, innovatività)³⁷

36. G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, p. 390; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 723; P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 639. Di recente, sull'obbligo di autoqualificazione: P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 285.

37. Come noto, i criteri sostanziali per la individuazione delle fonti del diritto sono la generalità (la norma è destinata a una pluralità indeterminata e indeterminabile di soggetti), l'astrattezza (la norma tende a valere nel tempo per tutti i rapporti che potranno esserle ricondotti), la innovatività (la norma deve avere un contenuto precettivo o contribuire a formarlo), così P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 639. Ritiene che debba essere seguito un criterio sostanziale (pur nella consapevolezza delle difficoltà applicative che esso comporta) V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 442. Di recente, A. Azzena, *Dalla "fuga dal regolamento" alla inesistenza del potere regolamentare. Spunti per una riflessione impegnativa*, in AA.VV., *Annuario A.I.P.D.A. 2015, Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 257, ha assunto a criterio di distinzione delle norme il carattere della

elaborati per far fronte alle difficoltà applicative che il precedente criterio comporta³⁸ in relazione a quegli atti che possono essere disciplinati in modo difforme da quanto previsto in generale dalla legge³⁹.

Come noto, la giurisprudenza distingue correntemente le due ipotesi attraverso il criterio della (in)determinabilità dei destinatari, affermando che è «atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia *a priori* che *a posteriori* (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili *a priori*, ma certamente determinabili *a posteriori* in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»⁴⁰.

I destinatari del d.m. di individuazione dei Paesi sicuri effettivamente non sono individuabili *a priori* (nel momento di emanazione dell'atto), ma lo divengono nel momento in cui lo straniero (che richiede la protezione internazionale) proviene da un Paese qualificato come sicuro e "risente" quindi del relativo regime procedimentale e processuale.

In aggiunta, la circostanza (su cui si tornerà tra un momento) che la lista debba essere periodicamente aggiornata – e quindi debba corrispondere ad alcuni caratteri dei Paesi valutati in concreto – porta a escludere in radice che l'atto presenti il requisito della astrattezza.

ipoteticità: si può «proficuamente distinguere fra atti giuridici che contengono una previsione ipotetica e atti che invece dispongono in ordine a una situazione giuridica (rapporto) già esistente, modificandola, fino a eliminarla», cosicché il *proprium* del regolamento consisterebbe nella «ipoteticità delle sue prescrizioni, nel prevedere situazioni non ancora verificatesi nella realtà».

38. Sulla insufficienza del riferimento a un criterio meramente formale cfr. G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 13; Id., *Recensione* a Giacinto della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, in *Dir. pubb.*, 2001, p. 817.

39. P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 640.

40. Cons. St., ad. plen., 4.5.2012, n. 9. L'accento sulla impossibilità di determinare i destinatari dell'atto generale *a priori*, o prima dell'esecuzione del provvedimento stesso, è posto anche da Cons. St., sez. VI, 15.9.2012, n. 5150; Tar Lombardia, Milano, III, 19.11.2004, n. 69049. La circostanza che l'atto generale riguarda una pluralità *indeterminata* di persone o di casi è evidenziata dalla dottrina che pone l'accento proprio sul profilo dimensionale, ossia «l'idoneità degli atti amministrativi a regolare serie aperte di soggetti e di condotte o circostanze»: G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 124. Si veda anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 287, il quale considera come criterio classificatorio proprio l'efficacia soggettiva dell'atto, ossia l'ambito soggettivo degli effetti del provvedimento amministrativo. Cfr. anche Id., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. IV, 1959, p. 157; A. M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 217; G. Clemente Di San Luca, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003; M.C. Romano, *Atti amministrativi generali*, in *Dizionario di diritto pubblico diretto da S. Cassese*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 491. Più recentemente, M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 60, hanno evidenziato come i criteri distintivi che consentono di isolare l'atto generale non rappresentino sempre uno schema ordinario adeguato: da un lato, sembra che uno stesso atto sia suscettibile di possedere simultaneamente una pluralità di qualificazioni, dall'altro le esigenze pratiche che stanno dietro le diverse discipline applicabili determinano nella giurisprudenza delle «forzature qualificatorie». In questa prospettiva, gli Autori riprendono la distinzione tra «il previo disporre, in generale e in astratto per tutti i possibili casi futuri, e il concreto provvedere, nei singoli casi particolari, in attuazione o sulla base ed entro i limiti di norme antecedentemente poste» e concludono che «quanto più le prescrizioni dettate dall'amministrazione si avvicinano alla sfera di disporre tipico della norma, tanto più deve farsi sentire la *vis attrattiva* della regime di validità della legge; quanto più le prescrizioni si avvicinano alla sfera del provvedere, tanto più deve essere forte la *vis attrattiva* del regime di validità del provvedimento amministrativo».

4.2. Il “grado” di discrezionalità del d.m.

È senz'altro più delicata l'altra questione sopra menzionata, relativa al tasso di discrezionalità (se non di politicità) ravvisabile nel decreto ministeriale⁴¹.

Se per discrezionalità politico-amministrativa (discrezionalità in senso proprio) si intende una attività connotata dal bilanciamento tra gli interessi coinvolti in una vicenda amministrativa sotto il “faro” rappresentato dall'interesse pubblico (prefigurato dalla norma attributiva del potere) da perseguire⁴², il d.m. non può essere considerato atto discrezionale.

Certo, un interesse pubblico è immanente in ogni disciplina giuridica, nel senso che è la rilevanza di una certa materia per l'ordinamento che rende necessario dettarne una regolamentazione ispirata al perseguimento di un certo obiettivo.

Possiamo quindi affermare che la predisposizione della lista dei Paesi sicuri sia sorretta dalla scelta legislativa (politica) di prevedere un regime differenziato per gli stranieri che provengono da tali Paesi: per questo, si tratta di una disciplina dalla valenza politica, tanto che ne è stato evidenziato il collegamento con esigenze diverse, come la regolamentazione (o la restrizione) dei flussi migratori e l'ottimizzazione delle procedure⁴³ (salva la necessità di verificarne la legittimità alla luce dell'art. 10 Cost.)⁴⁴.

41. Il d.m. di individuazione dei Paesi sicuri non può essere considerato un atto politico. Se si assume una nozione di atto politico costituzionalmente conforme (che riconduca quindi la previsione di cui all'art. 7 c.p.a. entro le maglie dell'art. 113 Cost., oltre che dell'art. 24 Cost.), punto di partenza per la delimitazione della nozione non può essere la natura dell'atto astrattamente e genericamente intesa, ma la sua effettiva sostanza verificata in relazione alla presenza di una base legale o costituzionale, in relazione alla esistenza di una disciplina giuridica e in relazione agli effetti che è suscettibile di produrre sulle situazioni individuali. Da qui, deve ritenersi che nel nostro ordinamento non sia sostenibile l'esistenza di una categoria di atti politici come atti fuori dal diritto (cioè fuori dalla legalità): gli atti politico-costituzionali sono (comunque) sindacabili davanti al giudice costituzionale, mentre gli atti politico-amministrativi devono ritenersi sindacabili conformemente ai principi generali e ai caratteri del diritto amministrativo. Il sindacato sugli atti amministrativi è *sempre ammesso*: la sua estensione, naturalmente, dipende dalla “quantità” di disciplina rinvenibile nell'ordinamento. In questo senso, l'aggettivo che può essere utilizzato per qualificare un provvedimento (politico-discrezionale, di alta amministrazione, vincolato...) ha una portata descrittiva che non incide però sulla sua sottoponibilità al sindacato giurisdizionale. Applicando questo ordine di idee, deve escludersi che il d.m. possa essere qualificato come atto politico. Da un lato, esiste una dettagliata disciplina (procedurale e sostanziale) applicabile al relativo potere amministrativo, il cui rispetto deve essere suscettibile di verifica in sede giurisdizionale. Dall'altro, il d.m. (per le ragioni già evidenziate) ha effetti sulla situazione giuridica del richiedente asilo, che deve essere tutelabile anche in relazione a tale atto. Sulla nozione di atto politico si vedano, tra gli altri: E. Guicciardi, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubb.*, 1937, p. 265; A. Sandulli, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, p. 517; T. Klitsche De La Grange, *L'atto politico (e il «politico»)*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 517; P. Barile, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 220; G. Roherssen, *L'atto di potere politico e la sua sindacabilità in sede giudiziaria*, in *Riv. dir. pubb.*, 1936, p. 569; F. Bilancia, *Ancora sull'«atto politico» e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1163; R. Dickmann, *L'atto politico questo sconosciuto*, in Forumquadernicostituzionali.it (2012).

42. Cfr. D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 281; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 126; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 95.

43. Si vedano le considerazioni svolte in nota nel par. 1. Peraltro, la politicità della scelta di ricorrere al d.m. è confermata dalla circostanza che, di fatto, l'elenco dei Paesi sicuri non è esaustivo (non considera Stati notoriamente democratici e rispettosi dei diritti umani), ma contempla solo Paesi da cui provengono numerose richieste di asilo, che sono terreno di conflitti oppure nei quali si ravvisano violazioni dei diritti umani, di modo che l'inserimento nella lista vale (nella prassi) a costruire una presunzione di sicurezza della cui effettività si potrebbe – quantomeno in alcuni casi – dubitare.

44. Non saranno qui affrontati i dubbi circa la legittimità costituzionale, internazionale ed europea dell'art. 2-bis del d.lgs. 25/2008 che assegna al Governo il potere di individuare i paesi sicuri mantenendo una eccessiva vaghezza sui presupposti e il procedimento (in violazione delle riserve di legge di cui all'art. 10 Cost.) e in contrasto con l'art. 3 della Convenzione di Ginevra che obbliga gli Stati ad applicarla senza discriminazioni riguardo «alla razza, alla religione e il Paese di origine». Sul punto si vedano gli scritti citati *supra*, nota 2.

L'aspetto politico, però, rileva "a monte" (quando il legislatore attribuisce al MAECI il potere di stilare l'elenco), ma non "a valle", quando si tratta invece di verificare la sussistenza in concreto dei criteri (normativamente predefiniti) che consentono di qualificare un Paese come sicuro. Non implica, cioè, che ogni singolo inserimento debba rispondere a un interesse pubblico specifico suscettibile di ponderazione.

L'inserimento (o il mancato inserimento) di un Paese nella lista di quelli sicuri, insomma, deriva dalla applicazione dei criteri individuati dal d.lgs. e non dalla sussistenza (o dalla insussistenza) di uno specifico interesse pubblico orientato in tal senso.

Esclusa l'esistenza di un interesse pubblico da bilanciare con l'interesse al (non) inserimento nel predetto elenco (anche alla luce del riconoscimento costituzionale del diritto di asilo), si perde l'elemento definitorio che maggiormente qualifica il potere discrezionale.

A maggior ragione, cade anche la possibilità di considerare il d.m. come atto di alta amministrazione, attuativo dell'indirizzo politico del governo e connotato (appunto) da quell'elevatissimo tasso di discrezionalità che ne riduce (pur senza escluderla) la sindacabilità in sede giurisdizionale⁴⁵.

L'assenza di discrezionalità ha come necessaria conseguenza l'espansione del sindacato del giudice, che non incontra il limite rappresentato dal merito amministrativo.

Si dovrà, piuttosto, stabilire se i requisiti ai quali il d.lgs. subordina la qualifica di Paese d'origine sicuro siano suscettibili di accertamento o presuppongano invece un potere valutativo, eventualmente riservato all'amministrazione.

A ben vedere, però, i criteri indicati dall'art. 2-*bis* del d. lgs. 25/2008 (che saranno ripresi nel par. 4.3) hanno una oggettività tale da escludere la presenza di quei margini di opinabilità che connotano il potere valutativo della P.A.: si tratta, insomma, di circostanze di fatto suscettibili di «accertamento univoco»⁴⁶ ripetibile dal giudice.

In ogni caso, se anche si accentuassero i profili valutativi della decisione rimessa all'amministrazione, ciò non ne implicherebbe l'insindacabilità.

Sia perché, in termini generali, l'esistenza di un margine valutativo non implica di per sé l'esistenza di un potere riservato all'amministrazione⁴⁷.

45. Opta per questa qualificazione C. Taglienti, *Trattenimento migranti richiedenti protezione internazionale-procedura di frontiera-paesi di origine sicuri*, cit. Si tratterebbe di «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», così Tar Lazio, IV, 31.3.2022, n. 3740. Sugli atti di alta amministrazione si vedano: G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; F. Piga, *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*, *Foro amm.*, 1981, p. 849; G. B. Garrone, *Atto di alta amministrazione*, in *Dig. disc. pubb.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 538; E. Picozza, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988, p. 81; F. Cuocolo, *Alta amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, Treccani, 1991; G. Crepaldi, *La motivazione degli atti di alta amministrazione*, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, p. 3688; M.P. Genesin, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, Jovene, 2009, p. 100; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Dir. pubb.*, 2009, p. 101.

46. Cfr. N. Vettori, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. pubb.*, 2012, p. 681, sia pure con riferimento al tema (generale) del diritto alla protezione umanitaria.

47. L'ordinamento utilizza correntemente concetti giuridici indeterminati, vaghi o elastici, attribuendo a diversi soggetti (l'amministrazione o il giudice) il compito di riempirli di contenuto (cfr. A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 816: la disciplina legale può certamente essere

Sia (e soprattutto) perché, per definizione, la discrezionalità è un prodotto della legge ed è quindi soggetta al diritto⁴⁸: non è un “pacchetto unico” riservato all’amministrazione, ma è sottoposta al sindacato del giudice per tutti i profili che sono oggetto di disciplina giuridica, la qual cosa, a sua volta, richiede di considerare quella regolamentazione in termini particolarmente analitici.

Giuridicamente, cioè, il potere amministrativo non rileva perché (eventualmente) discrezionale, ma soltanto perché è delimitato. La “quantità” di discrezionalità ravvisabile in una data ipotesi consente di individuare uno spazio di scelte (più o meno ampio) riservato all’amministrazione, non regolato da norme giuridiche e per questo insindacabile (il merito). L’estensione della discrezionalità, però, non attiene alla “qualità” della prospettiva giuridica, nel senso che non incide sulla precettività delle regole applicabili a una determinata fattispecie e sulla possibilità per il giudice di verificarne l’avvenuto rispetto⁴⁹.

Come si è detto, il momento politico si esaurisce nella scelta legislativa di prevedere una disciplina differente a seconda di una realtà giuridico-fattuale diversa (quella dei singoli Paesi oggetto di considerazione). Ma la valutazione della realtà, rispetto all’applicazione della relativa disciplina, non si confronta in concreto con l’interesse pubblico: ne consegue che l’eventuale confine tra legittimità e merito deve essere impostato solo sulla base delle pertinenti previsioni legislative, senza condizionamenti aprioristici e (questi sì) politici: se così non fosse, il richiamo all’interesse pubblico diventerebbe una scriminante suscettibile di inibire ogni forma di verifica giudiziale.

In sintesi, quand’anche il potere in esame fosse qualificato come discrezionale, questo sarebbe comunque assistito (in punto di verifica di legittimità) dal corredo di figure riconducibili all’eccesso di potere (che si aggiungono, ovviamente, alle ipotesi che direttamente rientrano nella violazione di legge).

Al medesimo risultato si può prevenire anche muovendo dalla posizione soggettiva della persona coinvolta dall’atto di cui si discute.

caratterizzata da «fattispecie aperte che attribuiscono all’amministrazione il dovere di verificare la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto delle decisioni attraverso un’attività di integrazione e completamento della regola formulata dal legislatore attraverso locuzioni vaghe ed elastiche»). Ciò non significa però che si tratti di valutazioni riservate, poiché la valutazione può ben essere effettuata sulla base di *standard* di condotta comunemente accettati e condivisi, oppure del sapere (compreso il “sapere giuridico”) del soggetto cui è demandata, la qual cosa rende “l’operazione amministrativa” ripetibile da parte del giudice. Sulle differenze tra valutazioni “tecniche” e “non tecniche” rispetto alla enucleazione di un potere riservato alla p.a., cfr. C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995. Sulle diverse tipologie di precetti a contenuto elastico o indeterminato si vedano E. Fabiani, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, 2012, p. 213 ss.; Id., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 755; V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

48. Cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa” (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 63.

49. Si vedano anche le considerazioni di cui alla nota 41.

Non è in questione direttamente il diritto alla protezione internazionale (che pure è un diritto, anzi, è un diritto fondamentale⁵⁰ e “preesistente”⁵¹, con tutte le implicazioni che ne discendono in punto di pienezza della tutela⁵²), che non è di per sé lesa dalla lista contenuta nel d.m.

È, però, in gioco l’effettività della tutela garantita a quel diritto, che viene pregiudicata dall’applicazione del regime sotteso alla qualifica di Paese sicuro.

Il d.m. consente di derogare alle disposizioni che disciplinano il procedimento avente a oggetto la protezione internazionale e, da qui, finisce per limitare (o quantomeno condizionarne) il riconoscimento⁵³.

In altri termini, il decreto di individuazione dei Paesi sicuri rileva nella complessiva fattispecie acquisitiva del diritto alla protezione internazionale e, per questa ragione, non può sottrarsi al sindacato giurisdizionale.

4.3. *Dalla disciplina di diritto positivo alla sindacabilità del d.m.*

Tanto premesso sul regime generale del d.m., i profili di (il)legittimità suscettibili di emersione nel caso di specie si ricavano dalla disciplina, sostanziale e procedurale, prevista dall’art. 2-bis del d.lgs. 25/2008 (in attuazione della direttiva più volte menzionata).

Dal punto di vista sostanziale, rilevano i requisiti indicati dal secondo e terzo comma, riferiti (sinteticamente) alla “sicurezza esistenziale” assicurata dallo Stato estero ai propri cittadini sul piano sia giuridico che fattuale (si veda *supra*, nota 3). Tali elementi devono essere considerati sulla base delle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo e da altre fonti qualificate (Stati membri dell’Unione europea, EASO, UNHCR, Consiglio d’Europa, altre organizzazioni internazionali competenti).

Dal punto di vista procedurale, è decisivo l’obbligo di aggiornamento periodico espressamente disposto dal primo comma del citato articolo. L’art. 37 della direttiva europea

50. Si vedano M. Acierno, *Misure di protezione internazionale, permessi umanitari ed unicità della giurisdizione del giudice ordinario nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in questa *Rivista*, n. 1.2010, p. 99; N. Vettori, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, cit., 692. Cfr. Cass., SU, 28.11.2018, n. 30757; Id., 27.11.2018, n. 30658: «il diritto alla protezione umanitaria ha, al pari del diritto allo status di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l’accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione».

51. Si tratta di diritti «autodeterminati»: Cass., 12.5.2020, n. 8819, in *Foro it.*, 2020, I, 3561, con nota di F. G. Del Rosso, *Protezione internazionale ed umanitaria, diritti autodeterminati, principio del beneficio del dubbio e comparazione attenuata*. Si veda anche I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, cit., che rileva come «il processo di protezione internazionale non costituisca status, ma riconosca situazioni giuridiche preesistenti e che perciò la pronuncia che lo conclude sia di mero accertamento». Sulla circostanza che domanda giudiziale riguarda il rapporto (e non la legittimità dell’atto), si veda A. Proto Pisani, *In tema di protezione internazionale dello straniero*, in *Foro it.*, 2010, I, 3043.

52. Sul potenziamento dei poteri istruttori del giudice (in particolare con riguardo alla attenuazione dell’onere probatorio gravante sul richiedente): M. Acierno, M. Flamini, *Il dovere di cooperazione del giudice nell’acquisizione e nella valutazione della prova*, in questa *Rivista*, n. 1.2017; anche I. Pagni, *La tutela giurisdizionale in materia di protezione internazionale tra regole del processo ed effettività del diritto alla protezione*, cit., 15 (che sottolinea come in questo tipo di processo ci sia «una particolare tensione verso il raggiungimento della verità materiale per la tipologia dei diritti coinvolti»).

53. Anche la Cassazione (con riferimento al dovere del giudice di verificare le condizioni applicative delle procedure accelerate di cui all’art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008) ha sottolineato «la stretta incidenza della scelta del modello procedimentale sul diritto soggettivo di protezione del richiedente», Cass., 10.3.2021, n. 6745. Cfr. anche Cass., 30.6.2021, n. 18518.

(da cui discende tale obbligo) è ancora più chiaro nel fissarne la portata, prevedendo che gli Stati membri «riesaminino periodicamente la situazione nei Paesi terzi designati Paesi di origine sicuri». Ulteriormente più esplicito è il «considerando» 48 della direttiva stessa: «Quando gli Stati membri vengono a conoscenza di un cambiamento significativo nella situazione relativa ai diritti umani in un Paese designato da essi come sicuro, dovrebbero provvedere affinché sia svolto quanto prima un riesame di tale situazione e, ove necessario, rivedere la designazione di tale Paese come sicuro». Il diritto europeo richiama dunque un'esigenza di monitoraggio continuo (il riesame) che, laddove evidenzi modifiche decisive nel «tasso di sicurezza» di un Paese, impone di aggiornare gli atti di individuazione dei Paesi sicuri.

Contrariamente a quanto affermato dal decreto del Tribunale di Firenze dell'11 gennaio 2024, cit., l'assenza di un termine prestabilito per la revisione dell'elenco dei Paesi sicuri non rende l'obbligo di aggiornamento privo di coerenza e privo di sanzione; ricostruzione, questa, che equivarrebbe ad affermare l'inesistenza di un obbligo e quindi si tradurrebbe in una interpretazione abrogante della norma citata. Vale piuttosto a evidenziare che l'elenco deve *sempre* essere aggiornato in relazione alla situazione esistente nel Paese in questione.

Né può sostenersi che un obbligo di aggiornamento «continuo» sia incompatibile con l'esistenza di un potere amministrativo, poiché l'ordinamento italiano (in altri ambiti materiali) conosce diverse ipotesi nelle quali il riesame di un atto non deve essere effettuato a cadenze ciclicamente individuate, ma al variare della situazione di fatto o di diritto: ciò si verifica (tipicamente) per gli atti normativi e amministrativi generali che rispondono allo schema tipico delle funzioni pubbliche «a flusso continuo»⁵⁴, ma anche in relazione ad alcuni provvedimenti puntuali⁵⁵.

Laddove il MAECI non abbia adempiuto all'obbligo di riesame prescritto, il d.m. («obsoleto») risulta illegittimo per violazione delle citate norme nazionali e sovranazionali e tale illegittimità può (e deve) essere verificata dal giudice poiché pregiudica il diritto alla protezione internazionale comprensivo dei profili legati alla sua garanzia sul versante procedimentale e processuale⁵⁶.

54. N. Berti, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 71 (cui si rimanda per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali), che richiama lo schema della prevalenza dell'atto successivo su quello antecedente, «a seguito del rinnovato esercizio del potere secondo un canone di novità».

55. Per esempio, l'autorizzazione integrata ambientale. Si veda l'art. 29-*octies* del d.lgs. 3.4.2006, n. 152, dedicato appunto al «Rinnovo e riesame» dell'a.i.a. La disposizione prevede un obbligo di riesame periodico (primo comma), di riesame ancorato a precisi riferimenti temporali (secondo comma), e individua poi una serie di ipotesi (terzo comma) nelle quali il riesame è «comunque» disposto in ragioni di mutamenti nella situazione di fatto (inquinamento provocato in rapporto agli obiettivi di qualità ambientale, modifiche sostanziali delle migliori tecniche disponibili, esigenze di sicurezza di esercizio del processo) o di diritto (sviluppi delle norme di qualità ambientale o nuove disposizioni legislative comunitarie, nazionali o regionali). Come noto, il particolare regime dell'a.i.a. è stato particolarmente valorizzato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 9.5.2013, n. 85, sulla vicenda Ilva Taranto.

56. La necessità di procedere a tale riscontro è stata evidenziata anche dal C.S.M. nel parere reso sul d.l. n. 113 del 4.10.2018 (riportato anche da M. Gattuso, *Tre domande sui Paesi sicuri*, cit.): «rimane fermo il potere dell'autorità giurisdizionale ordinaria di riconsiderare l'inserimento di un Paese nella lista dei Paesi sicuri mediante congrua motivazione, tanto più ove la predetta indicazione si discosti dai criteri di inserimento pure previsti dalla norma generale». In aggiunta, la necessità del sindacato del giudice appare ancora più necessaria tenendo presente che l'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego della protezione internazionale è attenuato. Il profilo è evidenziato da C. Pitea, *La nozione di "Paese di origine sicuro" e il suo impatto per le garanzie dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 21: la suddetta previsione, applicabile esclusivamente in sede amministrativa, ha l'effetto «di spostare interamente sull'eventuale fase giurisdizionale lo svolgimento dell'attività di accertamento del rischio tipica dei procedimenti d'asilo, non avendo il giudice la possibilità di beneficiare di un provvedimento motivato da parte della Commissione territoriale».

In alcuni passaggi, i decreti che hanno censurato il d.m. in esame hanno richiamato anche il tema delle sopravvenienze, che, tuttavia, non appare decisivo: l'elenco dei Paesi sicuri è un atto che richiede (per espresso dato normativo) di essere aggiornato e il mancato riesame (da apprezzarsi eventualmente con riferimento alla violazione degli obblighi relativi alla completezza dell'istruttoria) lo rende di per sé illegittimo.

La violazione dell'obbligo di aggiornamento deve essere verificata dal giudice sulla base dei criteri legali per l'inserimento di un Paese tra quelli ritenuti sicuri: nel senso che dalla circostanza che l'inclusione nella lista non è (o non è più) conforme a quei requisiti normativi si ricava la violazione del predetto obbligo (e, da qui, l'invalidità del d.m.).

Come già osservato, si tratta di profili che non lambiscono il "merito" perché, appunto, il d.m. non è connotato da discrezionalità amministrativa.

E comunque, anche a volerlo considerare come un atto discrezionale (o perfino come un atto di alta amministrazione), i decreti con i quali il Tribunale ha ravvisato insussistenti i "parametri di sicurezza" del Paese considerato (la Tunisia) si sono concentrati su profili apprezzabili con tale oggettività (atti di persecuzione, tortura o trattamenti umani o degradanti, pericolo a causa di violenza indiscriminata, tutti da calibrare sul quadro legislativo del Paese in questione oltre che su parametri normativi di rilevanza internazionale e sovranazionale) da escludere qualunque margine di tipo valutativo⁵⁷.

L'insussistenza degli indicati requisiti rende pertanto il d.m. illegittimo per violazione di legge.

E se anche si intendesse centrare il sindacato del g.o. sull'eccesso di potere, risulterebbero in ogni caso integrate le figure sintomatiche del travisamento dei fatti (erronea considerazione della situazione della Tunisia) o del difetto di istruttoria (incompleta analisi delle condizioni di sicurezza del Paese), che (anche nelle ricostruzioni più tradizionali) attengono alla legittimità dell'atto.

57. I decreti hanno fatto riferimento ai dati riportati da una pluralità di fonti e su alcuni aspetti già contenuti nella «Scheda sul Paese origine» che lo stesso d.m. richiama all'art. 1, comma 2. In particolare, la Scheda relativa alla Tunisia (aggiornata al 28.10.2022) evidenzia una serie di dati *non opinabili*:

- relativamente al «Quadro del Paese»: il Presidente della Repubblica ha il potere di nominare e revocare i magistrati; ai magistrati è negato il diritto di sciopero; il Presidente ha in un'occasione unilateralmente destituito 57 giudici (anche se poi l'esecuzione del decreto è stata sospesa); nelle ultime elezioni si è verificato un fortissimo astensionismo;

- relativamente agli «atti di persecuzione quali definiti dall'articolo 9 della direttiva 2011/95/UE e dall'articolo 7 del decreto legislativo 19.11.2007, n. 251»: la pena di morte è formalmente vigente; non sempre il divieto di arresti e detenzioni arbitrarie è rispettato; i giornalisti hanno lamentato una massiccia interferenza del governo nel settore, che si è accompagnata alla progressiva concentrazione della proprietà dei media; alcuni attivisti per i diritti umani hanno segnalato una crescita delle attività di repressione delle libertà di parola e stampa; sono state chiuse alcune stazioni televisive private; la legge vieta di candidarsi a coloro i quali, in violazione alle norme che regolano la vita dei partiti politici, abusino dei media per ottenere un vantaggio elettorale; lo Stato continua a garantire l'attuazione dei precetti dell'Islam "all'interno di un sistema democratico"; la blasfemia è illegale; il diritto di assemblea è garantito dalla legge, ma sono riportati alcuni casi di detenzione di manifestanti, rilasciati poi senza accuse; Amnesty International ha denunciato l'aumento di casi di incidenti o interferenze delle forze armate nelle proteste, arresti violenti, aggressioni, uso della forza o dei lacrimogeni; il codice penale tunisino persegue rapporti consensuali tra persone dello stesso sesso, con pene fino a tre anni di detenzione; continuano discriminazioni e le violenze nei confronti di omosessuali;

- relativamente alla tortura o ad altre forme di pena o trattamento inumano o degradante: diversi attivisti locali per i diritti umani hanno denunciato la pratica della tortura nelle stazioni di polizia e nei centri di detenzione; le condizioni delle prigioni sono al di sotto degli standard internazionali, a causa di sovraffollamento e infrastrutture inadeguate; l'organizzazione indipendente tunisina contro la tortura ha segnalato la morte di alcune persone durante la custodia delle forze di sicurezza;

- relativamente alla protezione contro le persecuzioni ed i maltrattamenti: la Tunisia non ha una disciplina dedicata alla concessione dell'asilo o dello status di rifugiato.

A queste può aggiungersi anche l'ipotesi della contraddittorietà manifesta. Il d.m. aggiornato nel 2023 si fonda in massima parte sulle schede redatte dallo stesso MAECI⁵⁸ e la scheda Paese relativa alla Tunisia del 28 ottobre 2022 aveva già rilevato una serie di criticità di per sé indicative del deficit di sicurezza del Paese, che però non hanno trovato riscontro nell'elenco dei Paesi sicuri: ne consegue la contraddittorietà del d.m. con il principale atto che ha giustificato la sua adozione.

5. Le conseguenze della sindacabilità: la disapplicazione del decreto ministeriale di individuazione dei Paesi d'origine sicuri come strumento costituzionalmente necessario

Resta a questo punto da verificare la praticabilità del ricorso alla disapplicazione come "conseguenza" della illegittimità del d.m.

Ciò richiede (ancora una volta alla luce dell'orientamento negativo riportato al par. 3) alcune considerazioni preliminari e generali sul significato di tale istituto.

Con riferimento alle ipotesi in cui «nella catena delle questioni che il giudice ordinario deve risolvere» rilevi anche la legittimità di un atto amministrativo, l'art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, gli consente di conoscere dell'atto e della sua legittimità in via incidentale e, eventualmente, di disapplicarlo (senza che questo abbia alcuna conseguenza ulteriore sulla sopravvivenza dello stesso)⁵⁹.

La disapplicazione «conduce a una decisione che prescinde da quell'atto per la ricostruzione della fattispecie»: ciò che la caratterizza, quindi, «non è la mera verifica della illegittimità dell'atto da parte del giudice civile, ma la conseguenza giuridica di tale verifica ai fini della decisione della controversia»⁶⁰, nel senso che la legalità del provvedimento è un accertamento che il giudice compie al fine di applicare o meno quell'atto amministrativo alla controversia che deve risolvere, di modo che se il provvedimento è reputato illegittimo il giudice non ne tiene conto ai fini della decisione del processo.

58. In questo senso N. Datena, G. Vicini, *La procedura di designazione del paese d'origine sicuro e i poteri di valutazione del giudice ordinario*, cit., in relazione all'appunto ministeriale n. 181962 citato nello stesso d.m. come unico sostegno motivazionale della scelta effettuata. Con riferimento al procedimento in senso stretto, emerge poi un ulteriore profilo, ancora evidenziato da N. Datena, G. Vicini, *La procedura di designazione del paese d'origine sicuro e i poteri di valutazione del giudice ordinario*, cit. Sebbene ai sensi dell'art. 2-bis, comma 4, cit., «la valutazione volta ad accertare che uno Stato non appartenente all'Unione europea è un Paese di origine sicuro si basa sulle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo», tale consultazione non risulta dagli atti, né risultano consultate nell'iter procedimentale che ha portato al d.m. del 2023 le schede Paese redatte dalla Commissione nazionale. In generale sul procedimento di adozione del d.m. si veda anche F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente"*, cit., p. 158, che lamenta l'esclusione di qualsiasi ruolo di controllo del Parlamento.

59. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1979, p. 255.

60. Si veda A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1. Sul tema si vedano anche E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 17; R. Alessi, *Rilievi in tema d'applicazione d'atti amministrativi non conformi alle leggi da parte del giudice ordinario*, in *Studi Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 121; R. Villata, "Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, Giuffrè, 1980, p. 93; A. Romano, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 47; F. Piga, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, intervento alla tavola rotonda tenutasi a Roma il 23.4.1983, in *Foro amm.*, 1983, p. 2063; F. Cintioli, Commento all'art. 5, l. n. 2248/1865, all. E, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1156.

Nelle controversie assegnate al giudice civile su diritti soggettivi che “coinvolgono” un provvedimento amministrativo⁶¹, il significato della disapplicazione è duplice: evidenza, da un lato, che l’assetto delineato dal provvedimento può imporsi solo se conforme alle leggi e, dall’altro, che il giudice può pronunciarsi sulla base di un provvedimento solo dopo avere accertato (anche d’ufficio) che esso sia effettivamente legittimo⁶².

Nel complessivo sistema delineato dall’all. E cit.⁶³, la disapplicazione non muove(va) dall’idea della incompatibilità “ontologica” tra diritto soggettivo e provvedimento amministrativo (che, come noto, si diffuse nell’interregno 1865/1889 e condusse poi all’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato) ma da quella – opposta – della necessità di fornire al giudice ordinario uno strumento per tutelare in modo *completo* i diritti soggettivi pur senza sostituirsi all’amministrazione⁶⁴. L’art. 2 dell’all. E, del resto, afferma il principio della tutela dei diritti «comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell’autorità amministrativa».

Vero è che l’art. 5, interpretato in rapporto con l’art. 4 dello stesso all. E⁶⁵, potrebbe dar luogo a ipotesi diverse di disapplicazione (cosiddette diretta o principale, laddove l’atto amministrativo è costitutivo della situazione giuridica dedotta ed è quindi parte dell’oggetto del giudizio, e indiretta o incidentale, quando il provvedimento non è parte del *thema decidendum* ma rappresenta un antecedente logico necessario o integra una questione pregiudiziale del giudizio stesso), come alcuni Autori hanno evidenziato⁶⁶.

61. È pacifico che tale potere spetti anche al giudice penale, laddove l’irrogazione della sanzione postuli la verifica della legittimità di un provvedimento. Si vedano, *ex plurimis*, M. Gambardella, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 742; M. Bontempelli, *L’accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 230; G. Contento, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Bari, Laterza, 1979, p. 36. Il tema, peraltro, si è posto anche con riferimento al giudice amministrativo: G. Morbidelli, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 678; F. Cintioli, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell’atto illegittimo*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 43; M. Delsignore, *La disapplicazione dell’atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 271; G. Montedoro, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell’insostenibile leggerezza del modello impugnatorio)*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2018, p. 519; B. Marchetti, *Il potere di disapplicazione del giudice civile e la tutela “incerta” dei diritti*, in *Per un diritto amministrativo coerente con lo Stato costituzionale di diritto. L’opera scientifica di Aldo Travi*, a cura di E. Bruti Liberati, M. Clarich, Pisa, ETS, 2022, p. 171. Da ultimo, si veda M. D’Angelosante, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

62. R. Villata, *“Disapplicazione” dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, cit., p. 93.

63. Sul significato della disposizione nel complessivo sistema delineato dall’all. E si vedano, *ex plurimis*, F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Vallardi, Milano, s.d. (ma 1911), p. 376; M. S. Giannini, A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 229; G. Berti, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, p. 1861; E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pub.*, VII, Torino, Utet, 1991, p. 508; A. Sandulli, *La storia e i principi*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 18; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 311; L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 29.

64. Così, A. Travi, *La disapplicazione dell’atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, cit., p. 1.

65. In questo senso sarebbe decisivo l’inciso «in questo, come in ogni altro caso», che ha prodotto in dottrina un «dibattito sconfinato», ancora A. Travi, *La disapplicazione dell’atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, cit., p. 1.

66. Cfr. E. Cannada Bartoli, *L’inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., p. 19; Id., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, 162. Più di recente: F. Francario, *Note minime sul potere di*

Ma, al di là di queste distinzioni (alle quali deve riconoscersi una portata essenzialmente descrittiva) l'elemento qualificante della disapplicazione è il suo scopo: resta, ancora oggi, uno strumento volto a garantire la «autosufficienza della tutela dei diritti»⁶⁷.

La questione della contrarietà a diritto di un provvedimento amministrativo può porsi tanto per il giudice amministrativo che per quello ordinario. Cambiano i limiti interni delle due giurisdizioni e l'efficacia delle rispettive sentenze, per cui il giudice ordinario (di regola, ma non necessariamente⁶⁸) non può intervenire direttamente sull'atto annullandolo (con una sentenza costitutiva che lo elimini dal mondo giuridico), ma può ritenerlo non produttivo di effetti, limitatamente alla controversia di cui si sta occupando.

La disapplicazione è pertanto funzionale a estendere la cognizione del g.o. anche sulla legittimità dell'azione amministrativa e, in questa prospettiva, è diretta espressione degli articoli 101, comma 2, e 113, comma 1, della Costituzione, dai quali scaturisce l'obbligo per il giudice di non dare applicazione ai provvedimenti incompatibili o difformi dalla legge⁶⁹.

Così configurata, la disapplicazione si presenta non semplicemente come «una sorta di compensazione per il giudice ordinario del divieto di annullamento», ma come «elemento di un modello di tutela alternativo rispetto all'impugnazione del provvedimento»⁷⁰.

Da ciò discendono due implicazioni che attengono, rispettivamente, alla portata dell'istituto e al significato della «difformità dalle leggi».

Dal primo punto di vista, deve riconoscersi che la disapplicazione ha una portata generale⁷¹: il potere/dovere (d'ufficio⁷²) del g.o. di disapplicare l'atto illegittimo sussiste in

disapplicazione del giudice civile, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, p. 113, il quale distingue tra la disapplicazione *diretta* (relativa ai casi in cui la lesione del diritto non è causata dall'atto dell'autorità amministrativa e in cui il giudizio ha pertanto un oggetto diverso dalla questione di legittimità dell'atto o provvedimento amministrativo) e *indiretta* (che ricorre nell'ipotesi contemplata dall'art. 4, in cui l'atto amministrativo è esso stesso causa del pregiudizio e l'illegittimità dell'atto viene conosciuta *principaliter* senza potersi però tradurre in una pronuncia di annullamento). In senso contrario cfr. L. Montesano, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1960, p. 47; F. Satta, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 567.

67. Ancora A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, cit., p. 1.

68. La Corte costituzionale (sentenza 23.7.2001 n. 275) ha precisato che la limitazione del potere del giudice ordinario di intervenire sull'efficacia di un provvedimento mediante la sola disapplicazione non costituisce regola di valore costituzionale, poiché «resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario — suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione di esigenze della giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali — il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della P.A. o d incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionali previste».

69. Essa segna dunque la prevalenza dei principi di legalità, di effettività della tutela, della gerarchia delle fonti: F. Cintioli, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. - Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 270.

70. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 29, che individua con estrema chiarezza i «punti fermi» dell'istituto in esame: «la disapplicazione presuppone l'esistenza di una controversia inerente a un diritto soggettivo (perché inerisce ai limiti 'interni' della giurisdizione ordinaria); la valutazione degli atti amministrativi e dei regolamenti ai fini della loro disapplicazione concerne solo la legittimità, e non l'opportunità, degli stessi; infine, attraverso la disapplicazione il giudice può sindacare la legittimità dell'atto amministrativo anche d'ufficio, per il solo fatto che l'atto è un elemento rilevante per la decisione, e senza essere vincolato all'osservanza di alcun termine particolare (la disapplicazione, pertanto, è possibile anche se sia scaduto il termine decadenziale di sessanta giorni fissato per l'impugnazione di un atto avanti al giudice amministrativo)».

71. F. Cintioli, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, cit., p. 271.

72. Non sembrano esserci dubbi rispetto «all'operatività officiosa dello scrutinio di compatibilità degli art. 4 e 5 l.a.c., purché l'atto amministrativo sia stato allegato e purché pure rientrino nella conoscibilità del giudice civile gli elementi fattuali dai quali scaturisce l'effetto viziante», così A.D. De Santis, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, Roma Tre-Press, Roma, 2023, p. 97. Il punto è assolutamente pacifico, cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 29; R. Villata, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, cit., p. 93.

presenza di un *qualsiasi* giudizio che sia inerente a diritti soggettivi e rispetto al quale un provvedimento sia rilevante per la decisione della controversia⁷³.

Non può, pertanto, essere accolto l'orientamento di quella parte della giurisprudenza che circoscrive la disapplicazione ai giudizi tra privati, escludendo quelli di cui è parte una pubblica amministrazione⁷⁴, e precisando che l'atto non debba assumere rilievo come «causa della lesione del diritto del privato, ma come mero antecedente, sicché la questione della sua legittimità viene a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico e non come principale»⁷⁵.

Tale limitazione (che, di fatto, riproporrebbe il meccanismo dell'affievolimento o della degradazione dei diritti soggettivi in presenza di un provvedimento amministrativo) non è prevista dall'art. 5 cit. e – soprattutto – non è conforme ai principi costituzionali sopra menzionati, la cui cogenza viene prima e prescinde dal problema del riparto delle controversie che coinvolgono la P.A. tra giudice ordinario e amministrativo.

Deve ritenersi, dunque, che il giudice ordinario possa sempre conoscere degli effetti dell'atto amministrativo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio: in qualunque caso in cui

73. A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, cit., p. 1, il quale precisa che «anche il riscontro di un onere di impugnazione dell'atto amministrativo non dovrebbe ricevere considerazione: l'onere di impugnazione dell'atto concerne infatti un profilo interno alla disciplina del processo amministrativo e pertanto non dovrebbe neppure condizionare l'assetto dei poteri del giudice civile». In questo quadro si ricorda che la Cassazione, con riguardo alle sanzioni pecuniarie della Banca d'Italia, ha affermato la giurisdizione del g.o. e il potere di disapplicare gli atti di natura regolamentare aventi per oggetto il procedimento di irrogazione delle sanzioni impugnate innanzi al giudice amministrativo, considerate come atti meramente presupposti rispetto al provvedimento sanzionatorio oggetto di un parallelo giudizio di opposizione innanzi alla Corte d'appello: Cass., SU, 18.2.2020, n. 4365, sui cui si veda M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 213. Cfr. anche Cass., SU, 8.11.2006, n. 23735; Id., 29.3.2005, n. 6598, sulla disapplicazione "a tutela" del diritto alla salute. Su disapplicazione e diritti fondamentali si veda anche L. Coraggio, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 483. In senso critico sugli orientamenti giurisprudenziali volti a negare spazio alla disapplicazione laddove la controversia, nonostante la presenza di un atto amministrativo, riguardi un diritto soggettivo, si veda V. Pampanin, *Disapplicazione degli atti amministrativi e tutela dei diritti davanti al giudice civile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

74. Per esempio, Cass. civ., sez. I, 13.9.2006 n. 19659, ha affermato che il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario non possa essere esercitato nei giudizi in cui sia parte la pubblica amministrazione, ma unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo «non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio» bensì «come mero antecedente logico, sicché la questione venga a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico». Nello stesso senso, Cass., SU, 12.4.2021, n. 9543; Id., 2.11.2018, n. 28053; Id., 4.7.2018, n. 17485.

75. Cfr. Cass. civ., sez. III, 22.2.2002 n. 2588. La Cassazione (Cass. civ., SU, 16.10.2006, n. 22217 e 2221 e, più di recente, Cass. civ., sez. I, ord. 31.3.2020, n. 7619) ha negato il potere del giudice ordinario di disapplicare il provvedimento di diniego o revoca del permesso di soggiorno nei ricorsi contro l'espulsione dello straniero. Tale impostazione, evidentemente, «esautorata il giudice ordinario del potere di cognizione e decisione sulla fattispecie e rischia di vanificare radicalmente il diritto dello straniero ad una tutela piena ed effettiva nei confronti dei provvedimenti di espulsione», così N. Vettori, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in questa *Rivista*, n. 1.2008, p. 59. Sul contrasto della prospettata ricostruzione della disapplicazione con l'art. 113 Cost. si tornerà *tra* un momento. Per ora basti ricordare che la Corte costituzionale nell'ordinanza del 18.12.2001, n. 414, ha condizionato la possibilità di ripartire tra giudici diversi la giurisdizione su provvedimenti che riguardano uno stesso soggetto alla necessità che essa non sia «palesamente irragionevole o manifestamente arbitraria» e venga prevista «in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto». Da qui, la Corte ha escluso l'esistenza di pregiudizialità amministrativa in materia di giudizi di espulsione, ammettendo che il soggetto privato possa trovare «piena tutela contro il provvedimento di espulsione avanti al giudice ordinario», che può «esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo di permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita».

il giudice, nel decidere, debba “applicare” un atto amministrativo, egli «è chiamato a una valutazione di compatibilità tra tali effetti e la legge»⁷⁶.

In sintesi, il tipo di rapporto intercorrente tra la P.A. e la parte che afferma l'esistenza del diritto soggettivo è irrilevante ai fini dell'esercizio del potere di disapplicazione: tale potere sussiste laddove l'atto costituisca la fonte del diritto soggettivo, e sussiste parimenti laddove l'atto rilevi come semplice presupposto (fermo restando che la valutazione sulla illegittimità dell'atto è sempre resa *incidenter tantum*)⁷⁷.

La seconda implicazione attiene al modo di intendere quella difformità dell'atto alla legge che è il presupposto della disapplicazione.

Rispetto al sindacato in questione possono venire in rilievo tutti e tre i vizi di legittimità. Il “dato sostanziale” della contrarietà a diritto è comune a entrambi i giudici: cambia il risultato del sindacato (annullamento o disapplicazione), ma non il substrato (la illegittimità amministrativa da verificare)⁷⁸.

Il giudice ordinario può quindi effettuare una verifica della illegittimità “a tutto tondo”, con riguardo a qualunque forma in cui essa può manifestarsi, compreso (naturalmente) l'eccesso di potere.

Nonostante per un certo periodo si fosse ritenuto che al giudice ordinario fosse inibito il ricorso a tale vizio (affermandosi da un lato che il giudice ordinario potesse conoscere soltanto questioni riguardanti diritti soggettivi, dall'altro che davanti al potere discrezionale della pubblica amministrazione potessero sussistere solo interessi legittimi, per concludere, appunto, che il sindacato sull'uso della discrezionalità – al quale si riferisce l'eccesso di potere – fosse precluso a qual giudice), tale preclusione è stata del tutto superata.

Innanzitutto, perché il dettato costituzionale esclude che un qualsiasi settore della legittimità possa sottrarsi al sindacato del giudice ordinario. In secondo luogo, perché la legittimità è una nozione di rilevanza sostanziale e non processuale, e quindi non può mutare in dipendenza del giudice (ordinario o amministrativo) chiamato a utilizzarla. Infine, perché, anche laddove impieghi l'eccesso di potere, il giudice ordinario non accerta la pretesa a che un potere discrezionale sia esercitato con un contenuto piuttosto che con un altro, ma verifica solo se l'atto discrezionale sia conforme alla legge: la discrezionalità rappresenta cioè «un limite alla pronuncia di merito, non alla competenza del giudice»⁷⁹.

76. A.D. De Santis, *La disapplicazione dell'atto amministrativo nel processo civile. Premesse per uno studio*, cit., p. 35.

77. *Ivi*, p. 96, cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

78. Cfr. E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità*, cit., p. 169; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 200; A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, cit., p. 1. Sul tema si vedano anche S. Menchini, *La tutela del giudice ordinario*, cit., p. 4913; F. Satta, *Giurisdizione ordinaria*, cit., p. 89; F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario*, cit., p. 73 ss. Cfr. anche B. Sassani, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 417: il parametro sulla cui base il giudice ordinario può disapplicare il provvedimento non può essere «un ipotetico diritto comune (diverso dal diritto amministrativo) perchè il riferimento alla categoria della legittimità dell'atto impone una verifica di correttezza dell'azione amministrativa che non può consistere in altro che nella verifica di sussistenza di violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere».

79. Così, A. Klitsche de La Grange, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1961, p. 186. Sul punto, si vedano E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità*, cit., p. 169; E. Casetta, *Diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 611; S. Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 370; C. Franchini, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1957, p. 22; F. Delfino, *L'eccesso di potere amministrativo ed il giudice ordinario*, Napoli, Jovene, 1963, p. 222; M. Gambardella, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 742. In giurisprudenza cfr., *ex plurimis*, Cass., 15.2.2022, n. 4927; Cass., 3.6.2015, n. 11487; Cass. 24.1.2013, n. 1742.

Resta fermo, ovviamente, che al giudice è preclusa la valutazione del merito della scelta riservata alla P.A.⁸⁰ (in questo senso la disapplicazione è un istituto antitetico rispetto alla sostituzione del giudice all'amministrazione⁸¹), ma non è la discrezionalità a circoscrivere di per sé la giurisdizione del giudice ordinario.

Dalle considerazioni appena svolte sulla generale spettanza di tale strumento in capo al g.o. e sulla sua capacità di "coprire" qualunque vizio di legittimità deriva la possibilità di disapplicare il d.m. per violazione dell'art. 2-bis del d.lgs. 25/2008 (e dell'art. 37 della direttiva europea).

In aggiunta, la disapplicazione è in concreto l'*unico* strumento utilizzabile nell'intero ordinamento per "esprimere" (tradurre in effetti) l'illegittimità del decreto ministeriale in parola.

Questa centralità dell'intervento del g.o. è un riflesso della considerazione del d.m. come atto generale. Di regola tali atti non possono essere immediatamente impugnati; ciò non solo per la carenza di interesse a ricorrere (cioè per un problema relativo alle utilità concrete che possono essere conseguite attraverso il processo)⁸² ma, ancora prima, a causa della (mancata) individuazione dei destinatari dell'atto, cioè dei soggetti che hanno la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante e azionabile. Nel senso che per ritenere giustiziabile l'atto generale è (normalmente) necessario attendere l'emanazione di un atto puntuale non soltanto perché con quest'ultimo si realizza la attualità della lesione di un dato interesse, ma soprattutto perché solo in quel momento è possibile vedere chi sia concretamente pregiudicato rispetto alla molteplicità di soggetti potenzialmente toccati da quello stesso atto.

Questa è la condizione in cui versa il d.m., che non potrebbe essere impugnato autonomamente innanzi al giudice amministrativo poiché in difetto dell'atto applicativo non sarebbero ravvisabili né la legittimazione a ricorrere (cioè la titolarità di una posizione giuridica soggettiva differenziata) né l'interesse a ricorrere (l'utilità concreta derivante dall'eventuale annullamento dell'atto).

80. Cfr. F. Franchini, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 30: bisogna distinguere nell'effettuazione del controllo dell'atto sotto il profilo causale, «la valutazione teleologica effettuata alla stregua della conformità alla legge, e cioè sulla corrispondenza dell'atto alla tipica funzione di interesse pubblico alla quale esso è giuridicamente destinato, dalla valutazione teleologica effettuata alla stregua di criteri - di opportunità, di equità, di convenienza - e di esigenze che stanno oltre la legge. Il primo sindacato deve ritenersi in ogni caso ammesso; il secondo è, invece, certamente escluso», p. 30.

81. Così, P. Cerbo, *Giudice ordinario e sostituzione della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 741.

82. Si vedano F. Benvenuti, *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, p. 539; A. Amorth, *L'impugnazione e la disapplicazione dei regolamenti e degli atti amministrativi generali*, in *Cons. St.*, 1964, II, p. 365; Alberto Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1995, p. 870; F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 197; C. Tubertini, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 1080. Cfr. anche G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 348, che allude a una «giustiziabilità differita» degli atti generali. Cfr., in giurisprudenza, *Cons. St.*, sez. I, 10.3.2012, n. 4026: «l'ammissibilità del ricorso e delle singole censure deve essere verificata in stretta connessione con la lesione attuale e diretta del bene che si intende tutelare e previa dimostrazione da parte degli interessati dell'incidenza delle previsioni contestate su tale bene, dovendosi al contrario ritenere inammissibili, stante la mancanza in materia della previsione di un'azione popolare, le censure non direttamente riconducibili alla specifica posizione vantata». Cfr. anche *Cons. St.*, sez. V, 20.10.1994, n. 1198; *Id.*, 19.9.1995, n. 1319; *Cons. St.*, sez. VI, 19.12.1997, n. 1867.

L'atto applicativo rispetto al quale le condizioni dell'azione possono dirsi sussistenti è il provvedimento di diniego della protezione internazionale che rientra però nella giurisdizione del giudice ordinario.

Se si escludesse in capo a tale giudice il potere di disapplicare il d.m., si creerebbe quindi un (inaccettabile) vuoto di tutela: il decreto ministeriale contenente l'elenco dei Paesi sicuri diventerebbe (di fatto) analogo a un atto politico, totalmente sottratto al principio di giustiziabilità.

Vale la pena chiudere queste osservazioni ricordando che il principio di giustiziabilità⁸³, completamente necessario del principio di legalità, è parte integrante dello Stato di diritto⁸⁴.

Esso viene a significare che l'analisi di ogni atto deve partire dal piano del diritto sostanziale⁸⁵, nel senso che dal regime giuridico che l'ordinamento ha assegnato al potere discende il regime processuale dell'atto che ne è espressione.

In questa prospettiva rileva l'art. 101, co. 2, Cost., che vede i giudici soggetti soltanto alla legge: la legge (l'ordinamento) è la misura del sindacato del giudice, per cui è vero che in mancanza di un parametro giuridico il sindacato giurisdizionale deve arrestarsi, ma in presenza di un riferimento normativo quello stesso sindacato diviene doveroso, proprio perché la giustiziabilità dell'atto dipende solo dalla regolamentazione sostanziale del potere⁸⁶. E nella stessa direzione spinge anche l'art. 113 Cost., con riguardo non tanto e solo al secondo comma (le «determinate categorie di atti» rispetto alle quali la tutela non può essere esclusa o limitata), ma al primo (a sua volta strettamente collegato all'art. 24 Cost.): gli interessi giuridicamente rilevanti esigono una tutela e, quindi, nessun atto riconducibile alla funzione amministrativa che produca effetti lesivi rispetto a situazioni giuridicamente rilevanti può essere considerato non sindacabile⁸⁷.

Nell'orizzonte dello Stato di diritto, insomma, il principio di separazione dei poteri e il principio di legalità-giustiziabilità non sono equiordinati: il secondo è irrinunciabile, prevale sul primo⁸⁸ e non può risentire del dualismo di giurisdizioni.

Per queste ragioni, la disapplicazione del d.m. che individua la lista dei Paesi sicuri è non solo ammissibile ma costituzionalmente necessaria, in sé (in nome degli artt. 24, 101 e 113) e, ulteriormente, in ragione della protezione di diritti costituzionalmente garantiti (il diritto di asilo e, di riflesso, il diritto alla libertà personale).

83. Sulla "misurabilità degli atti" e la possibilità di ricorrere a un giudice come connotati essenziali dello Stato di diritto: L. Carlassare, *L'atto politico fra "qualificazione" e "scelta": i parametri costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 554. Cfr. F. Saitta, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 581; R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 517; G. Berti, *Commento all'art. 113 (e 103, comma 1 e 2)*, in *Commento alla Costituzione*, a cura di G. Branca, IV, Soc. Foro it., Roma, 1987, p. 85. Nella prospettiva del diritto europeo si vedano S. Mirate, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Jovene, 2007; M. Allena, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU per il procedimento e il processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 569.

84. Cfr. A. Orsi Battaglini, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, in *Dir. pubb.*, 1995, p. 648.

85. Il punto è stato evidenziato da G. Di Gaspare, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 12.

86. Tenendo presente che, conformemente al principio di legalità sostanziale, nello Stato di diritto «non si danno poteri costituiti che non siano posti e disciplinati da norme giuridiche»: L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, Cedam, 1974, p. 133.

87. V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, cit., p. 120.

88. Cfr. R. Dickmann, *L'atto politico questo sconosciuto*, cit., a proposito della «insuperabilità del principio di legalità dell'azione dei poteri pubblici».