
ADiM BLOG
Settembre 2023
EDITORIALE

Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?

Mario Savino

Professore ordinario di diritto amministrativo
Università della Tuscia

Con [decreto del 14 settembre 2023](#), il Ministro dell'interno ha disciplinato la possibilità per i richiedenti asilo sottoposti alla c.d. procedura di frontiera (introdotta dalla [legge 5 maggio 2023, n. 50](#)) di sottrarsi al trattenimento costituendo una garanzia finanziaria di circa 5 mila euro. Il provvedimento ha generato un ampio dibattito, alimentato dal dubbio che, con tale misura, si sia surrettiziamente introdotta una discriminazione d'altri tempi, basata sul censo, che per di più inciderebbe sulla libertà regina, quella personale. È legittimo consentire ai soli richiedenti "abbienti" di sottrarsi alla detenzione amministrativa per essi altrimenti prevista?

Il dubbio è rafforzato dalla [decisione del Tribunale di Catania](#), che, sopraggiunta il 29 settembre, ha ritenuto il d.m. del 14 settembre contrario al diritto dell'Unione europea. Questa decisione, subito accolta con favore in ambito giuridico (si veda, ad esempio, il tempestivo [comunicato dell'ASGI](#)), merita un più attento scrutinio, al pari della tesi della radicale "anti-comunitarietà" del decreto ministeriale ivi sostenuta. Di seguito, si proverà a chiarire i termini giuridici della questione.

Non una, ma due ricostruzioni possibili

Il decreto del 14 settembre si applica agli stranieri «che sono nelle condizioni di essere trattenuti durante lo svolgimento della procedura in frontiera» (art. 1, c. 3), cioè ai richiedenti asilo che abbiano tentato di eludere i controlli di frontiera o che comunque

provengano da un Paese terzo designato come «sicuro». Per questa categoria non privilegiata di richiedenti asilo, la disciplina introdotta a maggio scorso prevede «il trattenimento (...) durante lo svolgimento della procedura in frontiera (...), *al solo scopo di accertare il diritto ad entrare nel territorio dello Stato*» ([art. 6-bis, c. 1, d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142](#), introdotto dalla richiamata l. n. 50 del 2023, di conversione del d.l. 10 marzo 2023, n. 20, c.d. Cutro).

Questa formula nella sostanza ricalca quella dell'art. 8 della direttiva 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza), dove il principio secondo cui «Gli Stati membri non trattengono una persona per il solo fatto di essere un richiedente» (par.1) è fortemente ridimensionato dalla previsione derogatoria, che ammette il trattenimento quando sia necessario «*decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio*» (par. 3, lett. c). Questa disposizione si lega alle altre norme europee sulla procedura di frontiera (art. 31, par. 8, direttiva 2013/32/UE) e dà copertura all'ipotesi di trattenimento prevista, appunto, dall'art. 6-bis del d.lgs. n. 142/2015.

In base alla logica della procedura di (asilo con trattenimento alla) frontiera, ora recepita nel nostro ordinamento, i richiedenti asilo con minori possibilità di ottenere protezione dovrebbero essere trattenuti alla frontiera in attesa della definizione delle rispettive procedure “accelerate” di asilo (la cui durata massima è di quattro settimane). L'obiettivo è evitare che gli stessi fuggano altrove (gli ordinari centri di accoglienza dei richiedenti sono “aperti”) e si sottraggano al rimpatrio.

Ciò premesso, lo stesso art. 6-bis del d.lgs. n. 142/2015 specifica che il trattenimento può essere disposto quando il richiedente non abbia consegnato il passaporto «ovvero non presti idonea garanzia finanziaria». Questa formulazione sembrerebbe, in effetti, suggerire che la procedura di asilo con trattenimento alla frontiera si applichi a una certa categoria di richiedenti, connotata non solo dall'aver tentato di eludere i controlli di frontiera o dalla provenienza da un paese terzo sicuro, ma anche dalla mancanza di passaporto e, soprattutto, dei mezzi necessari per costituire una garanzia finanziaria. Di qui, il sospetto che si sia introdotta una misura discriminatoria, volta a penalizzare i richiedenti non abbienti, “condannandoli” alla detenzione amministrativa per mancanza di mezzi.

La disciplina di attuazione, dettata dal d.m. del 14 settembre, sembrerebbe rafforzare il sospetto. Innanzitutto, quantifica l'importo della garanzia in 4.938 euro, tracciando una linea di demarcazione finanziaria all'interno di una categoria di richiedenti già proceduralmente sfavorita. Inoltre, stabilisce che la garanzia «è individuale e non può essere versata da terzi» (art. 3, c. 2), rendendo rilevante la sola condizione finanziaria personale, senza possibilità di aiuti di familiari o altri sponsor. Infine, stabilisce che la garanzia viene escussa dal prefetto «nel caso in cui lo straniero si allontani indebitamente» (art. 4, c. 1), così chiarendo che anch'essa, al pari del trattenimento,

serve a evitare la fuga e la sottrazione del richiedente al rimpatrio.

D'altra parte, proprio l'equivalenza funzionale con il trattenimento sembra autorizzare una diversa ricostruzione. In base all'art. 8, par. 4, della direttiva 2013/33/UE, «Gli Stati membri provvedono affinché il diritto nazionale contemplici 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». È questa la norma UE che dà diretta copertura al nuovo istituto, qualificandolo come «alternativa al trattenimento» (così anche l'art. 3, c. 1, d.m. 14 settembre 2013).

Inoltre, l'art. 1, c. 2, del decreto specifica che l'importo della garanzia (4.938 euro) corrisponde a quanto necessario al richiedente per procurarsi un alloggio e mezzi di sussistenza minimi per le quattro settimane di durata massima della procedura, nonché per pagare il proprio rimpatrio nel caso di rigetto della domanda di asilo (art. 1, c. 2). La logica suggerita dal metodo di calcolo sembrerebbe essere la seguente: i migranti che, pur avendo poche possibilità di ottenere protezione, vogliono comunque presentare una richiesta di asilo dovrebbero accollarsi parte dei costi che ne derivano al sistema e, quindi, se dotati di risorse, evitare che sia lo Stato a dover provvedere al suo sostentamento in pendenza della procedura di asilo. Poiché la procedura in questione prevede il trattenimento alla frontiera, l'incentivo a contribuire alle spese deriva dalla possibilità di evitare il trattenimento.

“Fair enough!”, si potrebbe pensare, a dispetto della prima impressione di *“unfairness”* dell'istituto. Se è vero che i flussi spontanei verso l'Europa sono alimentati da migranti disposti a pagare ai trafficanti anche 10 mila euro, può apparire accettabile, dal punto di vista dello Stato che accoglie, tentare di salvaguardare gli equilibri del proprio sistema di asilo, prevedendo il versamento di una *“cauzione”* da escutere nel caso di fuga.

Ci si potrebbe chiedere se l'escussione non debba essere prevista – seguendo la logica *“efficientista”* appena esposta – *anche nel caso di rigetto* di una richiesta di asilo che già in partenza appariva temeraria. E se sia coerente con la logica del trattenimento come *extrema ratio* una disciplina che impedisce di prestare la garanzia finanziaria *ai terzi*, i quali potrebbero così contribuire al funzionamento del sistema, al contempo salvaguardando la libertà personale del richiedente *“sponsorizzato”*. Nell'accantonare entrambe queste opzioni, il Governo ha probabilmente inteso massimizzare l'efficacia deterrente legata alla perdita della garanzia: per chi abbia poche chance di ottenere protezione, sapere che la garanzia viene escussa solo nell'ipotesi di fuga significa avere un incentivo a restare per attendere l'esito e recuperare l'importo; analogamente, chi presti la garanzia personalmente avrà più interesse a recuperarla, e dunque a non spostarsi in altro Stato membro, di chi benefici del generoso sostegno di uno sponsor

(senza necessità di arrivare a immaginare che dietro quello sponsor possano celarsi organizzazioni di trafficanti, come pure sarebbe ipotizzabile).

L'equivalenza funzionale con il trattenimento spiega, dunque, molte delle scelte compiute con il d.m. 14 settembre. Resta un ultimo dubbio: se le modalità ivi previste per costituire la garanzia finanziaria siano tali da favorirne davvero l'utilizzo da parte dei richiedenti. Il decreto prescrive che la garanzia sia prestata «in unica soluzione mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria assicurativa» e costituita «entro il termine in cui sono effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico» (art. 3, c. 2 e 3). Sembrerebbe trattarsi di forme e tempi difficili da osservare nel contesto delle operazioni che seguono lo sbarco e instradano il richiedente verso la procedura di frontiera. L'attuazione pratica ci dirà se i richiedenti saranno (messi) in condizione di avvalersi di questa alternativa al trattenimento o se, invece, la disciplina in esame miri piuttosto a rispondere a una aspettativa dei partner europei, sempre interessati a verificare che l'Italia faccia tutto quanto il diritto UE consente per limitare i movimenti secondari dei migranti verso il resto dello spazio Schengen.

Il fraintendimento della giurisprudenza europea da parte del Tribunale di Catania

Come si è tentato fin qui di chiarire, la questione giuridica è più complessa di quanto a prima vista sembrerebbe. L'istituto della garanzia finanziaria come alternativa al trattenimento, dai più ricostruita in termini di inaccettabile discriminazione "censitaria", sembra poter essere ricostruita anche in una chiave accettabilmente "efficientista", compatibile con il quadro normativo europeo. Se le norme UE consentono, come si è acclarato, *a)* di trattenere le categorie di richiedenti individuate dal legislatore italiano nell'ambito della procedura di frontiera e *b)* di prevedere, come alternativa al trattenimento, «la costituzione di una garanzia finanziaria», si può comunque ritenere che il d.m. del 14 settembre sia illegittimo?

A questo interrogativo, il Tribunale di Catania ha fornito, con decisione del 29 settembre, una risposta affermativa, riassumibile, nella sostanza, così: il d.m. sulla garanzia finanziaria è contrario alle norme europee perché queste vanno intese nel senso che nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di non poter provvedere alle proprie necessità.

Tale conclusione si fonda sul richiamo alla pronuncia resa dalla Corte di giustizia in un caso del maggio 2020, riguardante il trattenimento di richiedenti asilo privi di mezzi nella famigerata zona di transito ungherese di Röske ([caso FMZ et al.](#), cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU). In quella occasione, la Corte di giustizia ha affermato che un richiedente asilo non può essere «trattenuto per il solo motivo che egli non può sovvenire alle proprie necessità» (punto 256), in quanto l'art. 8, par. 3,

della direttiva 2013/33 non include tale motivo tra quelli che consentono il trattenimento. Inoltre, facendo leva sul duplice obbligo di esaminare «caso per caso» le situazioni dei richiedenti da sottoporre a trattenimento (art. 8, par. 2) e di motivare i relativi provvedimenti (art. 9, par. 2), la Corte europea ha ribadito che un richiedente asilo non può essere trattenuto «senza che la necessità e la proporzionalità di tale misura siano state previamente esaminate e senza che sia stata adottata una decisione amministrativa o giudiziaria che indichi i motivi di fatto e di diritto per i quali un siffatto trattenimento viene disposto» (punto 259).

Sulla scorta di questa pronuncia, il Tribunale di Catania, anzitutto, asserisce che la disciplina dettata dal d.m. si pone in contrasto con gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, interpretati appunto dalla Corte di giustizia nel senso che nessuno può essere trattenuto per il solo fatto di non poter provvedere alle proprie necessità. Quindi, data per scontata la diretta applicabilità di tale principio al caso di specie, se ne trae l'implicazione che la garanzia finanziaria «non può essere considerata misura alternativa al trattenimento», trattandosi piuttosto di «un requisito amministrativo imposto per il solo fatto che [il richiedente] chiede protezione internazionale», con conseguente violazione delle norme sull'accoglienza e dei diritti conferiti dalla direttiva 2013/33/UE.

Inoltre, nella sentenza si afferma – senza, però, fornire elementi circostanziali a supporto – che il provvedimento di trattenimento adottato dal questore «non [è] corredato da idonea motivazione» e che «difetta 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».

Quindi, il Tribunale si produce in una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8, par. 2, lett. c) della direttiva 2013/33/UE. Benché tale previsione espressamente consenta di sottoporre un richiedente asilo a trattenimento «per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio», si arriva a sostenere che l'art. 10, terzo comma, Cost. porti a escludere «che la mera provenienza del richiedente asilo da Paese di origine sicuro possa automaticamente privare il suddetto richiedente del diritto a fare ingresso nel territorio italiano per richiedere protezione internazionale».

Su questa base, il Tribunale catanese disapplica il d.m. 14 settembre 2023, in quanto «non compatibile con gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33/UE, come interpretati dalla Corte di giustizia», e nega la convalida del provvedimento di trattenimento, disposto nei confronti di un richiedente asilo tunisino che non aveva prestato garanzia finanziaria.

Il dubbio principale suscitato dalla lettura di questa pronuncia può essere articolato

nei seguenti interrogativi. Primo: il principio enunciato dalla Corte di giustizia nel caso ungherese si attaglia altrettanto bene al caso italiano in esame? Secondo: come si concilia il principio enunciato dalla Corte di giustizia con il dettato dell'art. 8, par. 4, della direttiva 2013/33/UE, che pianamente ammette, tra le misure alternative al trattenimento dei richiedenti, la costituzione di una garanzia finanziaria?

Sul primo punto, va rilevato che nel caso deciso dalla Corte di giustizia e in quello in esame le questioni giuridiche non sono del tutto sovrapponibili. Lì, oggetto del giudizio sono i trattenimenti di fatto, praticati dalle autorità ungheresi senza alcun provvedimento e senza esame individuale, sulla base di una disciplina legislativa che prevedeva il trattenimento (anche alla frontiera) come unica forma di accoglienza per qualsiasi richiedente che «non sia in grado di sovvenire alle proprie necessità» (art. 62, par. 3, della legge ungherese sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi). Nel caso italiano, invece, il trattenimento è disposto da un provvedimento amministrativo, in attuazione delle norme sulla procedura di frontiera. La diversità tra le due situazioni è evidente: il fatto che un richiedente non abbia risorse (lì, per provvedere autonomamente alle proprie necessità, senza gravare sul sistema pubblico di accoglienza; qui, per costituire la garanzia finanziaria prevista come misura alternativa alla detenzione) nel caso ungherese è l'unica ragione del trattenimento, inteso come modalità di accoglienza (in contrasto con le finalità della direttiva 2013/33/UE, secondo la Corte di giustizia); nel caso italiano, invece, di per sé, non basta a giustificare il trattenimento, che si fonda su un altro presupposto: la provenienza del richiedente (nel caso di specie, tunisino) da un paese di origine considerato «sicuro».

Questa differenza alimenta il dubbio di fondo: se, nel caso italiano, il trattenimento del richiedente è disposto *innanzitutto* perché questi proviene da un paese terzo sicuro e la indisponibilità di risorse rileva, al più, come condizione *accessoria* (ma sarebbe forse più corretto ritenere, in positivo, che la disponibilità di risorse sufficienti a costituire la garanzia finanziaria operi come condizione "risolutiva" del trattenimento), come può ritenersi *sic et simpliciter* applicabile al nostro caso il principio europeo secondo cui un richiedente asilo non può essere «trattenuto *per il solo motivo* che egli non può sovvenire alle proprie necessità»?

L'unico modo sarebbe quello di ritenere che quel principio vada inteso nel senso, decisamente più lato, che il diritto UE vieti di assegnare qualsiasi rilevanza alla capacità finanziaria del richiedente asilo in vista della decisione sul suo trattenimento. Ma questa interpretazione non solo è smentita dalla formula adottata dalla Corte di giustizia, più circoscritta e correlata allo specifico caso ungherese. Essa sarebbe altresì contraria – e così può risponderci anche al secondo interrogativo – all'art. 8, par. 4, della direttiva accoglienza, che espressamente ammette la possibilità di prevedere la garanzia finanziaria come alternativa al trattenimento.

La pronuncia del Tribunale di Catania sollecita, poi, interrogativi ulteriori, che qui è possibile soltanto enunciare: quand'è che può ritenersi sufficiente la motivazione di un provvedimento che dispone il trattenimento di un richiedente asilo, sul presupposto che questi provenga da un paese terzo sicuro, non abbia un passaporto, né abbia prestato idonea garanzia finanziaria? Quali caratteristiche deve avere un provvedimento (individuale) per dare sufficiente dimostrazione che la situazione (individuale) del destinatario sia stata adeguatamente considerata? L'esame individuale deve riguardare anche il fondamento della domanda di asilo o limitarsi a verificare la sussistenza dei presupposti per l'adozione della procedura di (esame con trattenimento alla) frontiera? Infine, se l'art. 10, terzo comma, Cost. impone di negare «che la mera provenienza del richiedente asilo da Paese di origine sicuro possa automaticamente privare il suddetto richiedente del diritto a fare ingresso nel territorio italiano per richiedere protezione», perché non sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 6-bis, d.lgs. n. 142 del 2015, come novellato dalla legge n. 50 del 2023?

Dura lex, sed lex?

Al termine del primo anno di governo, la strategia del Governo Meloni può dirsi ormai delineata e imperniata su tre assi. Il primo è la limitazione della capacità delle ONG di compiere operazioni di ricerca e soccorso, poco utilmente confusa con l'azione di contrasto dei trafficanti di esseri umani e foriera di problemi diplomatici prima [con la Francia](#) e ora [con la Germania](#). Il secondo è la costruzione di un consenso europeo sulla necessità di ottenere la collaborazione della Tunisia nel contenimento dei flussi dal Nordafrica, con esiti brillanti sul piano politico ([si pensi al ruolo svolto dal governo italiano nell'importante Consiglio UE dello scorso giugno](#)), ma modesti, se non nulli finora, sul piano operativo (dopo l'accordo del 16 luglio, i flussi dalla Tunisia non sono diminuiti bensì aumentati). Il terzo asse è l'inasprimento delle misure coercitive impiegate nella gestione degli arrivi spontanei, in riferimento tanto ai richiedenti asilo (si pensi all'introduzione della procedura di frontiera con l. n. 50 del 2023), quanto ai migranti irregolari (l'art. 20 del d.l. 19 settembre 2023, n. 124 ha esteso il termine di durata massima del loro trattenimento a fini di rimpatrio da 3 a 18 mesi).

Mentre sui primi due versanti il Governo in carica funge spesso da "*front-runner*" nel panorama europeo, su quest'ultimo versante appare piuttosto un "*follower*". Soltanto nel 2023 l'Italia ha introdotto la procedura di frontiera, già ammessa dieci anni fa dalla direttiva accoglienza, e ha allineato il termine massimo di durata del trattenimento ai 18 mesi che la direttiva rimpatri prevede da quindici anni. E soltanto ora l'Italia consente ai richiedenti di evitare il trattenimento quando siano in grado di prestare idonea garanzia finanziaria, come auspicato dalla direttiva 2013/33/UE.

Queste decisioni politiche sono, con tutta evidenza, ispirate a scelte di valore lontane dall'idea che la coercizione debba essere utilizzata come *extrema ratio* e non come ordinario strumento di compressione delle "libertà degli altri" a fini di deterrenza. Tuttavia, il giudizio politico e il giudizio tecnico devono essere tenuti distinti. L'onestà intellettuale e il senso di responsabilità per la funzione "pubblica" del giurista impongono di riconoscere quando una decisione, pur non gradita per i valori che esprime, deve considerarsi legittima in base a una rigorosa ricostruzione del quadro giuridico.

Per citare questo contributo: M. SAVINO, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, ADiM Blog, Editoriale, settembre 2023.