

Una replica su immigrazione e diritto amministrativo

18 Ottobre 2023

di **Elisa Cavasino**

Un appello condivisibile nel metodo

Costruire il *diritto dell'immigrazione* senza tenere un atteggiamento *militante* è **un'indicazione di metodo da accogliere**.

Mario Savino rivendica che il diritto dell'immigrazione sia *“un diritto essenzialmente amministrativo”* da non costruire muovendo dalla prospettiva *“individualista [...] del migrante e dei suoi diritti”* quanto, piuttosto, da quella del bilanciamento dei diritti con *“la dimensione collettiva dell'interesse pubblico”*.

In effetti, l'ordinamento rifugge dalla sola prospettiva individualista ed abbraccia quella **personalista** (art. 2 Cost.), che è fatta di **diritti e di doveri, volti ad includere** anche i non cittadini nella comunità ([Corte cost. n. 119 del 2015](#)). La Costituzione mantiene una **strutturale bipartizione** fra **diritto d'asilo** (art. 10 c. 3° Cost.) e condizione giuridica dello straniero (art. 10 c. 2° Cost.), da un lato (cui corrispondono tassative competenze legislative esclusive dello Stato, art. 117 c. 2° Cost. lett. a) Cost.) ed **immigrazione** (art. 117 c. 2° lettera b) Cost.), dall'altro, in cui si esprime *“l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori [...] bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione [...] del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata”* ([Corte cost. n. 250 del 2010](#)).

Ma immigrazione ed asilo intercettano una pluralità di ambiti di ricerca e per questo non condivido l'affermazione che il diritto dell'immigrazione sia un diritto essenzialmente amministrativo. Anzi, forse l'**obiettivo programmatico** di questi studi deve ritornare ad essere, citando il [Manifesto](#) di questo Blog, quello di **“adeguare la cultura del diritto pubblico alla frattura rappresentata dalla Costituzione repubblicana”**.

Lo dimostrano i recenti interventi in materia di asilo e la disciplina della garanzia finanziaria.

Prassi normative distorte in materia d'asilo e il nodo della qualificazione del trattenimento e delle sue “alternative”

Nel diritto dell'Unione il trattenimento in materia di asilo è definito come *“il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della **libertà di circolazione**”* (art. 2 lett. h) dir. 2013/33/UE).

Dato che implica la privazione della libertà di circolazione, esso è *“misura coercitiva ultima”* da comminarsi laddove non siano *“applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive”* e in questo senso il diritto UE prevede *“misure alternative”* ad esso (CGUE Grande Sezione sent. 14.5.2020 C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS*, punti 113, 216, 217, 221, 222).

È alla luce di questo inquadramento che va inteso l'art. 8 c. 4 della direttiva accoglienza (dir. 2013/33/UE) laddove prevede l'ipotesi della **garanzia finanziaria** come **possibile alternativa** alla misura coercitiva “ultima” del **trattenimento**.

Nell'ordinamento italiano, invece, il trattenimento è qualificato come misura limitativa della **libertà personale** (art. 13 c. 2° Cost., [Corte cost. n. 105 del 2001](#) e [Corte cost. n. 222 del 2004](#)).

La disciplina della garanzia finanziaria, che quindi nel nostro ordinamento è “alternativa” ad una limitazione della libertà personale (e non della libertà di circolazione), è stata introdotta con la legge di conversione del decreto legge “Cutro” ([art. 7-bis comma 2 lett. b\) d.l. n. 20 del 2023 conv. con mod. dalla l. n. 50 del 2023](#)).

La legge 50 del 2023 amplia l'originario campo materiale disciplinato dal decreto legge proprio con riferimento alla garanzia finanziaria. Essa abilita il Ministro dell'interno ad adottare un decreto che specifica importo e modalità di prestazione della garanzia finanziaria. Il decreto ministeriale è del 14 settembre 2023 e disciplina anche le modalità di escussione della garanzia.

Mentre da alcuni **indici di carattere formale** (titolo e preambolo), il **decreto legge "Cutro"** andrebbe ricondotto alla competenza legislativa esclusiva statale **"immigrazione"** (art. 117 c. 2° lett. b) Cost.), guardando soprattutto alle disposizioni sulla garanzia finanziaria introdotte con **la legge di conversione**, esse non sembrano rientrare nei presupposti di necessità e d'urgenza che sorreggevano il decreto legge (il "contrasto dell'immigrazione irregolare") ma la disciplina delle condizioni per l'esercizio del **diritto d'asilo (art. 10 c. 3° Cost.)**.

L'asilo (art. 117 c. 2° lett. a) Cost.) è materia diversa dall'immigrazione (art. 117 c. 2° lett. b) Cost.) e **coperta da riserva di legge (art. 10 c. 3° Cost.)**.

La disciplina del **trattenimento e le sue misure "alternative"**, ricade poi anche nella tutela della **libertà personale** che impone al legislatore un rigoroso rispetto del **principio di ragionevolezza-proporzionalità** nella definizione delle misure e delle procedure limitative della stessa.

Nonostante ciò, la legge di conversione del decreto legge "Cutro" ha inteso in modo eccessivamente flessibile la riserva di legge (artt. 10 c. 3° Cost. e 13 Cost.).

La l. n. 50 del 2023 ha demandato ad un atto non normativo, la definizione di aspetti sostanziali e procedurali che riguardano l'idoneità della garanzia finanziaria. Il DM interno del 14.9.2023 fissa in modo standardizzato ed automatico il *quantum* ed il *quomodo* della misura alternativa al trattenimento: importo della garanzia, 4938 euro; prestazione della stessa con fideiussione assicurativa o bancaria; impossibilità da parte di terzi di offrirla a beneficio del richiedente asilo.

Emerge qui il tema dei "limiti" dei poteri presidenziali di rinvio delle leggi di conversione (art. 74 Cost.), **poco incisivi su prassi governative e parlamentari distorte**: il Parlamento conferma una eccessiva disinvoltura nell'esercizio del potere di conversione, nonostante ne siano più volte stati evidenziati i confini ([Corte cost. n. 22 del 2012](#) e [Comunicato del Presidente della Repubblica del 24 febbraio 2023](#)). Proprio con riferimento ai decreti legge che incidono in materia di "ordine pubblico e sicurezza", "immigrazione" ed "asilo", poi, è stato più volte rilevato che le modifiche alla disciplina sull'asilo non devono avere l'effetto di impedire *in concreto* l'esercizio del diritto di cui all'art. 10 c. 3° Cost. ([Corte cost. n. 194 del 2019](#) e Lettere del Presidente della Repubblica del [4 ottobre 2018](#) e [dell'8 agosto 2019](#) sui decreti sicurezza del 2018 e del 2019).

La qualificazione della garanzia finanziaria

Nel post di Savino si prospetta che la garanzia finanziaria sia un istituto che mira a garantire la sostenibilità del sistema di accoglienza dei richiedenti asilo: il legislatore avrebbe previsto che essi debbano "contribuire" alle spese per il loro sostentamento in ipotesi in cui *"pur avendo poche possibilità di ottenere protezione, vogliono comunque presentare una richiesta di asilo"*.

Però questo istituto è **misura alternativa al trattenimento (art. 13 c. 2° Cost.)** e sembra avere **finalità preventive del reato** d'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10 bis d.lgs. 286/1998): la garanzia finanziaria evita limitazioni alla libertà personale e la sua escussione sanziona violazioni ed abusi delle norme sull'ingresso e il soggiorno.

Infatti, la garanzia può essere prestata in alternativa al trattenimento nelle procedura in frontiera finalizzate ad *accertare il diritto del non cittadino a entrare nel territorio dello stato* (art. 6 bis d.lgs. n. 142 del 2015). Essa ha una funzione di "deterrenza" rispetto al "pericolo di fuga" del richiedente asilo (art. 4 D.M. 14.9.2023): il Prefetto "del luogo nel cui è stata prestata" procede all'escussione della garanzia se "lo straniero si allontani indebitamente".

Potremmo quindi essere in presenza di una **misura dal contenuto affittivo della libertà personale o che ha**

finalità di prevenzione di reati. Il che farebbe emergere **dubbi di costituzionalità relativi al rispetto della riserva di legge e del principio di proporzionalità-ragionevolezza:** la commisurazione della garanzia, la forma e le modalità di escussione sono tutte definite in un atto non normativo (il decreto ministeriale); la quantificazione standardizzata ed automatica non rispetta il principio di proporzionalità rispetto alle condizioni socio-economiche dei richiedenti; non appare chiaro come controllare la proporzionalità della misura ([Corte cost. n. 218 del 1998](#); [Corte cost. n. 185 del 2021](#)).

I provvedimenti di non convalida del trattenimento del Tribunale di Catania

Il post critica i provvedimenti del Tribunale di Catania che sollevano dubbi di incompatibilità con le norme UE ed in effetti **la direttiva accoglienza ammette che il legislatore nazionale possa disciplinare la garanzia finanziaria.**

Il giudice catanese, **però**, al di là di quel passaggio motivazionale svolge su un **controllo concreto sul provvedimento di trattenimento** e lo ritiene *carente* di “idonea motivazione”; adottato senza previa decisione della Commissione territoriale relativa alla possibilità di applicare la procedura accelerata in frontiera; non adottato sulla base di un’interpretazione del diritto UE conforme all’art. 10 c. 3° Cost..

Non sembra censurabile un controllo sui seguenti aspetti: trattenimento adottato in carenza dei presupposti o con motivazione carente o non orientata al rispetto del principio di proporzionalità o non conformemente all’art. 10 c. 3° Cost..

L’ordinamento UE non può avere l’effetto di ridurre il livello di tutela dei diritti (art. 53 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) e il caso del trattenimento e delle sue “alternative” mostra come il livello di protezione della libertà del richiedente asilo sia più elevato nel diritto costituzionale rispetto al diritto UE.

Un’ultima **riflessione sulle “condizioni” al diritto d’asilo.** Carlo Esposito ci consegna una indicazione sempre valida: l’interprete deve valutare **se le condizioni previste dalla legge, nel loro complesso, rendano l’asilo ineffettivo.** Se così fosse sarebbero incostituzionali.

Ci si chiede se sia questo il caso della garanzia finanziaria, inserita nel contesto delle procedure in frontiera di cui oggi discutiamo o in quello delle deroghe di cui alla [proposta di regolamento sulle crisi migratorie](#) di cui discuteremo domani.