

Una riserva di amministrazione per l'accertamento di un Paese come sicuro ai fini del rimpatrio di un migrante *

di

Agatino Cariola**

La vicenda Albania – chiamiamola così – presenta più profili di interesse. Qui se ne vuole indicare uno che ha a che fare con l'impianto sistematico dell'ordinamento costituzionale, almeno per come lo conosciamo e per come ancora esso si afferma nell'area occidentale.

I decreti del Tribunale di Roma (nei procedimenti 42251 e 42252/2024) - e che hanno accolto le domande dei due immigrati, rispettivamente egiziano e bengalese, i quali lamentavano il trasferimento nella struttura albanese per il respingimento alla frontiera in applicazione del d.lgs. n. 25/2008 e del Protocollo con la Repubblica d'Albania oggetto della l. n. 14/2024 - si sono fondati su due argomentazioni intrinsecamente connesse.

La prima è riferita alla ricostruzione della disciplina di fonte normativa nazionale ed eurounitaria ed al richiamo della nota sentenza della Corte di giustizia europea 4 ottobre 2024 in causa C-406/22 su richiesta di un giudice ceco. Questo è stato l'argomento di fondo cui è stato dedicato maggior rilievo nei commenti dottrinali ed anche nel dibattito politico.

L'altro riferimento delle due decisioni è, però, costituito dall'esito dell'istruttoria svolta dal Governo italiano e riassunta nelle cd schede-Paese redatte dal Ministero degli esteri, ed in base alle quali l'Egitto ed il Bangladesh non possono essere

* Rielaborazione dell'intervento svolto ad un incontro di studiosi sul decreto legge n. 158/2024, cd Paesi sicuri, svoltosi su web il 4 novembre 2024, organizzato dal Consiglio Italiano per i Rifugiati, coordinato da Maria Agostina Cabiddu e Roberto Zaccaria, e disponibile su www.radioradicale.it.

**Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Catania.

ritenuti Paesi sicuri per tutti ed in tutte le loro parti. Il Tribunale di Roma non ha potuto non rilevare che «*il Paese di origine del trattenuto [Egitto], nelle conclusioni della scheda-Paese dell'istruttoria del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale per l'aggiornamento del sopra menzionato decreto interministeriale, basata su informazioni tratte da fonti qualificate di riferimento, è definito Paese di origine sicuro ma con eccezioni per alcune categorie di persone: oppositori politici, dissidenti, difensori dei diritti umani o coloro che possano ricadere nei motivi di persecuzione di cui all'art. 8, comma 1, lettera e) del D.lv. 19 novembre 2007, n. 251*». Analogamente per il Bangladesh è stato notato che anch'esso prevede «*eccezioni per alcune categorie di persone: appartenenti alla comunità LGBTQ+, vittime di violenza di genere incluse le mutilazioni genitali femminili, minoranze etniche e religiose, accusati di crimini politici, condannati a morte, sfollati climatici*».

Il ragionamento del Tribunale romano dovrebbe essere considerato pressoché ovvio: il d.lgs. n. 25/2008, sulla base della normativa europea, e come ancora modificato dal decreto legge cd Cutro, n. 20/2023, conv in l. 50/2023, dispone all'art. 28-*bis*, come riscritto appunto dal decreto Cutro, che la procedura accelerata di respingimento alla frontiera – sulla base della quale si è pensato di spostare in Albania anziché ad una delle strutture presenti nel territorio italiano la gestione dei migranti in attesa della decisione su di essi - possa essere seguita solo se il Paese di origine e quindi di destinazione sia sicuro in tutte le sue parti e per tutti i residenti. Il Ministero degli esteri predispone la scheda-Paese per la qualificazione come sicuri dei Paesi di origine. L'esito dell'istruttoria confluisce nel decreto adottato dallo stesso Ministro di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia (art. 2-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 25/2008). L'espulsione alla frontiera non può essere adottata per quei migranti da rimpatriare in Paesi che le autorità pubbliche italiane riconoscono pienamente non sicuri.

Il punto non è passato inosservato ai tecnici del Governo, i quali hanno riscritto la disciplina del d.lgs. n. 25/2008, che è pure in attuazione della direttiva 2005/85/CE sulle procedure per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Il d.l. 23 ottobre 2024, n. 158, ha indicato direttamente l'elenco dei Paesi sicuri in modifica dell'art. 2-*bis*

del d.lgs. n. 25/2008; ha escluso che un Paese possa essere considerato non sicuro anche se parti del suo territorio non lo sono; ha pure previsto che l'elenco dei Paesi di origine sicuri sia aggiornato periodicamente «*con atto avente forza di legge*», notificato alla Commissione europea.

In maniera contraddittoria, per quanto qui rileva, ma nel necessario richiamo della normativa europea ed in particolare della direttiva 2013/32/UE, si è prescritto che i Paesi oggi considerati sicuri ed indicati appunto nel decreto legge lo sono «*in applicazione dei criteri di qualificazione stabiliti dalla normativa europea e dei riscontri rinvenuti dalle fonti di informazioni fornite dalle organizzazioni internazionali competenti*»; e sono stati conservati i criteri per la qualificazione di un Paese come sicuro. In particolare si sono mantenuti i criteri di valutazione per considerare sicuro il Paese di origine, cioè l'apprezzamento delle pertinenti disposizioni normative e la loro applicazione; il rispetto dei diritti e delle libertà come garantiti dalla Cedu, dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, dalla Convenzione ONU contro la tortura; il rispetto del principio dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati e, quindi, il divieto di espulsione e rinvio al confine di «*un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche*»; l'esistenza di un sistema di tutela effettiva avverso le violazioni dei diritti. È stata conservata anche la disposizione che «*la valutazione volta ad accertare che uno Stato non appartenente all'Unione europea è un Paese di origine sicuro si bas[i] sulle informazioni fornite dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo, che si avvale anche delle notizie elaborate dal centro di documentazione di cui all'articolo 5, comma 1, nonché su altre fonti di informazione, comprese in particolare quelle fornite da altri Stati membri dell'Unione europea, dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti*», alle quali è stata aggiunta l'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo.

A questo punto il primo problema cui prestare attenzione attiene al fatto se il d.l. n. 158, a parte la proclamazione di essere «*in applicazione dei criteri di qualificazione*» dei

Paesi sicuri siccome stabiliti dalla disciplina europea e riscontrati con le fonti di informazione internazionali, sia stato effettivamente preceduto dalla necessaria istruttoria pur prevista dai conservati commi 2-5 del riscritto art. 2-bis del d.lgs. n. 25. Deve notarsi che la riscrittura del primo comma della disposizione da ultimo citata (sono sicuri i Paesi così definiti dal decreto legge) si scontra con il resto dell'articolo che, invece, richiede l'istruttoria come per ogni provvedimento amministrativo e non per un atto di volizione politica quale dovrebbe essere la legge.

In particolare, poi, la decisione sempre del decreto legge di considerare sicuri l'Egitto ed il Bangladesh contraddice le schede-Paese predisposte dal Ministero degli esteri e citate nei decreti del Tribunale di Roma. Insomma, la decisione legislativa sembrerebbe contraddire l'accertamento del dato di fatto operato dalla stessa struttura ministeriale ancora nel maggio 2024. Il che è l'ipotesi classica – di scuola ma non troppo – della norma di legge in contrasto con la natura e/o la realtà, con quanto ciò comporta in termini di validità della norma medesima.

Il problema posto dal d.l. n. 158 sta, però, nella volontà di legificare (secondo lo stesso termine utilizzato dal Servizio studi del Senato) l'individuazione dei Paesi di origine sicuri, mediante la loro indicazione con atto avente forza di legge e, per giunta, da aggiornare sempre con fonte normativa di rango primario.

L'ordinanza del Tribunale di Roma 11 novembre 2024, adottata nel giudizio iscritto al rg n. 46690/2024, ha sollevato alla CGUE questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE e le ha chiesto *«di pronunciarsi sin d'ora, ed una volta per tutte, con efficacia erga omnes, sul primo quesito pregiudiziale, interpretando il diritto dell'Unione nel senso che esso osta a che la designazione dei Paesi di origine sicuri sia affidata ad un atto normativo primario, avente forza e valore di legge»*, perché l'intervento dell'atto di normazione primaria potrebbe produrre *«il risultato che la designazione del Paese di origine sicuro potrebbe avvenire anche derogando tacitamente alla disciplina generale e quindi senza rispettare i criteri da quest'ultima stabiliti»*.

Il problema circa la legittimità dell'intervento di fonti normative di rango primario ovvero di atti amministrativi è, quindi, estremamente attuale.

Nella decisione del Governo siccome espressa dal d.l. n. 158 sembra di assistere ad un percorso che la dottrina costituzionalistica ha sempre stigmatizzato, e cioè che, in una versione semplicistica ed utilitarista della stessa teoria gradualistica delle norme, quanto non può essere fatto con atto amministrativo viene adottato con legge e quanto non può essere deciso con legge ordinaria è normato da legge costituzionale. E ciò a prescindere dai vincoli di contenuto sostanziale a carico di ogni disciplina, fosse pure quella di grado più elevato.

Il riscritto art. 2-bis, al comma 4-bis, stabilisce per il futuro che l'aggiornamento dei Paesi di origine sicuri vada fatto «con atto avente forza di legge», a vincolare il futuro legislatore. Si tocca qui il classico problema di una legge ordinaria che pretende di vincolare le leggi future, almeno in ordine alla fonte da adottare ed alla procedura da seguire.

Il *parterre* di disposizioni di tal tipo si arricchisce di continuo. Senza pretesa di esaustività per anni il modello è stato rappresentato dalla l. n. 4/1929, sulla repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, e che prevedeva che le sue disposizioni, ed quanto la stessa non provvedesse, «*quelle del Libro primo del Codice penale [del 1911?], non [potessero] essere abrogate o modificate da leggi posteriori concernenti i singoli tributi, se non per dichiarazione espressa del legislatore con specifico riferimento alle singole disposizioni abrogate o modificate*». Poi è intervenuta la l. n. 142/1990, confluita nel d.lgs. n. 267/2000, in base alla quale ed «*ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione, le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe ai principi della presente legge se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni*». Lo Statuto del contribuente, la l. n. 212/2000, prevede anch'esso che le sue disposizioni «*possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali*»; si è aggiunto che anche le leggi interpretative debbono autoqualificarsi e che le leggi retroattive sono vietate, anche se almeno quest'ultima previsione sembra avere carattere ricognitivo di un principio che trova fondamento nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica e nella certezza del diritto. Più contenuto il codice dei beni culturali, d.lgs. n. 42/2004, che all'art. 183 rafforza solo i «*principi*» del codice, da modificare in maniera espressa: il che significa a rigore che singole

discipline, specie di carattere procedurale, possono essere mutate/derogate/abrogate anche in via implicita o tacita. Applicazione sta avendo la cd riserva di codice stabilita dal d.lgs. n. 21/2018, che ha introdotto l'art. 3-bis del codice penale a tenore del quale nuove fattispecie in incriminatrici debbono essere contenute appunto nel codice o «*in leggi che disciplinano in modo organico la materia*». Già il d.lgs. n. 21/2018 e poi la legge n. 22/2022 sui reati contro il patrimonio culturale hanno operato secondo un criterio di coerente razionalizzazione.

Nel campo del pubblico impiego, il d.lgs. n. 546/1993, intervenendo sul d.lgs. n. 29/1993, prevedeva che le modificazioni legislative fossero efficaci solo sino alla prossima tornata contrattuale, giacché la fonte negoziale riprendeva per intero la competenza a regolare la materia tranne per i settori nei quali la legge disponesse espressamente in senso contrario. Ma la disposizione non ha resistito: prima il d.lgs. n. 80/1998 e poi l'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001 prevedono solo la possibilità della contrattazione collettiva di riprendersi il campo materiale sottrattole dalla legge, secondo una normale successione di norme nel tempo.

È significativo che regole di tal fatta sono stabilite a proposito del livello della legislazione ordinaria, mentre dalla prospettiva gradualistica delle norme sarebbero pressoché naturale fissarle per le fonti sotto-ordinate: il che significa che il legislatore ordinario, per un verso, quasi accetta il carattere provvedimentale della legge anche per il ruolo che in tal modo gli si fa assumere di strumento di selezione degli interessi e di ricerca del consenso; per altro verso esalta il potere della legge sopra ed al di là di ogni limite.

Eppure, tutte siffatte previsioni non reggono alla considerazione che l'art. 70 Cost. assegna alle Camere la funzione legislativa, cioè il potere se non di "fare e disfare", certamente quello di innovare di continuo con i limiti segnati dalla stessa Costituzione. La legge, in altri termini, non può limitare e/o vincolare la stessa fonte legge, perché ciò significherebbe in qualche modo incidere sull'efficacia dell'art. 70. Può aggiungersi che istanze di carattere sistematico (e, quindi, di ordinata normazione) sono fondate sul criterio di razionalità che può trarsi da una versione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 e, quindi, sempre basate sulla

Costituzione, di modo che disposizioni “stonate” rispetto al sistema sono di per sé invalide. Ma alla fine le previsioni che pretendono di vincolare le leggi successive (ché di questo si tratta) rimangono sul piano dei criteri rivolti all’interprete-operatore il quale, in loro applicazione, può ritenere l’abrogazione e/o modifica della precedente disposizione di legge solo quale soluzioni ultime ed obbligate le volte in cui sono impossibili interpretazioni adeguatrici tra norme in obiettivo contrasto.

La disciplina del d.l. n. 158/2024 si pone su un piano diverso da quello delle norme citate, perché essa pretende di intervenire sul sistema delle fonti e non solo di dettare criteri di interpretazione. Il decreto legge può essere certamente modificato in futuro, ma per l’istante esso vuole essere di sistema, per così dire, ed attrarre nell’ambito proprio della normazione primaria la decisione su un dato tema, che è per l’appunto quello della qualificazione di un Paese come sicuro oppure no dal punto di vista delle condizioni minime di un ordinamento democratico.

Ed è quello che la legge non può fare, dettare cioè regole sulla sua collocazione nel sistema delle fonti e disporre della sua forza, perché ciò significa incidere sull’art. 70 Cost. Ancor meno questo può essere fatto da un decreto legge, atto destinato a provvedere sulle situazioni di urgenza, e quindi privo del carattere di sistema. Sono queste conclusioni che si rinvergono in ogni trattazione sulle fonti del diritto. Non si vede perché non dovrebbero valere nell’occasione.

Sotto un primo profilo, o per meglio dire ad un primo acchito, il mutamento della fonte – da amministrativa a legislativa – non dovrebbe cambiare più di tanto lo stato della vicenda: un decreto interministeriale, o anche un decreto del presidente del consiglio se un giorno si decidesse di attribuirgli la competenza, sarebbero suscettibili di sindacato giurisdizionale ed in quella sede si dovrebbe verificare la correttezza dell’istruttoria condotta e la fondatezza dell’accertamento effettuato. La norma di legge, anche se contenuta in un decreto legge, sarebbe giudicabile ed annullabile dalla Corte costituzionale per lo stesso motivo. Nel frattempo, investito della questione di legittimità di un atto di espulsione e nel sollevare il dubbio di costituzionalità della norma a sua base, il giudice ordinario potrebbe sospendere in

via cautelare l'applicazione del provvedimento fondato su una norma sospetta. Se poi si ha a che fare con questioni di diritto eurounitario, potrebbe dirsi che la disapplicazione di atti in suo contrasto è la regola di principio, a prescindere dalla fonte utilizzata nell'ordinamento interno.

Almeno questa dovrebbe essere la conclusione.

Epperò, forse l'idea di legificare (il procedimento e) la decisione sui Paesi sicuri sconta il tentativo di attrarre la materia nell'ambito della scelta politica, per definizione di debole sindacato.

Quasi tra parentesi, è da rilevare che l'attribuzione della cognizione sul trattenimento e l'espulsione dei migranti alla giurisdizione ordinaria per l'inerenza ai diritti fondamentali ha comportato un sindacato intenso sui provvedimenti e sulla disciplina di riferimento più volta sottoposta al giudizio di costituzionalità. L'osservazione che segue non è nemmeno una provocazione, ma il prodotto dell'osservazione pratica. È da interrogarsi, infatti, cosa sarebbe avvenuto se la competenza fosse stata data al giudice amministrativo, perché in ipotesi del genere, come quando ha a che fare con provvedimenti in materia di ordine pubblico, è probabile che tale giudice avrebbe esercitato un sindacato debole o estrinseco, estremamente limitato, perché volto solo a controllare dall'esterno l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Il giudice ordinario esamina direttamente il fatto e decide; quello amministrativo si limita spesso ad esaminare la decisione presa da un soggetto che si assume competente esclusivo e del quale vanno stigmatizzate solo le manifestazioni più estreme e tutto sommato marginali. E poi – lo si riconosca serenamente giacché dà la chiave di lettura di taluni orientamenti giurisprudenziali – il magistrato amministrativo è più presente nei gabinetti e negli uffici legislativi dei ministeri che non nelle aule di giustizia: la sua preoccupazione è di non delegittimare la scelta del potere pubblico, almeno nelle vicende di più elevato interesse. È significativo che la codificazione del processo amministrativo nel 2010 abbia riportato alla luce la nozione di «atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico» (art. 7 d.lgs. n. 104/2010), rinverdendo l'espressione dell'art. 31 del rd n. 1054/1924, che chi ricorda il Vittorio Bachelet del

1966 considerava abrogata o, almeno, da ritenere di applicazione estremamente limitata. Per quanto di applicazione assolutamente marginale, la previsione richiamata ha una portata di principio non indifferente perché ispira e conferma la tendenza a fare del principio di autorità la chiave di soluzione di tante vicende. Ora la decisione di qualificare un Paese come sicuro – *id est*: democratico – sarebbe per definizione esercizio di potere politico, attinente al cd potere estero e, quindi, dal sindacato limitato.

Ecco il punto. La Corte Suprema americana ha qualificato spesso come *political question* vicende relative ai *foreign affairs*. Le citazioni potrebbero essere tante ed è evidente che, a prescindere dalla soluzione data ai singoli casi, il potere estero è quello che, legato oltretutto alla difesa dello Stato, si presta più di altri ad essere attribuito al Governo. E si tratta di una dinamica comune agli ordinamenti, compreso quello italiano.

Allora, dietro la legificazione della materia vi è probabilmente l'obiettivo di politicizzare la decisione e di estendere la discrezionalità del Governo. Di questo intento è prova il fatto che l'introdotta comma 4-bis dell'art. 2-bis discorre semplicemente di aggiornamento periodico «con atto avente forza di legge», e non di legge ed atti aventi forza di legge, ad instar dell'art. 134 Cost., appunto perché l'attenzione è subito volta all'atto normativo per eccellenza del Governo, cioè il decreto legge. Il tentativo, insomma, è di adottare una decisione politica per antonomasia, rispetto alla quale varrebbe per l'appunto il limite della *political question* ovvero nel nostro ordinamento della discrezionalità del legislatore riconosciuta dall'art. 28 della l. n. 87/1953 e rispetto alla quale lo stesso sindacato della Corte costituzionale dovrebbe arretrarsi.

Chi ha scritto il decreto legge, insomma, ha inteso farne una questione tutta politica se non di scontro con presunti oppositori all'azione del Governo, e con l'attenzione ai riflessi istituzionali sui possibili organi chiamati a valutare la legittimità dell'operazione.

Si ritorna così alla posizione di partenza: se la definizione di un Paese come sicuro o meno, e quindi la stessa qualificazione delle condizioni di sicurezza, o meglio di

libertà al suo interno per le minoranze razziali, politiche, religiose, sessuali, ecc., sono il prodotto di un'istruttoria necessariamente amministrativa ovvero il frutto di una decisione tutta politica quale dovrebbe essere quella espressa dalla legge, atto politico per eccellenza.

L'art. 38 della direttiva 2013/32/UE non indica i Paesi sicuri, ma assegna agli Stati di valutare le condizioni di sicurezza esistenti nei Paesi non aderenti all'Unione. Per l'art. 37 gli Stati possono mantenere in vigore o introdurre una normativa che consenta di designare a livello nazionale i Paesi di origine sicuri. L'Allegato 1 della stessa direttiva detta, poi, criteri per siffatta qualificazione. Ma non è ovviamente detto nulla nella direttiva europea su quale organo all'interno degli Stati dovrebbe applicare i criteri indicati e definire un Paese come sicuro.

Al problema, allora, va data una risposta di carattere sistematico in coerenza con i principi che reggono uno Stato democratico di diritto.

Da più parti, e correttamente, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano si è ricordato che l'art. 10 Cost. attribuisce diritto di asilo al singolo individuo le cui libertà fondamentali quali riconosciute nella stessa Costituzione non sono garantite nel Paese di origine. Ora, può discutersi all'infinito sulla qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive, ma di fronte al diritto attribuito ad una persona (ed anche ad intenderlo assimilato ad un interesse legittimo) non può esserci la mera discrezionalità politica del *volo quia volo*, semmai la discrezionalità che segue all'accertamento del fatto secondo lo schema dell'esercizio di un potere amministrativo nei limiti e secondo i criteri della preesistente regola.

Insomma, la qualificazione delle condizioni di democraticità di un ordinamento non è il prodotto di una decisione politica, ma di un accertamento di fatti. La Costituzione italiana detta i contenuti della democrazia e li rende indisponibili persino alla revisione (art. 139, come riletto dalla nota sentenza 1146/1988), l'art. 10 presuppone i "fatti" di un sistema democratico quale il nostro e, all'opposto, di un ordinamento illiberale, li mette in confronto ed applica la situazione qualificata come dato reale alle persone in cerca di libertà. La valutazione di un ordinamento

come Stato di diritto non è affatto politica, cioè a dire prodotto di una decisione di maggioranza, ma è l'esito di un accertamento di fatto.

Non sia un gioco di parole, ma la valutazione/constatazione di un regime come democratico o no, può anche qualificarsi decisione politica nel senso che è così intensamente oggettiva da essere condivisa da tutti i soggetti politici o, almeno, da quelli che si muovono entro le coordinate costituzionali. Ed a questo punto è anche decisione spoliticizzata, appunto perché "ecumenica" ed approvata da tutti.

Deve aggiungersi che la qualificazione di un oggetto a titolo singolo è tipico del provvedere e non del prevedere, per utilizzare una terminologia consueta per la distinzione tra normazione ed amministrazione. Si vuol dire che la decisione specifica ed individuale è propria dell'amministrazione e non della legge, è di competenza dell'amministratore e/o del giudice e non del legislatore politico.

L'insegnamento della sentenza *Chadha* del 1983 (*INS v. Chadha*, 462 U.S. 919) è di interesse non solo per i cultori del diritto statunitense, ma per tutti i sistemi giuridici che accolgono il principio di separazione dei poteri. Essa indica che allorquando si tratta di decidere su singole vicende, deve intervenire l'amministrazione.

Ora, siffatto esito è necessario per gli ordinamenti ispirati appunto dal principio di separazione ed è assolutamente generalizzabile.

In Italia la riflessione sulla riserva di amministrazione sconta molte volte l'assuefazione al fatto compiuto di leggi provvedimento che intervengono ad ogni pie' sospinto e su tanti oggetti. Spesso, poi, manca il soggetto che potrebbe dolersi in maniera differenziata da tutti gli altri di leggi che esauriscono i loro effetti in vantaggi attribuiti a qualcuno. Altre volte si avverte che le modalità di proposizione del giudizio costituzionale ed i suoi tempi non si prestano a far venir meno l'assetto di interessi anche rilevanti.

Eppure, quella del fatto compiuto non può essere la logica del diritto.

Sulle orme della lezione di Mario Nigro la riserva di amministrazione è spesso riportata all'esigenza di apprestare soluzioni adeguate alla situazione di fatto, e

quindi, di assicurare l'efficienza dei servizi pubblici (espressione comprensiva di tutte le attività pubbliche) in ossequio al principio di buon andamento.

La riflessione può essere continuata. La distinzione tra la fissazione di norme e/o di criteri e la loro applicazione attiene ai presupposti dello Stato di diritto il quale (più che assegnare ad un soggetto la competenza esclusiva ad adottare una decisione) istituisce procedimenti per assumere decisioni e richiede allora quasi di necessità che più soggetti intervengano lungo il circuito che porta alla tutela di taluni interessi e non prescinde dal controllo ad opera di un'autorità giurisdizionale terza ed indipendente. In realtà alla legge spetta la selezione degli interessi da tutelare, che è appunto la decisione politica. La concreta cura di tali interessi non è più di competenza del legislatore, ma di chi deve applicare la norma sotto un controllo giurisdizionale effettivo. La riserva di amministrazione serve a garantire la tutela degli interessi selezionati come pubblici a mezzo dell'istituzione di almeno due circuiti che li riguardano: il procedimento legislativo di selezione ed il suo esito, sindacabili dal giudice costituzionale; ed il procedimento amministrativo di concreta gestione con il relativo risultato, oggetti di controllo da parte di un diverso giudice (non importa stabilire se sia quello ordinario o quello amministrativo).

Attribuire all'amministrazione l'istruttoria e l'accertamento dei fatti risponde quindi all'esigenza di assicurare la migliore tutela degli interessi pubblici qualificati dalla legge appunto attraverso il funzionamento di più percorsi e/o strumenti. L'accertamento dei fatti non ha a che vedere con l'individuazione degli interessi da perseguire: per questo motivo esso è di competenza dell'amministrazione e non del legislatore e risponde alla logica del vero/falso. Parlare di riserva di amministrazione in questa prospettiva comporta anche valorizzare la cognizione giurisdizionale: gli accertamenti compiuti sono a loro volta sindacabili sul versante della loro correttezza ed anzi, appunto perché si tratta di constatare fatti e situazioni, non può esistere alcuno schermo all'esercizio di un controllo giurisdizionale serio ed effettivo che ricostruisca la realtà esistenziale e la ri-accerti.

Alla fine, la necessaria separazione del potere amministrativo da quello normativo è funzionale all'esigenza di tutela dei beni e degli interessi giuridici. Il coinvolgimento di tanti soggetti espressioni di differenti poteri, ognuno dei quali oltretutto alla stregua di diversa legittimazione, dovrebbe assicurare al meglio la cura degli interessi qualificati meritevoli dallo stesso ordinamento.

Tale *ratio* si aggiunge a quella garantista legata sin dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789 al riconoscimento delle libertà.

Sotto tale profilo la separazione dei poteri, poi, sta a fondamento del diritto costituzionale comune, pur richiamato dall'art. 6 TUE, e quindi parte del diritto dell'Unione.

Si è talvolta assuefatti all'idea che le categorie tipiche dell'organizzazione statale non si applicano all'ordinamento eurounitario e si trascura di considerare che almeno alcune dinamiche del costituzionalismo (finora riferito allo Stato) possono essere applicate anche ad esso. Ad esempio, potrebbero essere tratte conseguenze significative dal fatto che il Trattato di Lisbona del 2007 ha introdotto l'espressione di atti legislativi presupponendone la distinzione rispetto a quelli amministrativi ed, ovviamente, alle decisioni giudiziarie adottate dal Tribunale e dalla Corte di giustizia. Per quanto possa essere semplicistica l'osservazione, ciò comporta che il principio di separazione dei poteri - oltre che fondamento del diritto costituzionale comune - è conosciuto dal "costituente" europeo (a definire tale l'autore dei trattati). Ed a questo punto vanno anche definiti gli ambiti propri della legislazione e dell'amministrazione e va dato loro un contenuto. In disparte l'attività giurisdizionale che non può non riguardare il rispetto dei limiti procedurali e sostanziali posti a carico degli atti adottati dai vari organi dell'Unione, insomma, anche nell'ordinamento europeo si tratta di far valere la distinzione tra atti legislativi ed amministrativi. È vero che per l'art. 289 TFUE le istituzioni europee potrebbero decidere di volta in volta l'atto da adottare, ma tale scelta non è assolutamente libera se non altro in considerazione degli organi coinvolti nelle procedure seguite: il che, poi, ha effetti anche sugli organi giurisdizionali da investire delle possibili controversie, giacché la Corte di giustizia rimane

competente in via esclusiva a giudicare in via pregiudiziale sulla validità degli atti dell'Unione ex art. 267.

Il fatto è che – anche per il ricordato riferimento dell'art. 6 TUE alle tradizioni costituzionali comuni – l'ordinamento europeo accoglie la distinzione tra la fissazione di criteri propria dell'attività legislativa e la gestione di interessi concreti e/o l'applicazione dei medesimi criteri: nel che si sostanzia il principio di separazione dei poteri. La decisione riguardante il singolo individuo ovvero la peculiare e specifica vicenda in applicazione di criteri prefissati è sostanzialmente amministrativa e va adottata da organi diversi da quelli preposti alla funzione legislativa.

La direttiva 2013/32/UE sembra accogliere tale impostazione, e non potrebbe non farlo, giacché la stessa sarebbe altrimenti invalida già sotto il versante eurounitario. Insomma, la stessa direttiva pone una riserva di amministrazione in base alla quale l'accertamento dei Paesi di origine sicuri è una decisione appunto amministrativa e niente affatto politica (*id est*: di maggioranza parlamentare/governativa).

Infatti, gli artt. 37 e 38, ma anche l'art. 39, consentono che gli Stati adottino una normativa di loro applicazione, anzi lo esigono. Ma la normativa statale può solo integrare i criteri stabiliti nella direttiva e stabilire le procedure. Infatti, gli Stati «*possono applicare il concetto di paese terzo sicuro solo se le autorità competenti hanno accertato che nel paese terzo in questione una persona richiedente protezione internazionale riceverà un trattamento conforme*» a stringenti criteri (art. 38): il che a sua volta si collega al fatto che la valutazione volta ad accertare che un paese di origine è sicuro si fonda su una serie di informazioni fornite da altri Stati e da organizzazioni internazionali (art. 37). In altri termini, le «*autorità competenti*» dell'art. 38.1 svolgono un'istruttoria sulla base delle informazioni raccolte e solo a seguito di siffatta istruttoria le (ulteriori e diverse) autorità statali possono qualificare come sicuro un Paese d'origine, e ciò significa che l'organizzazione statale deve di necessità articolarsi in più livelli il primo dei quali procede ad un'attività di accertamento dalla quale non può prescindere.

Sempre l'art. 38 subordina l'applicazione del concetto di Paese sicuro da parte delle «*norme stabilite dal diritto nazionale*» al rispetto di taluni contenuti, perché tali norme potrebbero richiedere un legame tra il richiedente ed il Paese terzo sulla base di un criterio di ragionevolezza, indicare il «*metodo mediante il quale le autorità competenti accertano che il concetto di paese terzo sicuro può essere applicato a un determinato paese o a un determinato richiedente*» e sempre in base ad un «*esame caso per caso*». E comunque tali norme debbono essere «*conformi al diritto internazionale per accertare, con un esame individuale, se il paese terzo interessato sia sicuro per un determinato richiedente*».

Per la direttiva 32 le norme statali da far intervenire sono, allora, prescrizioni di metodo e di procedura, che debbono essere applicate da autorità amministrative; non spetta ad esse decidere circa la sicurezza di un Paese, oggetto invece di un accertamento amministrativo svolto anche sulla loro base, oltre che del diritto internazionale ed eurounitario.

Il d.l. n. 158/2024 sorvola del tutto sull'impianto sistematico statale ed europeo: ha inteso forse rafforzarsi con il principio indicato dall'art. 101 Cost. secondo cui i giudici sono soggetti alla legge, ma ha trascurato che tale obbligo cessa allorquando la legge è ingiusta.