

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2023

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

di Chiara Favilli

Abstract: *La regola generale, secondo la quale nessuno può essere privato della libertà personale per il solo motivo di essere richiedente protezione internazionale, tollera alcune eccezioni, tassativamente previste dal combinato disposto della direttiva 2013/33/UE, c.d. direttiva accoglienza e della direttiva 2013/32/UE, c.d. direttiva procedure. Tra queste eccezioni rientra anche il trattenimento di colui che, proveniente da Paese d'origine sicuro, abbia presentato domanda di protezione in frontiera o nelle zone di frontiera e sia soggetto alla derogatoria procedura di frontiera. Tuttavia, nessuna deroga è consentita all'applicazione dei presupposti, dei limiti e delle garanzie previsti dalle stesse direttive affinché il trattenimento sia legittimo.*

Abstract: *The general rule, according to which no one may be deprived of personal liberty solely on the grounds that he or she is an applicant for international protection, allows for certain exceptions, which are exhaustively provided for in the combined provisions of Directive 2013/33/EU, the so-called Reception Directive, and Directive 2013/32/EU, the so-called Procedures Directive. These exceptions include the detention of someone who, coming from a safe country of origin, has applied for protection at the border or border zones and is subject to the derogatory border procedure. However, no derogation is provided for the application of the reasons, limits and guarantees required for the detention to be lawful.*

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

di Chiara Favilli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I fatti all’origine della pronuncia del 29 settembre 2023. – 3. Il decreto del Tribunale di Catania del 29 settembre 2023. – 4. Presupposti e modalità del trattenimento del richiedente protezione internazionale. – 4.1. L’obbligo di motivazione. – 4.2. La prestazione di una garanzia finanziaria: presupposto negativo del o alternativa al trattenimento? – 4.3. La procedura di frontiera quale presupposto del trattenimento. – 4.4. I luoghi del trattenimento. – 5. Risoluzione dei conflitti tra norme nazionali e norme UE: brevi cenni.

1. Premessa

Il decreto del Tribunale di Catania qui in commento offre l’occasione per svolgere alcune riflessioni sull’istituto del trattenimento della persona la cui domanda di protezione internazionale sia esaminata in frontiera, in quanto proveniente da Paese d’origine sicuro¹. Ad un primo decreto del 29 settembre 2023, ne sono seguiti altri analoghi, i quali differiscono solo parzialmente dal primo, probabilmente anche in ragione di una modificata prassi della questura, determinata tra l’altro dalle censure contenute nel primo decreto, quello del 29 settembre. È su quest’ultimo, il primo in ordine cronologico, che si sofferma la presente nota, per poi considerare solo le modifiche più rilevanti che emergono dal confronto con i successivi decreti.

Come noto, la procedura di frontiera, insieme alle altre novelle adottate ad opera del d.l. 10 marzo 2023 n. 20, convertito con modificazioni dalla l. 5 maggio 2023 n. 50, va ad integrare l’articolata disciplina delle procedure accelerate, contemplate come opzioni nella direttiva 2013/32/UE, c.d. direttiva procedure, ed introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento nel 2018, per esaminare le domande reiterate o presentate da una persona proveniente da un Paese di origine sicuro. Un aspetto peculiare della neo introdotta procedura di frontiera, non presente nelle altre procedure accelerate, è la possibilità, consentita dal combinato disposto dell’art. 8 della direttiva 2013/33/UE, c.d. direttiva accoglienza e dell’art. 43 della stessa direttiva procedure, di disporre il trattenimento del richiedente protezione internazionale, al quale viene così impedito di circolare liberamente nel territorio italiano e dell’Unione europea, in modo da contrastare i c.d. movimenti secondari. Se, al termine del periodo massimo di trattenimento di quattro settimane, la

* Professoressa ordinaria di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Firenze. L’autrice ringrazia Adelina Adinolfi, Paolo Bonetti e Nicole Lazzarini per i preziosi suggerimenti, sollevandoli da ogni responsabilità per quanto scritto.

1. Decreto del Tribunale Catania del 29 settembre 2023, R.G. n. 10461/ 2023. Per una prima analisi delle procedure di frontiera, si rinvia al commento pubblicato nel presente numero della *Rivista* di 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*.

procedura non è stata ancora conclusa, l'esame dovrà proseguire secondo le regole applicabili a seconda della situazione soggettiva della persona coinvolta, ma con la cessazione della misura di privazione della libertà personale.

Se è pacifico che la normativa dell'Unione consenta il trattenimento di un richiedente protezione internazionale nell'ambito della procedura di frontiera, è altrettanto pacifico che quella stessa normativa preveda requisiti molto rigorosi che devono essere recepiti nella legislazione nazionale di attuazione e rispettati negli atti amministrativi adottati di conseguenza. In altre parole, l'applicazione della procedura di frontiera, nei casi di cui all'art. 43 della direttiva procedure, è solo uno dei presupposti che devono sussistere per disporre il trattenimento del richiedente protezione internazionale. Ed è sui presupposti, requisiti e garanzie del trattenimento che si sofferma il decreto del Tribunale di Catania, rilevando un contrasto con essi della richiesta di convalida e della normativa sulla quale tale richiesta si basa.

Di fronte ad un istituto di recente introduzione nel nostro ordinamento, in mancanza di precedenti applicativi a livello nazionale e con la necessità di tenere in conto sia della normativa UE sia della giurisprudenza rilevante, il Tribunale offre un'articolata interpretazione che merita di essere attentamente considerata e nonostante i ristretti termini dettati dalla procedura in questione. Una compressione dei termini, si noti bene, che riguarda tutti gli attori rilevanti della procedura: le questure, le Commissioni territoriali, i giudici e gli avvocati, chiamati ciascuno a svolgere la propria funzione con sforzi quasi acrobatici, in una difficile se non impossibile quadratura del cerchio, tra esigenze del controllo delle frontiere, celerità dei procedimenti e rispetto del diritto fondamentale di chiedere asilo. L'UNHCR, in un pacato documento inviato al Governo e recante le osservazioni sulle disposizioni neo introdotte, ha osservato come l'attuale organico delle Commissioni territoriali sia in grado di gestire solo un terzo delle domande presentate, ragione per cui occorrerebbe integrarlo con personale specializzato e adeguatamente formato².

2. I fatti all'origine della pronuncia del 29 settembre 2023

Il decreto del 29 settembre 2023 riguarda il trattenimento di una persona di nazionalità tunisina, arrivata a Lampedusa il 19 settembre 2023, a seguito di un'operazione di soccorso in mare, dopo due giorni di navigazione. Secondo quanto riferito dal difensore e dal vicequestore, la persona è stata trasferita a Palermo, da qui a Pozzallo ed il 27 settembre è stata posta in condizione di presentare una richiesta di protezione internazionale, basata essenzialmente sulla carenza in Tunisia di cure mediche adeguate. Secondo quanto riferito in udienza dal vicequestore, il richiedente era già stato identificato in Italia e aveva riportato una condanna per furto aggravato. Emergono versioni contrastanti circa l'assolvimento dell'obbligo di informazione sulla possibilità di prestare adeguata garanzia finanziaria. La domanda per il riconoscimento della protezione internazionale è stata presentata nella zona di transito di Ragusa ai sensi dell'art. 28-bis, co. 2, lett. b) e b-bis), del d.lgs. n. 142/2005 ed il trattenimento è stato disposto poiché la persona in questione proveniva da un Paese di origine sicuro, stante l'inclusione della Tunisia, ad opera del decreto ministeriale del 4 ottobre 2019 e aggiornato il 17 marzo 2023, nell'elenco dei Paesi designati come sicuri, di

2. UNHCR, *Legge 5 maggio 2023, n. 50 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20, recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*, maggio 2023, p. 3, n. 5.

cui all'art. 2-*bis* del d.lgs. 20 maggio 2008 n. 25; inoltre, la persona non aveva consegnato il passaporto o altro documento equipollente e non aveva prestato la garanzia finanziaria come previsto dal decreto interministeriale del 14 settembre 2023.

La sommaria ricostruzione dei fatti che si ricava dal decreto non lascia intravedere un *fumus boni iuris* della richiesta di protezione: questo non rileva in alcun modo rispetto alla legittimità del trattenimento, ma è, potremmo dire, strettamente connesso al presupposto dell'applicazione della procedura di frontiera. Questa procedura, infatti, si applica se il richiedente, come in questo caso, proviene da un Paese di origine sicuro, da cui discende la presunzione di infondatezza della richiesta di protezione internazionale, salva l'invocazione di gravi motivi per ritenere che quel Paese non sia un Paese di origine sicuro nelle circostanze specifiche in cui si trova il richiedente stesso e per quanto riguarda la sua qualifica di beneficiario di protezione internazionale a norma della direttiva 2011/95/UE, come prevede l'art. 2-*bis*, comma 5 del d.lgs. n. 25/2008.

3. Il decreto del Tribunale di Catania del 29 settembre 2023

Con il decreto qui in commento, il Tribunale di Catania ha rigettato la richiesta di convalida del trattenimento del richiedente asilo, ordinandone l'immediato rilascio. La decisione di rigetto si basa sulle seguenti cinque argomentazioni, derivanti dalla legislazione dell'Unione europea, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dal diritto di asilo di cui all'art. 10(3) Cost.

In primo luogo, il Tribunale richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale il trattenimento del richiedente protezione internazionale deve essere disposto in base ad una decisione motivata, che consideri anche la necessità e la proporzionalità della misura, nonché la preclusione del trattenimento per il solo fatto che il richiedente protezione non possa sovvenire alle proprie necessità³. Applicando tali principi al caso di specie, ritiene che il provvedimento del questore non sia corredato da idonea motivazione e che difetti di ogni valutazione su base individuale delle esigenze di protezione manifestate, nonché della necessità e proporzionalità della misura in relazione alla possibilità di applicare misure meno coercitive.

In aggiunta, secondo il Tribunale di Catania, la garanzia finanziaria disciplinata dall'art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015 non si configura come misura alternativa al trattenimento, ma come requisito amministrativo, imposto al richiedente prima di riconoscere i diritti conferiti dalla direttiva 2013/33/UE e per il solo fatto di richiedere protezione internazionale; avendo poi previsto che la garanzia finanziaria sia fissata ad un importo di 4938,00 euro da versare in un'unica soluzione mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa e precludendo la possibilità che essa sia versata da terzi, risulta incompatibile con gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, come interpretati dalla Corte di giustizia⁴.

Inoltre, poiché in base all'art. 43, par. 1, della direttiva procedure, il trattenimento, fondato sulla disposizione di cui all'art. 8, par. 3, lett. c), della direttiva accoglienza, è giustificato solo al fine di consentire allo Stato membro interessato di esaminare se la sua domanda sia inammissibile o infondata, occorre perlomeno che il Presidente della

3. Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19, ECLI:EU:C:2020:367, punti 256-266.

4. Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cit., punti 254, 255 e 266.

Commissione territoriale abbia assunto una decisione sulla procedura da seguire che, invece, nella specie, risultava mancante.

Ancora, secondo il Tribunale, la direttiva procedure non autorizza l'applicazione della procedura di frontiera in zona diversa da quella d'ingresso, ove il richiedente sia stato coattivamente condotto dopo aver fatto ingresso, in assenza di precedenti provvedimenti coercitivi.

Il Tribunale spende un'ulteriore e finale considerazione circa l'inapplicabilità del trattenimento ai richiedenti protezione internazionale che siano stati oggetto di operazioni di ricerca e di soccorso in mare, per essere la materia disciplinata dalla normativa interna ed internazionale, a sua volta da inquadrare nell'ambito del cono d'ombra del diritto costituzionale di asilo.

Un'argomentazione, questa, non presente nelle successive pronunce adottate dal medesimo Tribunale e sulla quale non ci si soffermerà specificamente, concentrandosi esclusivamente sui profili di contrasto con gli obblighi di derivazione UE.

Esula dall'oggetto del decreto qualsiasi considerazione sull'applicabilità della presunzione di infondatezza della domanda per essere il richiedente cittadino di un Paese inserito nell'elenco dei Paesi di origine sicura, aggiornato al novembre 2022 e del quale la giurisprudenza di merito ha rilevato l'inapplicabilità per mancato aggiornamento periodico come richiesto dalla direttiva 2013/32⁵.

4. Presupposti e modalità del trattenimento del richiedente protezione internazionale

Non è questa la sede per una trattazione organica del complesso *corpus* di norme e giurisprudenza in materia di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, ragione per cui ci si limiterà all'esame delle fonti e dei principi essenziali in materia, al fine di valutare le argomentazioni a questo proposito contenute nel decreto qui in commento. Validi strumenti a questo riguardo, ai quali si rinvia per maggiori approfondimenti, sono l'analisi giuridica, redatta dall'Agenzia europea per l'asilo⁶, sul *trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*⁷, nonché le corpose *Linee guida* dell'UNHCR⁸ e la raccomandazione (2003)5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulle quali si è basato il legislatore europeo nell'adozione delle norme qui rilevanti⁹.

Come infatti ha espressamente affermato la Corte di giustizia:

5. Tribunale di Firenze, decreto del 20 settembre 2023, R.G. n. 9787/2023.

6. L'Agenzia europea per l'asilo è stata istituita per contribuire a garantire l'applicazione efficace ed uniforme, negli Stati membri, della legislazione dell'Unione in materia d'asilo; regolamento 2021/2303 del 15 dicembre 2021 relativo all'Agenzia europea per l'asilo e che abroga il regolamento n. 439/2010, in [L 2021468IT.01000101.xml](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2021/2303/oj) (europa.eu). L'Agenzia ha sostituito ed è subentrata all'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), istituito con il regolamento (UE) n. 439/2010.

7. *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, 2019, disponibile qui, https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Detention-IA_IT.pdf. Si tratta di un'analisi giuridica inserita nell'EASO *professional series for members of Courts and Tribunals* e «destinata principalmente ai membri degli organi giurisdizionali degli Stati membri dell'UE che si occupano di ricorsi o revisioni di decisioni riguardanti le domande di protezione internazionale».

8. UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012.

9. Raccomandazione Rec(2003)5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle misure di trattenimento dei richiedenti asilo, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e0313.

«[...] i motivi di trattenimento previsti dall'articolo 8, paragrafo 3, primo comma, lettere da a) a c), della direttiva 2013/33 si basano sulla raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle misure di detenzione dei richiedenti asilo, del 16 aprile 2003, nonché sulle linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (HCR) sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo, del 26 febbraio 1999, da cui risulta, nella versione adottata nel corso del 2012, che, da un lato, il trattenimento è una misura eccezionale e che, dall'altro, è possibile farvi ricorso esclusivamente in ultima istanza, qualora sia ritenuto necessario, ragionevole e proporzionato ad uno scopo legittimo»¹⁰.

È da questo *corpus* di norme, giurisprudenza e orientamenti interpretativi che acquisisce pregnanza la regola generale – codificata sia nella direttiva accoglienza, sia nella direttiva procedure – secondo la quale «gli Stati membri non devono trattenere una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente asilo», più volte interpretata dalla Corte di giustizia e richiamata anche nel decreto del Tribunale di Catania¹¹. La stessa regola è riportata nella legislazione italiana all'art. 6 del d.lgs. 142/2015¹², norma che, nel disciplinare il trattenimento del richiedente protezione internazionale, esordisce con la perentoria affermazione secondo cui «Il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda».

Questa regola generale tollera alcune eccezioni, tassativamente previste nell'art. 8 della direttiva accoglienza, rubricato “Trattenimento” e recepite in Italia sempre nell'art. 6 del d.lgs. 142/2015, anch'esso rubricato “Trattenimento”. Tra le eccezioni contemplate nella direttiva, vi è anche l'ipotesi di cui all'art. 8, par. 3, lett. c), ossia il trattenimento «per decidere, nel contesto di una procedura, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio». Come si preciserà meglio più avanti, l'inciso di questa disposizione, «nel contesto di una procedura», è essenziale affinché possa essere conforme al principio di *non refoulement* e, quindi, considerata valida: lo straniero ha, infatti, sempre un diritto d'ingresso nel territorio, almeno per chiedere protezione internazionale e non esiste una procedura che sia volta squisitamente a decidere sul diritto d'ingresso¹³. Ed infatti, nell'attuale sistema europeo comune di asilo, l'unica procedura in vigore applicabile in base al rinvio di cui all'art. 8, par. 3, lett. c), è la procedura di frontiera, disciplinata dall'art. 43 della direttiva procedure, definita come una procedura all'esito della quale gli Stati membri possono decidere sull'ingresso del richiedente nel territorio, a seconda della valutazione compiuta dalle autorità competenti sull'inammissibilità o sull'infondatezza della domanda di protezione. Coerentemente, nella legislazione italiana, con le modifiche alle quali si è accennato in premessa, è stato inserito un nuovo articolo nel d.lgs. 142/2015, il 6-*bis*, rubricato «Trattenimento dello straniero durante lo svolgimento della procedura in frontiera di cui all'articolo 28-*bis* del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25», con disposizioni specifiche, ma anche con plurimi rinvii sia all'art. 6 sia all'art. 14 del d.lgs. 286/1998, TU

10. Corte di giustizia, sentenza del 15 febbraio 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 63.

11. Art. 8, par. 1, della direttiva accoglienza e 26, par. 1, della direttiva procedure.

12. D.lgs. n. 142 del 18 agosto 2015, *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, in GU n. 214 del 15.09.2015.

13. Si rinvia al corposo saggio di C. Panzera, *L'accesso al diritto di asilo: problemi e prospettive*, nel presente numero di questa *Rivista* ed ai puntuali riferimenti bibliografici.

sull'immigrazione; è soprattutto la disciplina contenuta nell'art. 6-*bis* a venire in rilievo nel decreto qui in commento.

Anche in questo caso, come in tutte le ipotesi nelle quali il trattenimento del richiedente protezione internazionale è espressamente consentito, il trattenimento mantiene il carattere di misura eccezionale e deve sempre essere conforme a quanto complessivamente disposto dalla direttiva accoglienza, in particolare agli articoli 8 e 9. Ciò è espressamente previsto dall'art. 26 della direttiva procedure, in base al quale: «Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente. I motivi e le condizioni del trattenimento e le garanzie per i richiedenti trattenuti sono conformi alla direttiva 2013/33/UE».

Come già precisato, il fatto che il trattenimento sia previsto e codificato, non ne elimina il carattere di eccezione alla regola, di rimedio al quale far ricorso in ultima istanza, qualora sia ritenuto necessario, ragionevole e proporzionato ad uno scopo legittimo.

Secondo la Corte di giustizia:

«[i]n secondo luogo, gli altri paragrafi dell'articolo 8 della direttiva 2013/33 apportano, come espongono i considerando 15 e 20 della direttiva in parola, limitazioni importanti al potere attribuito agli Stati membri di disporre il trattenimento. Dall'articolo 8, paragrafo 1, della citata direttiva, infatti, risulta che gli Stati membri non possono trattenere una persona per il solo fatto che questa ha presentato una domanda di protezione internazionale. Inoltre, l'articolo 8, paragrafo 2, della medesima direttiva, impone che il trattenimento possa essere disposto soltanto ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, salvo che non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive. L'articolo 8, paragrafo 4, della direttiva 2013/33, prevede che gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contempli le disposizioni alternative al trattenimento, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato»¹⁴.

In altre parole, affinché il trattenimento di un richiedente protezione internazionale sia legittimo, occorre che sia conforme sia ai presupposti sia alle modalità e garanzie previsti dalle direttive UE rilevanti. Da ciò deriva che, qualora una persona sia trattenuta in quanto proveniente da un Paese di origine sicuro nell'ambito di una procedura di frontiera, regolata dall'art. 43 della direttiva procedure, i motivi e le condizioni del trattenimento, nonché le relative garanzie devono essere conformi a quanto disposto dagli artt. 8 e 9 della direttiva accoglienza¹⁵. È questo uno dei vari casi nei quali le due direttive devono essere lette congiuntamente ed entrambe poi interpretate alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione e dei diritti fondamentali sanciti nella Carta dei diritti dell'Unione europea.

14. Corte di giustizia, sentenza del 15 febbraio 2016, *JN*, cit., punto 61.

15. La Corte ha precisato che «A tal proposito, tanto dalla formulazione letterale e dal contesto quanto dai lavori preparatori dell'articolo 8 della direttiva 2013/33 risulta che simile potere è soggetto al rispetto di un complesso di condizioni che mirano a inquadrare rigorosamente il ricorso ad una misura del genere», Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2017, *K*, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680, punto 41.

4.1. L'obbligo di motivazione

La primaria censura contenuta nel decreto del Tribunale di Catania, a supporto del rigetto della richiesta di convalida del trattenimento, è costituita dalla carenza di motivazione di tale decisione. In effetti, nell'art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015, la norma che disciplina il trattenimento del richiedente protezione internazionale nella procedura di frontiera, non è disposto alcunché al riguardo, a differenza di quanto si ricava dal dato normativo UE e, in parte, anche dall'art. 6 dello stesso decreto legislativo.

In base all'art. 8, par. 2, della direttiva accoglienza, il trattenimento, ammissibile solo nelle tassative ipotesi di cui all'art. 8, par. 3, può essere disposto «[o]ve necessario e sulla base di una valutazione caso per caso [...]». Inoltre, in base all'art. 9, par. 2, della medesima direttiva: «Il trattenimento dei richiedenti è disposto per iscritto dall'autorità giurisdizionale o amministrativa. Il provvedimento di trattenimento precisa le motivazioni di fatto e di diritto sulle quali si basa». Dal combinato disposto delle due norme deriva chiaramente un obbligo di motivazione in capo all'autorità amministrativa, che non può limitarsi all'indicazione della sussistenza del presupposto principale, ossia una domanda di protezione presentata in frontiera o in zona di frontiera da un richiedente proveniente da Paese sicuro, ma deve anche contenere la valutazione caso per caso effettuata da tale autorità e che l'hanno indotta a ritenere necessario il trattenimento del richiedente protezione internazionale. In altre parole, non solo il trattenimento non può essere disposto solo perché una persona è richiedente protezione internazionale, ma non può neanche essere disposto solo perché una persona proviene da un Paese di origine di sicuro, altrimenti vanificando l'effetto utile dell'art. 8, par. 2, ed applicando solo l'art. 8, par. 3.

La Corte di giustizia ha più volte precisato che:

«[...] gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33, in combinato disposto con i considerando 15 e 20 della stessa, limitano notevolmente il potere conferito agli Stati membri di procedere a un trattenimento. Pertanto, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, di detta direttiva, un richiedente protezione internazionale può essere trattenuto solo qualora, in esito a una valutazione caso per caso, ciò si riveli necessario e non possano essere efficacemente applicate altre misure meno coercitive. Ne consegue che le autorità nazionali possono trattenere un richiedente protezione internazionale solo dopo aver verificato, caso per caso, se un siffatto trattenimento sia proporzionato ai fini da esso perseguiti»¹⁶.

Come già sottolineato, infatti, il trattenimento non è una misura obbligata in caso di richiesta di protezione presentata in frontiera, ma può essere disposto tutte le volte che il questore, l'autorità competente, ne ravvisi la necessità, debitamente motivata. Lo stesso art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015 non contiene alcun automatismo, ma prevede la facoltà che il richiedente protezione sia trattenuto. Tuttavia, nel testo dell'art. 6-*bis* non vi è alcuna indicazione circa la necessità che la motivazione della decisione di trattenimento debba tener conto della situazione individuale del richiedente protezione internazionale e che espressamente menzioni la necessità e proporzionalità della misura disposta. È per questa ragione che la richiesta di convalida del questore ne era carente, richiamando solo

16. Corte di giustizia, sentenze del 30 giugno 2022, *M.A.*, C-72/22, punti 81-82; 15 febbraio 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 62; 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, C-808/18, ECLI:EU:C:2020:1029, punti 205 e 209; 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cit. punti 256-266; 14 settembre 2017, C-18/16, *K.*, cit., punto 45.

l'appartenenza del richiedente protezione internazionale ad un Paese sicuro, la mancata consegna del passaporto e il mancato pagamento della garanzia finanziaria.

Sotto questo profilo, il contrasto dell'art. 6-*bis* e del conseguente decreto questorile con quanto disposto dalle norme UE rilevanti, come interpretate dalla Corte di giustizia, è evidente. Se in relazione agli altri profili, che si esamineranno più avanti, l'opera dell'interprete risulta più articolata, l'obbligo di motivazione risulta particolarmente chiaro e tale da non suscitare dubbi di sorta, né sul piano interpretativo della norma UE, né su quello applicativo a livello nazionale¹⁷. Le norme della direttiva sull'obbligo di motivazione del provvedimento di trattenimento sono, infatti, chiare, precise e incondizionate nel loro contenuto e oggetto di plurime interpretazioni da parte della Corte di giustizia, la quale ha indicato esattamente l'obbligo derivante dagli articoli 8 e 9 della direttiva accoglienza.

Si aggiunga che è attraverso l'obbligo di motivazione del provvedimento di trattenimento che le autorità competenti possono dare atto di aver considerato la specifica situazione individuale del richiedente protezione internazionale. Le oggettive difficoltà determinate dalla gestione delle domande di asilo presentate alla frontiera non possono costituire un motivo valido per venir meno a tale obbligo: la direttiva procedure, infatti, prende in esame tali oggettive difficoltà all'art. 43, par. 3, in relazione ai luoghi del trattamento delle domande, ma non consente in alcun modo che possano essere derogati i presupposti e le garanzie applicabili al trattenimento. Come già osservato in premessa, sono i tempi serrati di questo tipo di procedura che rendono particolarmente difficile rispettare i diritti essenziali dei richiedenti protezione internazionale, senza il necessario aumento delle risorse umane ad esse destinate¹⁸.

Inoltre, si deve notare che, in base al comma 4 dell'art. 6-*bis* del d.lgs. n. 142/2015 «si applica in quanto compatibile l'articolo 6, comma 5», secondo il quale «il provvedimento con il quale il questore dispone il trattenimento o la proroga del trattenimento è adottato per iscritto, corredato da motivazione [...]», per poi proseguire con la previsione di ulteriori garanzie e requisiti. Pur se non perfettamente coincidente con il contenuto degli art. 8 e 9 della direttiva qualifiche, come interpretati dalla Corte di giustizia, l'obbligo di motivazione contenuto nell'art. 6, co. 5, del d.lgs. n. 142/2015 rafforza la conclusione dell'illegittimità del provvedimento questorile che sia privo di adeguata motivazione.

Infine, si ricordi che l'obbligo di motivazione in fatto e in diritto di ogni provvedimento amministrativo è principio generale stabilito dall'art. 3 della legge n. 241/1990, che espressamente l'art. 18 del d.lgs. n. 25/2008 rende applicabile anche al procedimento di esame delle domande di protezione internazionale.

È interessante notare che nei decreti successivi a quello del 29 settembre, non è menzionato il vizio della mancata motivazione del decreto questorile. Non avendo potuto esaminare il testo di tali decreti, se ne deve dedurre un positivo adeguamento della prassi a quanto contenuto nella pronuncia del Tribunale di Catania e al dato normativo costituito dal combinato disposto degli artt. 6 e 6-*bis*, interpretati in modo conforme alle norme UE e nazionali rilevanti. Tuttavia, l'esistenza di una prassi conforme all'obbligo derivante dall'Unione europea non solleva il legislatore dall'obbligo di modificare la norma per rimuovere il contrasto, non essendo questo un caso in cui la norma interna possa essere

17. Peraltro, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi deriva, sul piano UE, anche dai basilari principi della buona amministrazione e dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, nel nostro ordinamento, dall'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo.

18. UNHCR, *Nota tecnica*, cit. nota n. 2.

interpretata in modo conforme a quanto disposto dall'obbligo UE. Su questo ci si soffermerà più avanti, con qualche considerazione di chiusura.

4.2. La prestazione di una garanzia finanziaria: presupposto negativo del o alternativa al trattenimento?

Si è già detto che, affinché il trattenimento disposto in base all'art. 43 della direttiva procedure sia conforme a quanto previsto dall'art. 8 della direttiva accoglienza, devono essere rispettate anche le modalità e le garanzie ivi previste ed in particolare quelle disposte agli articoli 8 e 9. Tra queste, al par. 4, è contemplata la necessità di prevedere «disposizioni alternative al trattenimento, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato».

Gli Stati membri sono dunque obbligati a prevedere modalità alternative al trattenimento, salva la loro discrezionalità di scegliere esattamente quale di queste modalità introdurre nel proprio ordinamento.

Come noto, il legislatore italiano ha ritenuto di aver assolto il proprio obbligo attraverso la seguente disposizione: «2. Il trattenimento di cui al comma 1 può essere disposto qualora il richiedente non abbia consegnato il passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, ovvero non presti idonea garanzia finanziaria. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, con decreto del Ministero dell'interno, di concerto con i Ministeri della giustizia e dell'economia e delle finanze, sono individuati l'importo e le modalità di prestazione della predetta garanzia finanziaria».

Con il decreto interministeriale del 14 settembre 2023 la garanzia finanziaria è stata stabilita ad un importo fisso di euro 4.938, suscettibile di aggiornamento biennale. Tale importo è stato stabilito sulla base di quanto necessario in Italia per procurarsi un alloggio adeguato per quattro settimane, per avere i mezzi di sussistenza minimi necessari e per la somma occorrente per il rimpatrio¹⁹.

Secondo il Tribunale di Catania, la garanzia finanziaria, come disciplinata nel decreto ministeriale, non si configura come una misura alternativa al trattenimento, ma come un requisito amministrativo imposto al richiedente prima di riconoscere i diritti conferiti dalla direttiva accoglienza per il solo fatto di richiedere protezione internazionale; inoltre, la previsione che la garanzia finanziaria sia fissata ad un importo di 4.938 euro da versare in un'unica soluzione mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa e la preclusione della possibilità che essa sia versata da terzi, risulterebbero incompatibili con gli articoli 8 e 9 della direttiva accoglienza.

La formulazione contenuta nell'art. 6-bis d.lgs. n. 142/2015 tende in effetti a ribaltare la logica in base alla quale sono previste le misure alternative al trattenimento: queste ultime, infatti, dovrebbero essere applicate dopo aver constatato la necessità del trattenimento; solo successivamente, il questore dovrebbe verificare se possano essere applicate misure diverse, quali la prestazione di una garanzia finanziaria o la consegna del passaporto. Nella disposizione italiana, invece, il questore dispone il trattenimento del richiedente protezione internazionale qualora non sia consegnato il passaporto o non sia prestata la garanzia finanziaria. Ed è questo ordine logico che è stato seguito anche nella richiesta di convalida di trattenimento rigettata dal Tribunale di Catania, perché il provvedimento era privo di una

19. Decreto del 14 settembre 2023, *Indicazione dell'importo e delle modalità di prestazione della garanzia finanziaria a carico dello straniero durante lo svolgimento della procedura per l'accertamento del diritto di accedere al territorio dello Stato*, in G.U. Serie generale n. 221 del 21.9.2023.

motivazione caso per caso e il trattenimento era stato disposto non avendo l'interessato né consegnato il passaporto, né prestato garanzia finanziaria.

Questo ribaltamento logico, risultante dalla lettera della norma italiana, potrebbe essere ampiamente superato attraverso un'interpretazione conforme di tale norma al dettato delle direttive UE da parte direttamente dell'autorità amministrativa che, sempre se provvista di risorse e tempi adeguati, dovrebbe, nella motivazione del provvedimento, dare atto della considerazione della garanzia finanziaria quale una vera e propria misura alternativa al trattenimento, piuttosto che intenderla e applicarla come un *prius* logico rispetto al provvedimento di trattenimento, facendole così assumere le sembianze del requisito amministrativo, *rectius* presupposti negativi, come censurato dal Tribunale di Catania.

Più problematica e non superabile in via interpretativa, invece, è la disciplina della garanzia finanziaria contenuta nel decreto interministeriale del 14 settembre 2023. Una disciplina che è attribuita alla discrezionalità dei legislatori degli Stati membri, i quali, tuttavia, anche quando agiscono nell'ambito di proprie scelte discrezionali, sono gravati dall'obbligo di rispettare tutte le altre disposizioni vincolanti, garantire l'effetto utile delle disposizioni, nonché i principi generali e le norme sovraordinate. La Corte di giustizia, anche in questa materia, ha affermato:

«L'articolo 8, paragrafo 3, secondo comma, della direttiva 2013/33, dispone inoltre che i motivi di trattenimento sono specificati nel diritto nazionale. In proposito è d'uopo ricordare che, quando le disposizioni di una direttiva lasciano agli Stati membri un margine di discrezionalità per definire misure di trasposizione che siano adeguate alle diverse situazioni possibili, sono tenuti, nell'attuazione di tali misure, non solo a interpretare il loro diritto nazionale conformemente alla direttiva di cui si tratti, ma anche a fare in modo di non basarsi su un'interpretazione della stessa che entri in conflitto con i diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, punto 68, nonché *N.S. e a.*, C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, punto 77)»²⁰.

Come già anticipato, in questo come in altri settori del diritto UE, gli Stati, quindi tutte le autorità, sia amministrative sia giurisdizionali, sono assistiti da vari strumenti e principi nell'attuazione e applicazione della normativa vincolante, al fine, tra l'altro, di garantire uniformità di interpretazione e applicazione negli Stati membri e di conseguire gli obiettivi per i quali l'atto è stato adottato²¹. Gli strumenti di analisi e di supporto che l'Unione fornisce agli Stati, così come l'analisi comparata, sono essenziali nella fase di attuazione delle direttive a livello statale e, successivamente, dopo che l'attuazione è avvenuta, di applicazione delle norme nazionali così approvate.

Quanto alla garanzia finanziaria, questa è espressamente contemplata in vari documenti concernenti il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, *in primis* nelle linee guida dell'UNHCR e nella corposa analisi dell'Agenzia europea per l'asilo sulla detenzione dei richiedenti protezione internazionale²².

20. Corte di giustizia, sentenza del 15 febbraio 2016, *JN*, ECLI:EU:C:2016:84, cit., punto 60.

21. In particolare, oltre all'assistenza fornita dalla Commissione europea e alla collaborazione intergovernativa che si realizza attraverso la rete European Migration Network, in questo settore opera, come si è detto, l'Agenzia europea per l'asilo che ha il compito, tra l'altro, di uniformare le decisioni amministrative e giurisdizionali adottate nei diversi Stati membri, www.euaa.europa.eu.

22. EUAA, *Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo*, 2019, disponibile qui, https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Detention-JA_IT.pdf.

Secondo il rapporto dell’Agenzia, infatti:

«è possibile chiedere la costituzione di una garanzia o il versamento di una cauzione. In tali casi, l’importo specifico dovrebbe essere adattato alla situazione individuale: pertanto dovrebbe risultare ragionevole alla luce della situazione particolare dei richiedenti asilo e non così elevato da comportare discriminazioni nei confronti di chi disponga di fondi limitati. L’eventuale mancato rispetto di tali criteri, che dia luogo al trattenimento (o alla sua continuazione) indurrebbe a ritenere che il sistema sia arbitrario. Nulla vieta che la cauzione o la garanzia finanziaria siano versate da terzi»²³.

Anche nella raccomandazione del Consiglio d’Europa, fonte di riferimento delle norme dell’Unione sul trattamento dei richiedenti protezione internazionale, è espressamente previsto che la cauzione, per essere uno strumento alternativo al trattenimento, deve essere modulabile nel suo importo in base alla situazione individuale del richiedente protezione internazionale. Inoltre, in uno dei vari rapporti pubblicati dallo *European Migration Network*, promosso dalla Commissione europea e costituito dai punti di contatto designati dai singoli Governi degli Stati membri, si evince come tra gli strumenti alternativi al trattenimento, quello della garanzia finanziaria sia quello meno impiegato dagli Stati e, anche quando previsto, sia il meno applicato in concreto. In ogni caso, in nessun ordinamento l’importo della garanzia finanziaria è stabilito *ex ante* ed in modo fisso per tutti i richiedenti protezione internazionale²⁴.

Sono peraltro criticabili i criteri che il Governo ha seguito per fissare la cifra di 4938 euro, ritenuta corrispondente ai costi di un alloggio adeguato, ai mezzi di sussistenza minima e alle spese di rimpatrio. La *ratio* della garanzia finanziaria non è, infatti, quella di individuare la somma corrispondente al costo che l’amministrazione avrebbe sostenuto nel caso in cui la persona fosse stata trattenuta e fosse poi risultata destinataria di provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale, bensì quella di incentivare il richiedente protezione a non dileguarsi nel territorio in attesa dell’esito della procedura accelerata, pena l’escussione della somma. Da questo punto di vista, fissare un importo fisso ed elevato non potrà mai costituire un’alternativa per coloro che non dispongono di adeguate risorse finanziarie, per le quali la cifra andrebbe fissata ad un importo inferiore; al contrario, per coloro che possono sostenerla, la misura potrebbe non costituire un incentivo a restare nel territorio italiano²⁵. In caso invece di importo generalizzato e fissato *una tantum* per chiunque, la garanzia si configura come potenzialmente discriminatoria e, soprattutto, non qualificabile come effettivo strumento alternativo alla detenzione, costringendo al trattenimento coloro che non siano in grado di provvedere alle proprie necessità e alle spese necessarie per il rimpatrio. Non è un caso che tale strumento, anche negli Stati nei quali è previsto, sia scarsamente utilizzato in pratica.

La stessa Commissione europea, attraverso una sua portavoce, ha affermato che:

«Tutte le misure alternative alla detenzione devono essere sottoposte a una valutazione “individuale”, caso per caso, e devono essere proporzionate. È importante avere le

23. *Ivi*, p. 37.

24. Rapporto EMN, *Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures*, 2021, disponibile qui: https://home-affairs.ec.europa.eu/whats-new/publications/detention-and-alternatives-detention-international-protection-and-return-procedures_en.

25. Si rinvia a C. Panzera, *L’accesso al diritto di asilo: problemi e prospettive*, in questo numero della *Rivista*.

opportune salvaguardie e, per questo motivo, la decisione deve essere frutto ogni volta di una valutazione individuale»²⁶.

Sulla base di queste argomentazioni, la garanzia finanziaria, come interpretata dal legislatore e dal Governo con il decreto ministeriale sopradetto, risulta in contrasto con l'interpretazione di essa datane dall'Agencia europea per l'asilo, dall'EASO, dall'UNHCR e dal Consiglio d'Europa, alle quali la stessa Corte di giustizia ha fatto espresso rinvio, ed è ragionevole ritenere che sia quella l'interpretazione corretta da dare a tale istituto²⁷. Una nozione di diritto UE deve infatti essere interpretata nel contesto dell'ordinamento giuridico UE²⁸. Peraltro, ad analoghe conclusioni si dovrebbe giungere anche ponendosi nell'ottica dell'ordinamento giuridico italiano, dove si è sempre riscontrato una generale cautela, se non una vera e propria riluttanza, nell'applicazione dell'istituto della garanzia finanziaria come alternativa alla privazione della libertà personale e, più in generale, in relazione a provvedimenti che attengono ai diritti fondamentali della persona od altri beni di primario rilievo costituzionale²⁹.

A questa conclusione, nel decreto del Tribunale di Catania si giunge anche attraverso il rinvio ad una sentenza della Corte di giustizia pronunciata il 14 maggio 2020 su un caso originato da un rinvio pregiudiziale sollevato da un giudice ungherese, la stessa sentenza che il Tribunale ha considerato per interpretare l'obbligo di motivazione dei provvedimenti di trattenimento³⁰. In tale causa, erano state sollevate di fronte alla Corte una pluralità di questioni pregiudiziali, tra le quali quella relativa alla compatibilità con l'art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza, della disciplina del trattenimento del richiedente protezione internazionale proveniente da Paese terzo sicuro, la cui domanda è trattata come inammissibile e attraverso una procedura di frontiera, ai sensi dell'art. 43 della direttiva procedure³¹. Un caso analogo a quello oggetto della sentenza catanese, dove viene in rilievo la nozione di Paese di origine sicuro e di domanda infondata, assimilabili, sul piano dell'applicazione della procedura di frontiera e del connesso regime di trattenimento, alla

26. *Sulla cauzione ai richiedenti asilo Bruxelles chiede all'Italia di valutare caso per caso*, <https://euractiv.it/section/migrazioni/news/sulla-cauzione-ai-richiedenti-asilo-bruxelles-chiede-allitalia-di-valutare-caso-per-caso/>, 26 settembre 2023.

27. A tali fonti e documenti, la Corte di giustizia ha fatto espresso riferimento quali basi sulle quali è stata delineata la normativa sul trattenimento presente nella direttiva accoglienza; sentenza del 15 febbraio 2016, *N.*, cit., punto 63. *Contra*, M. Savino, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, settembre 2023.

28. Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, *Cilfit*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, punti 19-20; 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management*, ECLI:EU:C:2021:799, punti 45-46.

29. Si v., ad esempio, l'art. 55 del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari collegiali, dove è previsto che «2. Qualora dalla decisione sulla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, il Collegio può disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare. La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o d'altri beni di primario rilievo costituzionale».

30. Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cit., punti 236-241.

31. Dall'esame della sentenza si evince come il Governo ungherese volesse sottrarsi all'applicazione dell'art. 43 della direttiva procedure, sostenendo di non aver applicato la procedura in esso prevista. Tuttavia, la Corte di giustizia ritiene che la procedura di esame delle domande di protezione internazionale alla frontiera con trattenimento del richiedente asilo rientri precisamente nell'ambito di applicazione dell'art. 43 e, dunque, la normativa ungherese deve necessariamente essere interpretata alla luce di tale disposizione.

domanda presentata da persona proveniente da Paese terzo sicuro e trattata come inammissibile.

La legislazione ungherese prevedeva la possibilità di trattenimento generalizzato per tutti coloro che fossero impossibilitati a sovvenire alle proprie necessità. In altre parole, in Ungheria si era soggetti al trattenimento se non si era in grado di sovvenire alle proprie necessità, mentre in base alla legislazione UE la garanzia finanziaria dovrebbe essere corrisposta come alternativa al trattenimento. La Corte ha dunque facilmente ritenuto che l'art. 8, par. 3, osta ad una disposizione come quella ungherese, in quanto tale da travisare e confondere l'obbligo dello Stato di provvedere al sostegno economico del richiedente protezione internazionale che non dispone di mezzi di sostentamento, con la facoltà dello Stato di disporre il trattenimento del richiedente protezione internazionale nei casi tassativamente stabiliti, ma con possibilità di prestare una cauzione finanziaria come alternativa a tale trattenimento³².

Il caso ungherese, pur se diverso nel merito, offre alla Corte di giustizia l'occasione per interpretare alcuni aspetti essenziali dell'art. 8, par. 3, della direttiva accoglienza. Come noto, l'interpretazione in punto di diritto delle norme UE diviene rilevante e obbligatoria per qualsiasi giudice dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, che dovrà debitamente considerarla tutte le volte che andrà ad applicare quel medesimo atto giuridico, anche se in relazione ad una fattispecie ed una normativa nazionale diversa da quella all'origine del rinvio pregiudiziale, salvo nuovo rinvio alla Corte: difficilmente, infatti, negli Stati membri troveremo situazioni identiche, l'essenziale è che l'atto giuridico UE sia lo stesso e che sia applicabile il principio interpretativo elaborato dalla Corte di giustizia; il principio interpretativo può poi essere applicato anche ad un atto diverso³³. Ed infatti, la medesima sentenza del 14 maggio 2020, unitamente alle altre qui richiamate, è rilevante, oltre che per l'interpretazione dell'obbligo di motivazione, anche per l'interpretazione dei luoghi dove si svolge la procedura di frontiera e per la precisazione dei poteri di controllo dell'autorità giurisdizionale, oltre che per altri punti di diritto non rilevanti in materia di trattenimento del richiedente protezione internazionale.

Da questo punto di vista, è anche interessante notare che le due prestazioni, quella prevista dalla legislazione ungherese e quella prevista nella legislazione italiana, sono accomunate dal fatto di costringere al trattenimento chi non è in grado di sovvenire alle proprie necessità: in Italia, questo costituisce il parametro utilizzato per fissare l'importo della garanzia finanziaria, mentre in Ungheria è, o, meglio, era, un presupposto della detenzione. *Mutatis mutandis*, nell'ordinamento italiano si costringe al trattenimento chi non è in grado di sovvenire alle proprie necessità e di sostenere le spese del rimpatrio, senza alcuna valutazione caso per caso.

Ciò è tanto più vero alla luce del fatto che il legislatore italiano ha selezionato e scelto, tra le diverse misure contenute nell'elenco esemplificativo dell'art. 8, par. 4, della direttiva accoglienza, soltanto quella della garanzia finanziaria; ad essa è stata affiancata la misura della consegna del passaporto, anch'essa difficilmente applicabile in pratica, se non impossibile, essendo i richiedenti protezione internazionale spesso privi di documenti di identificazione. La consegna del passaporto non è, infatti, contemplata tra gli strumenti alternativi al trattenimento ma, anzi, la necessità dell'identificazione, per coloro che siano privi di passaporto o altro documento di identità, è un altro dei presupposti che giustificano

32. Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cit., punti 254-256.

33. Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, *Cilfit*, cit., punti 13-15.

il trattenimento ai sensi dell'art. 8, par. 3, lett. a) della direttiva accoglienza; è un dato riscontrabile nella prassi che quasi la generalità dei richiedenti protezione internazionale sia privo di passaporto (spesso revocato o non rilasciato dai persecutori o andato perduto nel conflitto da cui si fugge o nel viaggio), così che anche la prima delle due misure alternative non potrà essere mai soddisfatta in pratica.

La sostanziale inapplicabilità delle misure alternative e la disciplina specifica della garanzia finanziaria rendono l'art. 6-*bis* d.lgs. n. 142/2015 e i provvedimenti amministrativi su di esso basati contrastanti con quanto disposto dalla direttiva accoglienza.

Più problematico su questo punto individuare come il contrasto debba essere superato. Il Tribunale di Catania ha ritenuto che anche su questi aspetti la disciplina UE sia chiara, precisa e incondizionata, determinando la non applicazione sia dell'atto legislativo sia di quello amministrativo con essa in contrasto³⁴. Per verificare questa soluzione, occorre individuare esattamente quali siano gli obblighi che derivano dall'art. 8, par. 4, della direttiva accoglienza. La Corte di giustizia ha infatti affermato che «anche se una direttiva lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità per l'adozione delle modalità della sua attuazione, una disposizione di tale direttiva può essere considerata di carattere incondizionato e preciso se addossa agli Stati membri, in termini non equivoci, un'obbligazione di risultato precisa e assolutamente incondizionata quanto all'applicazione della regola da essa enunciata»³⁵.

L'obbligo primario è pacificamente costituito dalla necessità di prevedere misure alternative e questo obbligo è sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato. Qualora le misure alternative previste dal legislatore nazionale non siano applicabili in concreto o siano disciplinate in modo difforme rispetto ai criteri interpretativi forniti dalle istituzioni e dagli organi UE per assistere i legislatori e i giudici, si verifica una violazione dell'obbligo primario, quello appunto di prevedere le misure alternative.

Quanto invece alla scelta delle diverse misure alternative, gli Stati hanno una piena discrezionalità nell'individuare quale misura alternativa prevedere e nel dettarne la specifica disciplina, nel rispetto dei limiti che si è dianzi indicato. L'art. 6-*bis* d.lgs. n. 142/2015 è dunque in contrasto con l'art. 8 della direttiva accoglienza non perché ha introdotto le misure alternative della consegna del passaporto e del pagamento della garanzia finanziaria, ma perché ha introdotto solo queste misure che, a causa della loro disciplina specifica, risultano inapplicabili.

Anche a questo riguardo, come per l'obbligo di motivazione, nella legislazione italiana si trovano già altre misure alternative al trattenimento che potrebbero fungere da adeguata trasposizione della direttiva accoglienza e consentire all'amministrazione un'interpretazione ad essa conforme. È ciò che evidenzia lo stesso Tribunale di Catania nelle pronunce successive alla prima del 29 settembre, laddove viene effettuato un raffronto con quanto disposto dall'art. 14, co. 1-*bis*, del d.lgs. 1998 n. 286, relativamente alle misure alternative al trattenimento in caso di esecuzione dell'espulsione. Il Tribunale, infatti, sottolinea come tali misure siano diverse da quelle contemplate per il trattenimento nella procedura di frontiera e configurate come effettive misure alternative. In base a tale disposizione, il questore in luogo del trattenimento può disporre una o più delle seguenti misure: consegna del passaporto o altro documento equipollente; obbligo di dimora in un

34. *Contra*, in questo numero di questa *Rivista*, C. Panzera, cit., che, pur rilevando un contrasto tra la disciplina italiana e quella dell'Unione, ritiene che l'art. 8 della direttiva accoglienza non sia idoneo a produrre effetti diretti.

35. Corte di giustizia, sentenza dell'8 marzo 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Effet direct)*, C-205/20, ECLI:EU:C:2022:168, punto 19.

luogo preventivamente individuato dove possa essere rintracciato; obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente. Tutte misure adottate con provvedimento motivato: la motivazione, come già ampiamente sottolineato, è sempre necessaria ed è l'unico strumento per accertare l'individualità del trattamento.

Ma il collegamento con le misure di cui all'art. 14, co. 1-*bis*, può assumere una rilevanza ben maggiore del mero confronto con le misure di cui all'art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015, in virtù del richiamo che quest'ultimo effettua al comma 4, all'art. 6, co. 5, che, a sua volta, contiene la seguente disposizione «Si applica, per quanto compatibile, l'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, comprese le misure alternative di cui al comma 1-*bis* del medesimo articolo 14».

È dunque possibile, anche in questo caso, giungere ad una interpretazione conforme della normativa italiana rispetto a quanto richiesto da quella UE, successivamente alla non applicazione del regolamento interministeriale con il quale è stata fornita la vigente disciplina della garanzia finanziaria. Per contro e fino ad allora, i provvedimenti amministrativi di trattenimento, che non si adeguino a tale interpretazione conforme, dovrebbero essere considerati in contrasto con la normativa UE. Si tratterebbe di un caso di non applicazione della norma nazionale (l'art. 6-*bis* d.lgs. n. 142/2015, come attuato dal decreto interministeriale del 2023 sulla garanzia economica), in contrasto con la direttiva UE produttiva di effetti diretti (l'obbligo di prevedere una misura alternativa al trattenimento non discriminatoria e che non determini il trattenimento di coloro che non possono sovvenire alle proprie necessità), ma con applicazione dell'alternativa norma nazionale conforme alla direttiva UE (art. 6, commi 4 e 5, d.lgs. 142/2015 e 14, co. 1-*bis*, d.lgs. 286/1998).

4.3. La procedura di frontiera quale presupposto del trattenimento

Come già precisato, in base all'art. 8, lett. c), della direttiva accoglienza, un richiedente protezione internazionale può essere trattenuto solo in presenza di alcuni tassativi presupposti e finalità, tra le quali «c) per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio».

Tale disposizione letta autonomamente, potrebbe essere intesa come una norma volta ad autorizzare il trattenimento per decidere circa l'ingresso nel territorio. Ed è proprio questo il significato che deve essere stato assunto dal legislatore italiano, laddove ha previsto nell'art. 6-*bis* d.lgs. n. 142/2015 che il richiedente può essere trattenuto durante lo svolgimento della procedura in frontiera di cui all'articolo 28-*bis*, comma 2, lettere b) e b-*bis*), del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e fino alla decisione dell'istanza di sospensione di cui all'articolo 35-*bis*, comma 4, del medesimo decreto legislativo n. 25 del 2008, al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio dello Stato.

Opportunamente, il legislatore ha previsto un rinvio alla procedura di frontiera, "il procedimento" al quale si riferisce l'art. 8, lett. c), dir. 2013/33, nell'autorizzare il trattenimento; tuttavia, tale rinvio è parziale, poiché non tiene conto del complesso della disciplina della procedura di frontiera di cui all'art. 43 direttiva 2023/32. In particolare, in base all'art. 43, par. 2, «Gli Stati membri provvedono affinché la decisione nell'ambito delle procedure di cui al paragrafo 1 sia presa entro un termine ragionevole. Se la decisione non è stata presa entro un termine di quattro settimane, il richiedente è ammesso nel territorio dello Stato membro, affinché la sua domanda sia esaminata conformemente alle altre disposizioni della presente direttiva».

È solo combinando le due disposizioni, l'art. 8, lett. c), della direttiva accoglienza e 43, par. 2, della direttiva procedure, che la disciplina acquista un significato compiuto e una coerenza. In base al combinato disposto delle due norme, gli Stati membri hanno la possibilità di applicare procedure di esame delle domande di asilo in frontiera e accelerate non per decidere se la persona abbia un diritto di entrare nel territorio, ma per decidere se la domanda sia inammissibile o se sia infondata e, successivamente, autorizzare l'ingresso o disporre l'allontanamento sotto forma di respingimento.

In questi termini si è espressa la Corte di giustizia, laddove ha chiarito che:

«236 Dal considerando 38 della direttiva 2013/32 discende parimenti che una siffatta procedura di frontiera è destinata a consentire agli Stati membri di decidere in merito alle domande di protezione internazionale che sono presentate alla frontiera o nelle zone di transito di uno Stato membro prima che sia presa una decisione sull'ammissione dei richiedenti nel suo territorio. [...].

Del resto, l'articolo 10, paragrafo 5, e l'articolo 11, paragrafo 6, della direttiva 2013/33 fanno espressamente riferimento alle modalità di trattenimento di un richiedente protezione internazionale ad un posto di frontiera o in una zona di transito nell'ambito dell'applicazione delle procedure specifiche di cui all'articolo 43 della direttiva 2013/32.

239 Ne consegue che l'articolo 43 della direttiva 2013/32 autorizza gli Stati membri a «trattenere», ai sensi dell'articolo 2, lettera h), della direttiva 2013/33, i richiedenti protezione internazionale che si presentano alle loro frontiere, alle condizioni enunciate da tale articolo 43 e al fine di garantire l'effettività delle procedure da esso previste.

240 Orbene, da detto articolo 43, paragrafi 1 e 2, discende che un trattenimento fondato su tali disposizioni non può eccedere le quattro settimane. Benché la data a partire dalla quale tale termine inizia a decorrere non sia ivi precisata, si deve ritenere che un siffatto termine inizi a decorrere dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2013/32, e tale data deve essere considerata come quella di inizio della procedura di esame di una siffatta domanda.

241 Ne consegue che il trattenimento di un richiedente protezione internazionale in una zona di transito al di là di un periodo di quattro settimane, il quale inizia a decorrere a partire dalla data di presentazione della sua domanda, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2013/32, non può essere giustificato in forza dell'articolo 43, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva»³⁶.

È dunque la procedura di frontiera l'unica che consente il trattenimento del richiedente protezione internazionale per un massimo di quattro settimane, subito dopo l'ingresso nel territorio. Tecnicamente, infatti, la procedura di frontiera si applica dopo che la persona ha fatto ingresso nel territorio degli Stati membri, seppur trattenuta in una zona di frontiera con limitazione della libera circolazione. La decisione assunta all'esito di questo procedimento, quindi, non è una decisione sul diritto d'ingresso, bensì una decisione sull'inammissibilità o sulla non fondatezza della richiesta di protezione internazionale.

Nella disciplina di cui all'art. 6-bis del d.lgs. n. 142/2015, questa complessità, la sola, si ripete, che può conferire legittimità al trattenimento, evapora, per lasciare spazio ad un trattenimento per decidere sul diritto d'ingresso, procedimento che non esiste nel diritto UE, perché il diritto d'ingresso del richiedente protezione internazionale è *in re ipsa*, sulla base di tutte le fonti rilevanti, di matrice internazionale, europea e costituzionale.

36. Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cit. punti 236-241.

Alla luce di queste considerazioni, risulta pregnante quanto affermato dal Tribunale di Catania nella pronuncia del 29 settembre 2023, laddove ha rilevato nella richiesta di convalida del trattenimento la mancanza di decisione da parte della Commissione territoriale di Catania, almeno nella persona del suo Presidente, circa la procedura da seguire, dato che è solo questo atto che può conferire legittimità al trattenimento. Si può anche sostenere che il parere del Presidente della Commissione territoriale non sia di per sé sufficiente, se non combinato con l'avvio dell'esame della procedura accelerata. In ogni caso, il coinvolgimento del Presidente della Commissione territoriale è sempre necessario, anche nei casi nei quali gli Stati decidano di esercitare l'opzione di cui all'art. 4 della direttiva procedure, che consente agli Stati membri di attribuire la competenza ad accordare o rifiutare il permesso di ingresso nell'ambito della procedura di frontiera ad un'autorità diversa da quella competente all'esame delle domande di protezione internazionale, ma anche in questo caso solo in base al parere motivato dell'autorità accertante. È da escludere che il legislatore abbia esercitato tale opzione, perché, come affermato dalla Corte di giustizia e anche dalla Corte costituzionale italiana, quando il legislatore decide di esercitare un'opzione prevista in una direttiva, lo deve fare espressamente e non tacitamente³⁷.

È interessante sottolineare come questo profilo non sia menzionato nei successivi decreti del Tribunale di Catania, nei quali, al contrario, si dà atto dell'acquisizione del parere del Presidente della Commissione territoriale di Catania da parte della questura. Così come per il vizio della mancata motivazione, si può ritenere che questo dipenda da un positivo adeguamento dell'amministrazione a quanto disposto nel primo provvedimento giurisdizionale, grazie ad un'interpretazione della normativa interna in conformità a quanto previsto dalla direttiva UE.

4.4. *I luoghi del trattenimento*

Un altro aspetto considerato in tutti i decreti adottati dal Tribunale di Catania è quello relativo ai luoghi nei quali può svolgersi la procedura di frontiera. In base all'art. 43 della direttiva procedure, gli Stati possono svolgere tale procedura nelle zone di frontiera o di transito, individuate in Italia con il decreto del Ministero dell'interno del 5 agosto 2019³⁸.

Il Tribunale ha accertato che la procedura di frontiera era stata instaurata in una zona di transito della provincia di Ragusa, mentre i richiedenti avevano fatto ingresso nel territorio nazionale, diversi giorni prima, dalla frontiera di Lampedusa, in provincia di Agrigento, ove avevano immediatamente manifestato la volontà di chiedere protezione internazionale e ove si sarebbe dovuta svolgere la procedura di esame della loro domanda. Secondo quanto disposto dal Tribunale di Catania, il trasferimento del richiedente protezione internazionale per esaminare la domanda secondo la procedura di frontiera con trattenimento è consentito, in base all'art. 43, co. 3, della direttiva procedure, solo in caso di impossibilità pratica di applicare la procedura direttamente alla frontiera e non se emergano generiche difficoltà.

In effetti, l'art. 43, co. 3, della direttiva procedure, consente il trasferimento in altri luoghi ove i richiedenti sono normalmente accolti, purché nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito, solo nel caso di arrivi di un gran numero di richiedenti protezione

37. Corte cost., sentenza del 4 marzo 2022 n. 54, par. 9.4.1.

38. Pubblicato in G.U. del 7 settembre 2019, n. 210. Tali zone sono le province di: a) Trieste, Gorizia; b) Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi; c) Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; d) Trapani, Agrigento; e) Città Metropolitana di Cagliari, "Sud Sardegna".

internazionale alla frontiera o in una zona di transito, e a condizione che il numero delle domande presentate renda all'atto pratico impossibile applicare la procedura in frontiera³⁹.

Secondo quanto previsto al comma 4 dell'art. 6 d.lgs. n. 142/2015, il richiedente è trattenuto in appositi locali presso le strutture di cui all'art. 10-ter, co. 1, d.lgs. n. 286/1998 ovvero, in caso di arrivi consistenti e ravvicinati, nei Centri di permanenza temporanea disciplinati all'articolo 14 del medesimo decreto legislativo, situati in prossimità della frontiera o della zona di transito. Si consideri anche che l'art. 5-bis, co. 3, del d.l. 20/2023 ha aggiunto, all'articolo 10-ter del d.lgs. n. 286/1998, il comma 1-bis, che consente il trattenimento previsto da tale norma anche in «strutture analoghe». Tali strutture possono essere destinate anche al trattenimento connesso alle procedure in frontiera⁴⁰.

L'art. 6 del d.lgs. n. 142/2015 indica nell'ottimale svolgimento degli adempimenti il presupposto che consente il trasferimento del richiedente sottoposto a procedura di frontiera ed omette il riferimento alla condizione di impossibilità pratica a gestire le domande in frontiera ai sensi dell'art. 43, par. 3, della direttiva.

Inoltre, la Corte di giustizia ha offerto un'interpretazione dell'art. 43, par. 3, della direttiva procedure piuttosto restrittiva, affermando che:

«[...] ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 3, della direttiva 2013/32, nel caso in cui un afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale renda impossibile l'applicazione delle procedure specifiche istituite dagli Stati membri, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 1, di tale direttiva, alle loro frontiere o nelle loro zone di transito, si può continuare ad applicare tali procedure nei luoghi e per il periodo in cui i richiedenti protezione internazionale interessati sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze di tali frontiere o di tali zone di transito»⁴¹.

Più precisamente, la Corte ha sottolineato che:

«[...] l'articolo 43, paragrafo 2, della direttiva 2013/32 impone che la durata del trattenimento di un richiedente protezione internazionale, ai sensi di tale articolo, non possa mai superare quattro settimane a decorrere dalla data di inoltro della domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2013/32, mentre il paragrafo 3 di tale articolo 43 si limita ad autorizzare gli Stati membri, nelle circostanze da esso previste, a proseguire le procedure di frontiera al di là di tale termine di quattro settimane, purché i richiedenti siano, allo scadere di tale termine, normalmente accolti nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito, il che esclude che essi possano rimanere in stato di trattenimento»⁴².

Ancora, la Corte ha precisato che:

39. M. Veglio, *La bestia tentacolare. Forme, tempi e luoghi del trattenimento degli stranieri in Italia*, in *Questione giustizia*, 2023, 3.

40. Articolo 10-ter, comma 1-bis, del d.lgs. 286/98: «Per l'ottimale svolgimento degli adempimenti di cui al presente articolo, gli stranieri ospitati presso i punti di crisi di cui al comma 1 possono essere trasferiti in strutture analoghe sul territorio nazionale, per l'espletamento delle attività di cui al medesimo comma. Al fine di assicurare la coordinata attuazione degli adempimenti di rispettiva competenza, l'individuazione delle strutture di cui al presente comma destinate alle procedure di frontiera con trattenimento e della loro capienza è effettuata d'intesa con il Ministero della giustizia».

41. Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendezési Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cit., punto 242.

42. Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione c. Ungheria*, cit., punto 181.

«243. Il paragrafo 3 dell'articolo 43 della direttiva 2013/32 consente dunque agli Stati membri, nella situazione specifica di un afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale, di continuare ad applicare le procedure previste al paragrafo 1 di tale articolo, anche se il termine di quattro settimane entro il quale tali procedure devono normalmente essere espletate, in conformità al paragrafo 2 dello stesso articolo, è scaduto. 244 Dal testo stesso del paragrafo 3 dell'articolo 43 di tale direttiva risulta tuttavia che siffatte procedure possono essere mantenute solo a condizione che i richiedenti protezione internazionale siano normalmente accolti, alla scadenza del termine di quattro settimane previsto al paragrafo 2 di tale articolo, nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito.

245 Orbene, esigendo che tali richiedenti siano accolti in condizioni normali, l'articolo 43, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 ha necessariamente escluso che essi possano rimanere in stato di trattenimento. Infatti, le condizioni concernenti l'alloggio normale dei richiedenti protezione internazionale sono disciplinate dagli articoli 17 e 18 della direttiva 2013/33, ai sensi dei quali ogni richiedente protezione internazionale ha diritto, in linea di principio, a sussidi economici che gli consentano di disporre di un alloggio o ad un alloggio in natura in un luogo diverso da un Centro di trattenimento.

246 Ne consegue che l'articolo 43, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 non legittima uno Stato membro a trattenere i richiedenti protezione internazionale alle sue frontiere o in una delle sue zone di transito al di là del termine di quattro settimane, menzionato al punto 241 della presente sentenza, anche qualora un afflusso massiccio di richiedenti protezione internazionale renda impossibile l'applicazione delle procedure previste all'articolo 43, paragrafo 1, di tale direttiva entro un siffatto termine. Ciò premesso, occorre aggiungere che sebbene, ai sensi del paragrafo 2 dell'articolo 43 della direttiva 2013/32, tali richiedenti siano, in linea di principio, liberi di entrare nel territorio dello Stato membro interessato entro un siffatto termine di quattro settimane, il paragrafo 3 di tale articolo autorizza cionondimeno tale Stato membro a limitare la loro libertà di movimento ad una zona situata nelle vicinanze delle sue frontiere o delle sue zone di transito, in conformità all'articolo 7 della direttiva 2013/33»⁴³.

A questo riguardo una modifica della norma interna da parte del legislatore appare ineludibile, stante sia l'oggettiva differenza delle locuzioni terminologiche sia, soprattutto, la diversa considerazione dell'impossibilità di trattazione delle procedure di frontiera ai fini del trasferimento in Centri di trattenimento, invece che nei Centri dove normalmente i richiedenti asilo sono accolti. Tali discrasie rendono difficile se non impossibile il loro superamento attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme a quanto disposto dall'ordinamento UE.

5. Risoluzione dei conflitti tra norme nazionali e norme UE: brevi cenni

Nelle pagine precedenti si sono analizzati gli argomenti adottati dal Tribunale di Catania nel decidere per il rigetto della richiesta di convalida di trattenimento, argomenti in gran parte basati sul contrasto tra la normativa nazionale, in particolare l'art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015, come interpretato e applicato dall'autorità amministrativa e il diritto UE, in particolare le direttive accoglienza e procedure, secondo l'interpretazione della Corte di

43. Corte di giustizia, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, cit., punti 243-248.

giustizia. L'analisi svolta conferma tale contrasto: in relazione all'obbligo di motivazione, ai luoghi del trattenimento e all'avvio dell'esame della domanda di protezione, l'art. 6-bis è lacunoso; in relazione alle misure alternative al trattenimento, consegna del passaporto e garanzia finanziaria, la non conformità dipende dalla loro disciplina specifica e dalla loro pratica inapplicabilità.

In caso di contrasto tra norma nazionale e norma UE, intervengono diversi strumenti di risoluzione del conflitto, dei quali qui si possono considerare solo i tratti essenziali e con particolare riferimento al ruolo del giudice nazionale⁴⁴. Come ripetutamente affermato dalla Corte di giustizia, spetta primariamente al legislatore rimuovere eventuali difformità che possano ostacolare l'applicazione delle norme UE e, dunque, il raggiungimento del loro effetto utile. In mancanza, tutte le autorità statali, sia amministrative sia giurisdizionali, devono fare tutto ciò che rientra nel loro potere per interpretare e applicare la norma interna in conformità alla norma UE.

Ciò significa che le stesse autorità amministrative devono e possono adeguare la propria prassi a quanto previsto dalla direttiva, soprattutto relativamente al riconoscimento delle garanzie ivi previste; non significa che questo sollevi il legislatore dal proprio obbligo di adeguamento, ma intanto ciò consente di riconoscere i diritti conferiti alle persone da una direttiva non correttamente attuata.

Nel caso in cui l'amministrazione non si conformi, anche il giudice eventualmente adito, come in questo caso, dovrà e potrà, laddove possibile, interpretare la normativa interna in modo conforme a quella dell'Unione europea⁴⁵. In questo caso, il provvedimento amministrativo che risulti in contrasto con la norma interna interpretata in modo conforme a quella UE dovrà essere disapplicato, in quanto atto in contrasto con la legge, a sua volta interpretata in modo conforme alla norma UE.

Nel caso in cui l'interpretazione conforme non sia possibile, perché il dato testuale non consente una tale operazione "di salvataggio" della norma interna, il giudice dovrà interrogarsi sulla idoneità della norma UE a produrre effetti diretti, vale a dire se sia chiara, precisa e incondizionata⁴⁶. Tale idoneità riguarda le singole disposizioni di un atto normativo – nel caso di specie, una direttiva – e presuppone necessariamente un'attività interpretativa che il giudice svolge assumendo la veste del giudice dell'ordinamento UE, adottando i criteri interpretativi più volte precisati dalla Corte di giustizia⁴⁷. Se all'esito di questa attività interpretativa, in linea con i criteri ermeneutici del diritto UE, il giudice giunge alla conclusione che la norma *prima facie* non chiara può ragionevolmente considerarsi chiara, sufficientemente precisa e incondizionata da produrre effetti diretti, quello stesso giudice deve disapplicare la norma interna con essa in contrasto e applicare la norma UE rilevante o altra norma nazionale sempre rilevante (nel nostro caso, ad esempio, potrebbe disapplicare l'art. 6-bis e applicare l'art. 6 del d.lgs. 142/2015).

Nel caso, invece, in cui il giudice nutrisse dubbi in merito all'idoneità della norma a produrre effetti diretti, dovrebbe rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso lo strumento del

44. Si rinvia alla corposa opera curata dalla Scuola superiore della magistratura, *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, resa disponibile, a partire dal 17 ottobre 2023, nel sito della Scuola, www.scuolamagistratura.it.

45. A. Circolo, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in Scuola superiore della magistratura, *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, cit.

46. D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, Giuffrè, 2018. Corte di giustizia, sentenza del 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*, punto 23.

47. Corte di giustizia, sentenze del 6 ottobre 1982, *Cilfit*, 283/81, cit., punti 13-21; 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management*, cit., punti 39-49.

rinvio pregiudiziale. Si consideri tuttavia che, in base all'art. 267 TFUE, è solo il giudice di ultima istanza, quello le cui decisioni non sono più impugnabili, che, salvo alcune eccezioni, ha l'obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia. Al giudice non di ultima istanza è invece riconosciuta una facoltà di sollevare il rinvio pregiudiziale: si accetta che un'erronea interpretazione del diritto UE occorsa nei primi gradi del giudizio possa essere eventualmente rimediata nei successivi gradi di giudizio⁴⁸.

La prassi di più di mezzo secolo di vigenza dell'ordinamento giuridico UE ha offerto assai numerosi casi di applicazione di queste regole basilari. Anche nel diritto degli stranieri, pur trattandosi di una delle competenze di più recente attribuzione all'Unione, si sono verificati casi molto interessanti: celebre quello della direttiva rimpatri, alla quale l'Italia non aveva dato, per esplicita volontà governativa, alcuna attuazione⁴⁹. Così, alla scadenza del termine di attuazione sono emersi orientamenti diversi tra i giudici di primo grado: disapplicazione della norma interna in contrasto con quella UE, rinvio alla Corte di giustizia e rinvio alla Corte costituzionale. In quei casi, le sentenze della Corte di giustizia hanno confermato quanto disposto da quei giudici che, in prima istanza, avevano disapplicato la disposizione nazionale in questione, una norma penale, determinando la scarcerazione delle persone detenute per un reato in contrasto con la direttiva UE⁵⁰.

La non applicazione della norma interna da parte del giudice nazionale è strumento dirompente, che consente al singolo di vedersi riconosciuto un diritto immediatamente, senza dover attendere l'azione adeguatrice del legislatore o l'intervento delle Corti supreme e al contempo di riconoscere effettività al diritto UE, che di quella situazione soggettiva è la fonte⁵¹. Al contempo, la disapplicazione ha effetti solo nel caso di specie e non può in alcun modo incidere sull'esistenza nell'ordinamento interno della norma disapplicata, che continua ad essere in vigore e ben può essere applicata in altri casi, con impatto negativo sulla certezza del diritto. Certezza del diritto che è un valore primario di un ordinamento giuridico basato sullo Stato di diritto e che deve essere perseguita e realizzata attraverso l'intervento correttivo del legislatore, ma anche non precludendo al giudice di applicare una norma UE produttiva di effetti diretti.

Nel caso di specie, i decreti di trattenimento non sono stati convalidati dal giudice di prima istanza, in quanto ritenuti adottati in base ad una norma non conforme alla direttiva UE ed essi stessi non conformi a questa normativa. Il giudice, sulla base di varie argomentazioni, ha ritenuto la norma UE sufficientemente chiara, precisa e incondizionata da non richiedere l'intervento della Corte di giustizia in via pregiudiziale. È ragionevole ritenere che la tempistica della procedura possa aver influito nell'adozione di questa decisione. Si consideri che la convalida deve essere resa nei tempi strettissimi scanditi dall'art. 13 Cost. ed il trattenimento nella procedura di frontiera non può durare più di

48. P. Di Pasquale, B. Nascimbene, *Il diritto dell'Unione europea e il sistema giurisdizionale. La Corte di giustizia e il giudice nazionale*, in *Eurojus*, 2023, n. 4; R. Mastroianni, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, tra tutela dei diritti e tenuta del sistema*, in *Annali AISDUE*, 1 febbraio 2021; A. Tizzano, *Il rinvio pregiudiziale e la prassi dei giudici italiani*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, n. 2, p. 403 ss.; A. Adinolfi, *Rinvio pregiudiziale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, vol. V, pp. 5312-5323.

49. Sia permesso il rinvio al nostro, C. Favilli, *L'attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, 2011, pp. 693-730.

50. F. Viganò, L. Masera, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, n. 2, pp. 560-596.

51. I. Anrò, J. Alberti, *Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale*, in *Scuola superiore della magistratura, Il diritto europeo e il giudice nazionale*, cit., p. 51 ss.; *ex multis*, si v. Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, C-573/17, *Poplawski*, EU:C:2019:530, punti 53 ss.

quattro settimane. Anche se fosse stato richiesto il rinvio pregiudiziale d'urgenza e la Corte l'avesse concesso, i tempi medi di trattazione sono di circa tre mesi⁵². Attraverso le misure cautelari, il giudice nazionale può sospendere il giudizio *a quo* e regolare le questioni giuridiche delle persone coinvolte nel procedimento, ma se il giudice non nutre un dubbio, può esso stesso disapplicare la norma interna ritenuta non conforme a quella UE; come già detto, il sistema giurisdizionale integrato tra giudici nazionali e Corte di giustizia tende a favorire la decisione autonoma da parte del giudice non di ultima istanza, ponendo un obbligo di rinvio pregiudiziale solo sulla giurisdizione di ultima istanza, eventualmente rimediando in quella sede all'eventuale errore di diritto commesso dal giudice non di ultima istanza⁵³.

È stato inoltre autorevolmente affermato che:

«[a] parte le due ipotesi menzionate al paragrafo precedente, nelle quali il rinvio pregiudiziale è obbligatorio, in tutti gli altri casi esso rappresenta una facoltà di cui tutti i giudici degli Stati membri hanno il diritto di avvalersi in caso di dubbi di interpretazione di un atto dell'Unione che essi debbano applicare per risolvere una controversia. In effetti, in molti casi tale rinvio, pur non obbligatorio, è opportuno e, di fatto, necessario. Naturalmente se il giudice nazionale decidesse, in questi casi, di non effettuare il rinvio, la situazione potrà ancora essere corretta in sede di impugnazione o nel giudizio di ultima istanza. Va però detto che la propensione da parte dei giudici di merito a rivolgersi alla Corte di giustizia è altissima e talvolta persino eccessiva, nella misura in cui i giudici girano alla Corte questioni irricevibili o che concernono non l'interpretazione, ma la mera applicazione del diritto dell'Unione»⁵⁴.

Vi sono dunque casi nei quali, pur non essendo obbligatorio rivolgersi alla Corte di giustizia, il rinvio potrebbe essere opportuno. Impossibile però individuare criteri oggettivi per determinare tale opportunità e applicabili in tutte le materie. Di certo c'è solo che il giudice non di ultima istanza che non ritenga tale rinvio opportuno, può astenersi dal sollevarlo e può disapplicare la norma interna in contrasto con la norma UE ritenuta produttiva di effetti diretti. Sarà poi il giudice dell'appello o di cassazione che potrà – e in taluni casi dovrà – rivolgersi alla Corte di giustizia.

In chiusura del presente scritto si è appreso da un comunicato stampa della Presidenza del Consiglio che il Governo ha presentato un ricorso avverso il decreto qui in commento, di fronte alla Corte di cassazione, chiedendo anche una decisione a Sezioni unite. Spetterà dunque alla Corte di cassazione interpretare la tenuta del testo normativo italiano e della richiesta di convalida del trattenimento rispetto alla normativa UE rilevante ed eventualmente interrogarsi sulla possibilità di interpretazione conforme o sulla idoneità delle norme UE a produrre effetti diretti.

La Corte di cassazione potrebbe anche decidere di rivolgersi alla Corte di giustizia, soprattutto nel caso in cui una delle parti del giudizio lo chiedesse, ma potrebbe anche rivolgersi alla Corte costituzionale invece che, o prima che, alla Corte di giustizia. Anche in relazione alla decisione su quale Corte investire prioritariamente, possono intervenire

52. S. Marinai, *Il procedimento pregiudiziale d'urgenza: un bilancio alla luce della più recente prassi applicativa*, in *Eurojus*, 2019, n. 4, <https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/marinai1.pdf>.

53. M. Condinanzi, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" e il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 295 ss.

54. L.S. Rossi, *Un dialogo da giudice a giudice. Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Quaderni AISDUE*, 23 maggio 2022.

ragioni di opportunità che spetta al giudice compiere. Tra queste ragioni vi è senz'altro anche l'idoneità delle sentenze della Corte costituzionale a produrre effetti *erga omnes*, a beneficio del principio della certezza del diritto. Tuttavia, ci pare che, nell'attuale assetto della doppia pregiudizialità come definito dalla Corte costituzionale a partire dal 2017, se la Corte di cassazione volesse rivolgersi alla Corte costituzionale, dovrebbe prospettare una questione relativa alla tutela dei diritti fondamentali garantiti nella nostra Costituzione, in ipotesi lesi dalle norme UE e/o dalla legislazione nazionale di attuazione⁵⁵. Una questione che non emerge nel decreto in commento, se non nel punto finale nel quale si richiama l'art. 10, co. 3, della Costituzione, ma che ci pare inserita *ad abundantiam*, dopo avere già accertato il contrasto della norma nazionale con quella UE e non mantenuta nei successivi decreti.

La questione potrebbe porsi in un futuro non troppo lontano, alla luce dell'imminente prospettiva di riforma del sistema europeo comune di asilo che poco o nulla cambierà in termini di solidarietà tra Stati membri, ma molto in termini di responsabilità degli Stati di frontiera esterna, con la generalizzazione delle procedure di frontiera e del connesso trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, rendendo ancora più gravoso il compito delle autorità statali coinvolte, chiamate a garantire diritti fondamentali in tempi molto ristretti.

55. Tra i più recenti contributi sul tema della doppia pregiudizialità si segnalano G. Amoroso, *La "doppia pregiudiziale" e l'individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia cui il giudice può rivolgersi "in prima battuta"*, in *Il Foro italiano*, n. 1, 2022, p. 2 ss.; a. Cardone, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1. 1/2020; A. Cosentino, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020; T. Epidendio, *Il giudice nazionale e la Corte costituzionale: la doppia pregiudizialità*, in *Scuola superiore della magistratura*, cit., p. 271 ss.; D. Gallo, G. Piccirilli, *Italian Journal of Public Law, Special issue on Dual Preliminary through National, EU and Comparative Case Law*, n. 1/2023; N. Lazzarini, *Lunga vita alla disapplicazione immediata (se non si tratta di doppia pregiudizialità): riflessioni a margine della sentenza n. 67/2022 della Corte costituzionale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2022, n. 3; Id., *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, 2020, pp. 1-14; C. Masciotta, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. 3/2020; M. Massa, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019; G. Repetto, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, n. 2/2022; A. Ruggieri, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021; F. Spitaleri, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 729 ss.