

UNA REPLICA SU IMMIGRAZIONE E DIRITTO AMMINISTRATIVO

di Elisa Cavasino
Università degli Studi di Palermo
18 ottobre 2023

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 (art. 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 *quomo* 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, vogliano 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 procedure 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. n. 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 afflittivo 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