

---

## CORSO DI DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE

CURRICULUM “STORICO-FILOSOFICO INTERNAZIONALISTICO  
COMPARATISTICO”

XXXI CICLO

**Accesso alla cittadinanza e Stato di diritto.**

**Il ruolo della giurisdizione nei procedimenti di trattenimento ed  
espulsione degli stranieri.**

Candidata

Dott.ssa Francesca Asta

Relatrice

Prof.ssa Enrica Rigo

Coordinatore

Prof. Giuseppe Grisi

# Indice

## **Introduzione: dimensione procedurale della cittadinanza e Stato di diritto**

1. La dimensione procedurale della cittadinanza 5
2. Introduzione al caso di studio e rilievi metodologici 9
3. Accesso alla cittadinanza e Stato di diritto 11

## **I. Le diverse concezioni di Stato di diritto nella Storia europea**

1. “Stati” di diritto 14
2. L’evoluzione della dottrina del *Rechtsstaat*  
in Germania e in Francia 18
3. L’esperienza del *Rule of law* inglese 25
4. Stato di diritto e giurisdizione: due modelli a confronto 28
5. La “preistoria” dello Stato di diritto e  
il costituzionalismo medievale 34
6. Stato di diritto, *Rule of law* e *Iurisdictio* 42

## **II. Stato costituzionale di diritto e accesso alla giustizia**

1. Lo Stato costituzionale di diritto 43
2. Lo Stato di diritto nel dibattito contemporaneo 46
3. Crisi dello Stato costituzionale di diritto  
e ruolo del giudiziario 51
4. Giurisdizione e accesso alla giustizia 55

5. Stato di diritto e diritto a un ricorso effettivo nella giurisprudenza della CEDU	58
6. Accesso alla giustizia e effettività della tutela giurisdizionale	65
7. Diritto come pratica sociale e organo giudiziario	69
8. Modelli di giurisdizione e cultura giuridica	74

### **III. I procedimenti di espulsione e trattenimento di fronte al Giudice di Pace.**

1. Detenzione amministrativa e Stato di diritto	77
2. La disciplina sul trattenimento	80
3. Il procedimento di convalida davanti al Giudice di pace nella prassi: un processo (o un giudice?) burocratico	83
4. Discrezionalità e recesso dalla giurisdizione: la sospensione dell'esecuzione del decreto di espulsione	88
5. Effettività della tutela giurisdizionale e accesso alla giustizia	91
6. Certezza del diritto, sicurezza e prevenzione del rischio: il paradigma del Giudice di Pace	95
7. (In)effettività della tutela giurisdizionale e effettività della Giurisdizione	99

#### **IV. L'orientamento del Tribunale di Roma tra discrezionalità e protezione**

1. Il trattenimento dei richiedenti asilo: profili normativi e metodologia di ricerca	101
2. L'udienza di convalida davanti al Tribunale di Roma: l'esercizio del potere discrezionale dei giudici	105
3. Discrezionalità e arbitrio: alla ricerca di un criterio distintivo	111
4. Criteri decisionali dei giudici e ruolo del giudiziario	116
5. Procedura amministrativa e procedimento giurisdizionale nel trattenimento dei richiedenti asilo	120
6. Il diritto a un ricorso effettivo nella disciplina dei procedimenti di rimpatrio dei richiedenti asilo	125
7. L'applicazione della sospensione cautelare nei procedimenti di espulsione dei richiedenti asilo nel Tribunale di Roma	128
8. <i>Rule of law</i> , diritti procedurali e status	132
9. Considerazioni conclusive: Stato di diritto e giurisdizione nell'accesso alla (espulsione dalla) cittadinanza	138

#### **Bibliografia**

**144**

## **Introduzione: dimensione procedurale della cittadinanza e Stato di diritto**

Nell'ambito dell'ampio dibattito sull' "accesso alla cittadinanza", questo contributo intende approfondire il rapporto tra "migrazioni" e "giustizia", e in particolare il ruolo della giurisdizione rispetto ai diritti degli stranieri, nel contesto dello Stato di diritto. La riflessione teorica si è svolta a partire da un caso di studio empirico: l'espulsione e il trattenimento di migranti e richiedenti asilo, nella giurisprudenza contemporanea delle competenti Autorità nazionali. Lo studio intende mettere in evidenza un particolare aspetto della cosiddetta "dimensione procedurale della cittadinanza", quello del rapporto tra organo giudiziario e migrazioni; d'altra parte, tale indagine coinvolge lo stesso apparato giurisdizionale e il suo ruolo nella società a partire dall'analisi delle decisioni dei giudici. L'approccio adottato sarà di tipo filosofico-giuridico, ed è perciò da questo punto di vista che si intende analizzare il ruolo della giurisdizione in tema di immigrazione, coerentemente si è deciso di utilizzare come paradigma di riferimento la nozione di Stato di diritto.

### 1. La dimensione procedurale della cittadinanza

I procedimenti di trattenimento ed espulsione, dalla disciplina di riferimento alle pratiche messe in atto dai diversi "attori" coinvolti, sono collocabili, in quanto limiti al potere statale di espellere gli stranieri, nell'insieme delle norme che regolano l'accesso al territorio, e quindi l'accesso alla cittadinanza. Molte ricerche<sup>1</sup> hanno documentato la sostanziale "dominazione della burocrazia"<sup>2</sup> nelle procedure che

---

<sup>1</sup> Heyman, "Trust, Privilege, and Discretion in the Governance of the US Borderlands with Mexico", *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 24, Number 3, 2009; Weber, Landman, "Deciding to detain. The organisational context for decisions to detain asylum seekers at UK ports", *Criminal Justice, Borders and Citizenship research papers*, 2002; Cfr. Spire Alpes, "Dealing with law in migration control: the powers of street-level bureaucrats at French consultaes", *Social & Legal Studies*, Vol. 23,2, 2014.

<sup>2</sup> Sager, "Immigration Enforcement and Domination: An Indirect Argument for Much More Open Borders", *Political research Quarterly*, 2016.

regolano l'accesso al territorio da parte dei migranti, denunciando la diffusione di prassi estremamente discrezionali o arbitrarie messe in atto dagli apparati amministrativi statali<sup>3</sup>. Sono invece pochi i contributi che hanno indagato il ruolo dell'apparato giurisdizionale nei procedimenti di espulsione e di riconoscimento della protezione internazionale<sup>4</sup>, proprio per tale ragione si ritiene che un'indagine sul ruolo del giudiziario nei procedimenti che coinvolgono i migranti sia di estremo rilievo. Infatti, "il ricorso al giudice" costituisce sempre di più un momento essenziale del percorso migratorio, tra procedure di espulsione e trattenimento, e procedimento di riconoscimento della protezione internazionale. Dal punto di vista gius-filosofico, è stato messo in evidenza come la stessa nozione di "potere arbitrario" in relazione alle politiche migratorie e di cittadinanza sia di grande interesse<sup>5</sup>. Infatti, sono pochi i contributi che hanno analizzato l'arbitrarietà delle norme in materia di diritto dell'immigrazione, materia tradizionalmente considerata una prerogativa sovrana, per cui lo Stato non necessitava di "giustificazioni per escludere"<sup>6</sup>. In tale ottica, lo studio delle decisioni giurisdizionali in tema di espulsione e trattenimento dei migranti, presenta un rilevante contributo: in quanto, attraverso la lettura dei verbali di udienza e delle motivazioni dei giudici, offre uno scorcio sulle pratiche discrezionali o arbitrarie messe in atto dai giudici.

Il grande tema della cittadinanza che investe la questione fondamentale dell'appartenenza alla comunità politica, è stato oggetto di numerosi studi negli ultimi anni, sotto diverse prospettive disciplinari. In ambito gius-filosofico, un primo approccio pone l'accento sulla necessità di garantire l'accesso ai diritti agli stranieri che vivono in un determinato Stato, riconoscendone le specificità culturali. Tuttavia la "cittadinanza multiculturale" si pone, insieme ad altre concezioni più o meno estensive, in una dimensione "interna", per cui solo chi è già presente in modo stabile

---

<sup>3</sup> Cfr. Lipsky, *Street-level bureaucracy. Dilemmas of the individual in public services*, Russel Page Foundation, New York, 1980.

<sup>4</sup> Ramji-Nogales, Schoenholtz., Schrag. "Refugee roulette. Disparities in asylum adjudications", *Stanford Law Review*, 2007, pp. 60-295.

<sup>5</sup> Mindus, Cuono, "Verso una teoria del diritto per l'età delle migrazioni di massa. Una tipologia del potere arbitrario", in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2018/1, pp. 11-32.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 14.

nella comunità nazionale, può accedere e rivendicare tali diritti, escludendo tutti coloro che non sono ammessi al territorio o che vi risiedono illegalmente. Tali proposte tuttavia si limitano sempre ai diritti dei soggetti già residenti sul territorio, ma non dicono nulla sul diritto di accesso al territorio dei migranti, quasi che fosse possibile fotografare in un fermo immagine la situazione dei migranti già residenti in modo del tutto distinto e disconnesso con il percorso migratorio<sup>7</sup>. In questo modo, il dibattito sulle migrazioni viene spesso collocato al di “fuori” da quello sulla cittadinanza, e relegato al versante esterno della comunità politica<sup>8</sup>. La distinzione fra interno ed esterno dei confini è stata criticata anche sotto il profilo teorico-formale, secondo una concezione universalista del soggetto di diritto, per cui si afferma il superamento dell'appartenenza nazionale come discriminazione per l'attribuzione dei diritti. In questo senso l'esclusione dall'accesso ai diritti nei riguardi degli stranieri viene ritenuta un'aporia rispetto al paradigma dello stato costituzionale di diritto<sup>9</sup>, e in contrasto con i principi della teoria giuridica liberale<sup>10</sup>. Per utilizzare l'efficace espressione di Linda Bosniak, è grazie alla distinzione tra dimensione interna ed esterna della cittadinanza, che “possiamo mantenere la nostra torta universalista all'interno e mangiarci, allo stesso tempo, la nostra fetta particolarista ai confini”<sup>11</sup>. Il punto di partenza di questa riflessione è la constatazione dell'impossibilità di giustificare tale distinzione: dimensione interna ed esterna dei confini sono necessariamente interconnesse come due dimensioni della cittadinanza. La condizione di “migrante irregolare”, determinata dalla violazione delle norme sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri, può considerarsi in realtà un primo passaggio nella “strada verso la cittadinanza”. In questo senso anche la disciplina sulle espulsioni e in generale le “politiche

---

<sup>7</sup> Rigo, *Europa di confine*, Meltemi, Roma, 2007, pp. 40-43.

<sup>8</sup> Cole, *Philosophies of exclusion: liberal political theory and immigration*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000, pp. 13-15.

<sup>9</sup> Cfr. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* vol. 2, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 587 e ss.

<sup>10</sup> In particolare, secondo quest'ultima concezione, le limitazioni alla libertà di movimento produrrebbero un'ingiustificata asimmetria nel declinare i principi di libertà ed uguaglianza, un'“asimmetria liberale” seguendo la definizione di Cole, dato che le norme sull'immigrazione producono una gerarchizzazione della libertà di movimento, a seconda della nazionalità di appartenenza. Cole, *Philosophies of exclusion: liberal political theory and immigration*, cit.

<sup>11</sup> Bosniak, *Ethical territoriality and the rights of others*, Amsterdam Law Forum, 2008, p. 127.

sull'immigrazione”, tradizionalmente ritenute una questione del tutto separata dall'accesso alla cittadinanza per gli stranieri residenti nel territorio, sono invece da considerarsi a tutti gli effetti tematiche riguardanti la cittadinanza<sup>12</sup>. Ed è proprio da questo punto di vista, dell'analisi dei procedimenti giurisdizionali di espulsione, che si intende guardare alla cittadinanza. In questo modo l'accesso alla cittadinanza viene osservato dal punto di vista dei limiti all'espulsione dello straniero posti allo Stato; infatti in tali procedimenti l'organo giurisdizionale assume un ruolo di controllo rispetto all'azione dell'Autorità amministrativa.

Questa prospettiva intende mettere in evidenza le prassi applicative messe in atto dalle amministrazioni o dalle Corti minori piuttosto che il merito delle politiche escludenti, poste in essere dagli Stati. Tale approccio, distinguendo nettamente fra il piano formale della produzione del diritto e quello della sua applicazione effettiva, rischia di non tenere in considerazione di tutte le pratiche che quotidianamente contribuiscono all'implementazione o alla limitazione dei diritti. Inoltre, la “dimensione procedurale” assume rilievo anche in relazione a molti altri aspetti, a partire dallo “status” dei soggetti e dalla posizione di questi nella società. Il riferimento è al contributo di Larry May<sup>13</sup>, che propone l'elevazione a *jus cogens* nel contesto internazionale, dei diritti procedurali dell'*habeas corpus* e del principio di *non-refoulement*, istituendo un'apposita autorità sovranazionale preposta alla loro attuazione. Al di là della concreta proposta offerta dall'autore, rivolta all'ambito del diritto internazionale, e finalizzata proprio a scongiurare prassi quali la “detenzione informale”, e la mancanza di tutela giurisdizionale, ciò che qui interessa maggiormente è porre l'attenzione sul rapporto tra diritti procedurali e condizione di straniero, anche nel contesto nazionale. May definisce i diritti procedurali come un “meta diritto”, in quanto l'istanza ad attenersi a determinate regole procedurali è allo stesso tempo un'istanza al riconoscimento di uno status, indipendentemente dall'esito della procedura. L'importanza dei diritti procedurali non si limita alla protezione dei diritti sostanziali, ma assume un valore “intrinseco”, in quanto tali diritti sono costitutivi del *Rule of law*,

---

<sup>12</sup> Mindus, *Cittadini e no. Forme e funzione dell'inclusione*, Firenze University Press, Firenze, 2014.

<sup>13</sup> May, *Global justice and due process*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.



essendo finalizzati alla non arbitrarietà e alla giustizia o “*fairness*”. In questa sede la dimensione procedurale della cittadinanza verrà analizzata con particolare riferimento al processo e al ruolo del giudice, la cui diversa configurazione può essere letta come corrispondente a diversi modelli di Stato di diritto e a diverse funzioni della giurisdizione.

## 2. Introduzione al caso di studio e rilievi metodologici

Il caso di studio di questa tesi riguarda un ambito quale quello della detenzione amministrativa dei migranti, che è stato oggetto di molti contributi in letteratura. Da una parte tale istituto è stato definito una misura eccezionale<sup>14</sup>, da collocare fuori dal contesto dello Stato di diritto, mentre altre analisi hanno evidenziato come lo stesso sviluppo storico del trattenimento amministrativo rimandi alla sua natura di strumento di normale amministrazione, riconducibile alle “ordinarie misure di bassa polizia” finalizzate al controllo della mobilità<sup>15</sup>. La seconda prospettiva sembra avere una portata descrittiva maggiore dell’effettivo funzionamento del trattenimento degli stranieri, che può perciò inquadrarsi come un istituto solidamente inserito nel contesto dello Stato di diritto e in particolare, nel caso italiano, delle garanzie costituzionali.

D’altra parte, la nozione di Stato di diritto non sembra corrispondere a un unico significato, ma è stata utilizzata per descrivere esperienze storiche e concezioni teoriche differenti che appaiono, anche nel contesto attuale, in continua trasformazione. Dunque mi sono posta la seguente domanda di ricerca: “quale delle diverse concezioni di Stato di diritto, e conseguentemente del ruolo del giudice nella società, offre una migliore capacità esplicativa, rispetto ai dati emersi dal caso di

---

<sup>14</sup> Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995; G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003; Per un’analisi critica della detenzione dei migranti sulla scorta delle tesi di Agamben, si veda, tra gli altri, Rajaram, Grundy-Warr, “*The Irregular Migrant as Homo Sacer: Migration and Detention in Australia, Malaysia, and Thailand*”, *International Migration*, 42, 2004, pp. 33–64

<sup>15</sup> Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci, Roma, 2013, p. 66.

studio?” Per cercare di rispondere a questa domanda di ricerca ho svolto una ricostruzione storico-concettuale delle prevalenti concezioni dello Stato di diritto nella tradizione gius-filosofica occidentale.

La riflessione teorica si è sviluppata a partire da un’indagine empirica di tipo qualitativo sui provvedimenti emessi dal Giudice di Pace e dal Tribunale di Roma, in materia di convalida del trattenimento ed espulsione dei migranti e richiedenti asilo. Questo studio prende le mosse dai risultati di un vasto progetto di ricerca nazionale “Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione”<sup>16</sup>, di cui ho fatto parte come membro dell’unità di ricerca di Roma, curando in particolare, il report sui procedimenti di opposizione all’espulsione del 2014. L’Osservatorio è stato avviato nel 2014 e ha raccolto e sistematicamente analizzato i provvedimenti di convalida del trattenimento e di opposizione all’espulsione in diverse sedi del Giudice di Pace. Nel 2015 si è svolta una seconda fase di rilevazioni, che ha coinvolto i provvedimenti emessi dal Giudice di Pace di Bari, Bologna, Prato, Roma e Torino, nel I e nel IV trimestre del 2015, relativi a procedimenti di: opposizione ai decreti di espulsione, convalida e proroga del trattenimento degli stranieri in attesa di espulsione, convalida dell’ordine di accompagnamento alla frontiera, convalida delle misure alternative al trattenimento, per un totale di 1220 provvedimenti. L’analisi proposta in questo elaborato si riferisce, in particolare, ai dati emersi dalla seconda fase della ricerca, conclusa nel 2016, a partire dai risultati rilevati nella sede di Roma, ma anche da quelli rilevati dalle altre unità di ricerca nei report. Infatti, per quanto riguarda lo studio dell’orientamento del Giudice di Pace, si è scelto di prendere in considerazione l’insieme dei risultati emersi, piuttosto che fornire un’analisi dettagliata di un numero inferiore di provvedimenti. Tale decisione metodologica è dettata in primo luogo dalla rilevanza della ricerca “Osservatorio”, sia per la quantità dei provvedimenti raccolti, che per la varietà geografica degli uffici giudiziari coinvolti; un dato di cui è opportuno dare conto nella sua interezza ai fini di un’analisi sull’orientamento del Giudice di pace in tema di immigrazione.

---

<sup>16</sup> Una presentazione dettagliata del progetto e tutti i materiali pubblicati sono consultabili al sito <http://lexilium.it>

Una seconda fase della ricerca ha ad oggetto l'analisi qualitativa dei provvedimenti emessi dal Tribunale di Roma, in materia di trattenimento dei richiedenti asilo presso il CPR di Ponte Galeria. In questo caso lo studio è stato limitato al solo Tribunale di Roma, e a un numero di provvedimenti complessivi molto inferiore rispetto a quelli raccolti negli uffici del Giudice di Pace. Tale scelta è stata resa necessaria dalla circostanza che si tratta di uno studio autonomo e non di un progetto dotato di varie unità di ricerca. Inoltre, la disciplina rilevante e la giurisprudenza del Tribunale presentano degli elementi di complessità e interesse tali, da rendere più appropriata un'analisi dettagliata delle motivazioni e dei verbali di udienza. La ricerca si è composta di due fasi: una prima raccolta dati è avvenuta nella primavera del 2016, in collaborazione con il Dott. Carlo Caprioglio, e ha riguardato un campione di 100 provvedimenti di convalida emessi dal Tribunale di Roma nel trimestre ottobre-dicembre 2015<sup>17</sup>. Inoltre, nel 2015 ho svolto uno studio a campione sull'applicazione della sospensiva nei procedimenti di ricorso contro il diniego della protezione internazionale<sup>18</sup>. Ho poi svolto una seconda fase di rilevazioni nella primavera 2018<sup>19</sup>, raccogliendo 88 provvedimenti di convalida (fra cui alcuni di proroga)<sup>20</sup> del trattenimento, emessi dal Tribunale di Roma nel periodo gennaio-giugno 2018<sup>21</sup>.

### 3. Accesso alla cittadinanza e Stato di diritto

Dalla ricostruzione storico-concettuale emerge come la “storia” dello Stato di diritto si intreccia per alcuni aspetti con quella del costituzionalismo: infatti, l'ideale del

---

<sup>17</sup> I risultati di tale ricerca sono stati presentati in diverse occasioni, in particolare si rimanda a Caprioglio, Asta, “Per giusta decisione. Riflessioni sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri”, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2/2017, pp. 533-553.

<sup>18</sup> Per i dettagli su questo aspetto della ricerca cfr. più avanti, par. 5 e 6.

<sup>19</sup> Ultimo accesso 11 Giugno 2018.

<sup>20</sup> In questa seconda fase della ricerca si è avuto accesso anche ai provvedimenti di proroga del trattenimento, in quanto in seguito a una riorganizzazione della sezione competente, questi erano accessibili nello stesso fascicolo e registrati con lo stesso numero di ruolo.

<sup>21</sup> Il Tribunale ha anche la competenza in materia di trattenimento ed espulsione dei cittadini dell'UE, ma tali provvedimenti non sono stati inclusi nell'oggetto della ricerca.

“governo della legge” ha trovato una sua incarnazione nella tradizione della “costituzione mista” e più recentemente, nell’esperienza del costituzionalismo novecentesco. In tale contesto, si distinguono però due questioni separate, anche se in connessione fra loro: il problema dell’equilibrio politico e del bilanciamento fra poteri dello Stato da una parte, e la concezione del diritto come limite e ambito indisponibile del potere, espresso dal binomio di origine medievale *gubernaculum-iurisdictio*<sup>22</sup>, dall’altra. L’analisi del concetto di *iurisdictio* non è tuttavia configurabile in modo univoco nella sua dimensione di limite al potere sovrano, ma si esprime anche come autonomo rapporto di potere<sup>23</sup> e nella funzione di legittimazione del sistema sociale. D’altra parte, la diversa concezione dell’organo giurisdizionale sembra determinare un’importante distinzione fra le diverse concezioni di Stato di diritto, che tradizionalmente vengono ricondotte a due modelli storici prevalenti: l’esperienza tedesca e continentale ottocentesca della dottrina del *Rechtsstaat* e il modello inglese del *Rule of law*. Nel primo modello il giudiziario, pur essendo concepito come un potere separato dagli altri organi, è chiamato ad applicare rigidamente la legge; in questo modo il diritto è uno strumento per esprimere la volontà dello stato, è forma dello stato ma non ne costituisce un limite. Tale concezione può essere ricondotta all’ambito semantico del *rule by law* e del *gubernaculum per lege*, discostandosi dalla tradizione del costituzionalismo medievale, che, invece, esprime il concetto di *rule under the law*, e si colloca in linea di continuità con il *Rule of law*, nella sua incarnazione storica nel contesto inglese, dove l’attività dei giudici è invece finalizzata alla tutela dei diritti individuali. L’avvento del costituzionalismo ha avuto il merito di comporre le diverse tradizioni giuridiche in un nucleo di significati condivisibili, individuando nella Costituzione la dimensione di limite al potere, tuttavia la tensione fra differenti visioni dello Stato di diritto permane tutt’ora, come dimostra anche la ricca discussione sul ruolo del giudiziario nello Stato costituzionale di diritto. In particolare, la ricostruzione del dibattito sull’ “accesso alla giustizia” ha messo in evidenza la stretta connessione fra la questione dell’effettività della tutela

---

<sup>22</sup> McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1990.

<sup>23</sup> Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.

giurisdizionale e quella del rapporto fra poteri dello Stato, soprattutto in procedimenti, come quelli di trattenimento ed espulsione dello straniero, in cui il giudiziario svolge una funzione di controllo nei confronti dell'Amministrazione.

L'ambiguità terminologica e concettuale della nozione di Stato di diritto si riscontra anche nei dati empirici. Infatti, nessuno dei modelli di Stato di diritto sembra idoneo, nella sua forma pura, a spiegare in modo completo i dati emersi dall'analisi delle decisioni dei giudici, ma visioni e pratiche opposte sembrano coesistere contemporaneamente.

## I. Le diverse concezioni di Stato di diritto nella storia europea

### 1. “Stati” di diritto

Che cosa si intende con l’espressione Stato di diritto? Nonostante l’indiscusso ruolo chiave di questo concetto nella tradizione giuridica occidentale, la sua riconduzione a una definizione unitaria risulta difficile. Infatti, le varie traduzioni *Rule of Law*, *Estado de Derecho*, *Rechtsstaat* non sembrano coincidere a un unico nucleo di significati, ma indicano piuttosto diversi modelli istituzionali, per cui sarebbe più corretto parlare di “stati di diritto”<sup>24</sup>. Modelli riconducibili, secondo molti studiosi, a due esperienze storico-giuridiche fondamentali: l’una nata nella cultura liberale tedesca nella seconda metà dell’ottocento con l’idea di *Rechtsstaat*, poi veicolata dalla Francia nel resto dell’Europa continentale, e l’altra, molto più antica, risalente alla storia politico-istituzionale inglese del *Rule of law*<sup>25</sup>. La formula *Rule of law* acquista una sua prima e specifica configurazione nel *common law*, dove il diritto viene inteso prima di tutto come pratica sociale. Invece, nella tradizione continentale il diritto viene identificato con il comando del sovrano, espresso attraverso la legge, ponendo l’accento sui requisiti formali<sup>26</sup>. Come osserva Gianluigi Palombella la nozione di *Rule of law* è particolarmente complessa, prestandosi ad essere analizzata secondo diversi strumenti concettuali, appartenenti a distinti campi semantici come quello giuridico o quello etico-politico<sup>27</sup>. In ogni caso, si tratta di una nozione connotata da una spiccata “duttilità” ideologica, essendo facilmente forma dei più svariati contenuti, al punto che anche pensatori fascisti se ne sono serviti nei loro modelli politici di “Stato di diritto”<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> “La grande varietà di “*rules of law*” anche all’interno la sola tradizione giuridica occidentale rischia di frammentare il concetto”, Mindus, “Global harmony and the rule of law: an empirical analytic approach”, paper from Proceedings to the 24Th IVR World Congress, Thomas Bustamante & Oche Onazi, eds., 2011, p. 35.

<sup>25</sup> Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto” in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di Costa, Zolo, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 17.

<sup>26</sup> Viola, *Rule of law: il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 12.

<sup>27</sup> Palombella, “Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale”, *Sociologia del diritto*, 2009, p. 27.

<sup>28</sup> Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto” in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 19.

Diversi autori hanno tentato di proporre una definizione concettuale unitaria dello Stato di diritto, per esempio Danilo Zolo lo descrive come “una figura giuridico-istituzionale che porta all’affermazione di due principi: la diffusione del potere – limitazione con vincoli espliciti - e la differenziazione del potere – delimitazione e regolamentazione giuridica delle distinte funzioni statali”<sup>29</sup>. Luigi Ferrajoli, invece, distingue due modi di intendere lo Stato di diritto: “in senso lato, debole o formale indica qualunque ordinamento in cui i poteri sono conferiti ed esercitati in base alla legge - nelle forme e nelle procedure da questa prescritte – concezione a cui corrisponde l’espressione tedesca *Rechtsstaat*. In un senso forte o sostanziale Stato di diritto indica invece quegli ordinamenti dove i pubblici poteri sono soggetti alla legge, non solo nella forma ma anche nei contenuti, dove quindi i diritti fondamentali assumono in genere una protezione a livello costituzionale ed è garantita la divisione dei poteri”<sup>30</sup>. D’altra parte, secondo un’accezione minima offerta da Norberto Bobbio, Stato di diritto significa uno stato i cui poteri vengono esercitati nell’ambito di leggi prestabilite<sup>31</sup>, richiamando l’idea della legge come limite al potere. In ogni caso, la definizione di Stato di diritto sembra essere costituita almeno da tre elementi essenziali: il potere politico, identificato nello Stato sovrano, il diritto oggettivo, e gli individui; dove lo Stato di diritto si sostanzia in una relazione strumentale fra tali aspetti, per cui attraverso il diritto è possibile influire sul potere a favore dei singoli<sup>32</sup>. In questo senso la questione dello Stato di diritto può essere presentata come un momento del discorso sulla cittadinanza: se infatti l’oggetto della cittadinanza è il rapporto fra il singolo individuo e la comunità di appartenenza, lo Stato di diritto rappresenta uno dei possibili modi di articolare tale rapporto, in particolare prevedendo dei limiti al potere a difesa del singolo<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto” in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 34.

<sup>30</sup> Ferrajoli, “Lo Stato di diritto fra passato e futuro” in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 349.

<sup>31</sup> Bobbio, “Costituzionalismo” voce in *Dizionario di politica*, a cura di Bobbio, Matteucci, Pasquino, UTET, Milano, 1992, pp. 249-259.

<sup>32</sup> Pietro Costa definisce questi tre elementi “punti cardinali” e condizioni di senso dello Stato di diritto. Costa, “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica” in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 90.

<sup>33</sup> Idem.

Il paradigma dello Stato di diritto, potrebbe considerarsi nella sua ricchezza di esperienze e significati, l'ennesimo tentativo di risolvere il grande problema umano del potere arbitrario<sup>34</sup>. Secondo Ferrajoli: "L'elaborazione di norme che regolano le forme e i contenuti del potere è da sempre il problema di ogni dottrina razionale e garantista del diritto, tesa a limitare forme assolute e virtualmente arbitrarie"<sup>35</sup>. Infatti, una delle possibili definizioni di potere arbitrario è quella di "illegale", tornando alla dimensione del *rule of law/rule of man*<sup>36</sup>. D'altra parte, l'esigenza di porre un argine all'arbitrio del potere si esprime anche nell'ideale della certezza e prevedibilità del diritto, classico attributo dello Stato di diritto, in particolare nella versione dell'Europa continentale; un modello espresso pienamente dal formalismo impersonale della burocrazia tedesca di fine ottocento, descritto da Max Weber<sup>37</sup>. Può allora tornare utile introdurre un'altra distinzione contenuta all'interno dello spettro semantico dell'espressione *rule of law*, quella tra *gubernaculum sub leges e gubernaculum per lege*, altrimenti detti *rule of law* e *rule by law*. Con *rule by law* si intende il governo attraverso norme generali e astratte, regole universali piuttosto che decisione del caso singolo; un modello dove il diritto può essere usato strumentalmente per i fini più disparati e diventare l'efficiente mezzo del tiranno. Con *rule of law* o più precisamente, *rule under the law*, si indica, invece, un governo che si esprime in conformità a delle norme di natura superiore, leggi naturali o positive; in questo senso il concetto di *rule of law* viene connotato come intrinsecamente giusto, in quanto espressione di una serie di valori, in primis la difesa della libertà individuale<sup>38</sup>. La ricchezza di significati associati alla nozione di Stato di diritto impedisce di potersi riferire in modo generico e impone quindi una scelta terminologica; sarà perciò necessario indicare in quale

---

<sup>34</sup> "The greatest threats to the rule of law will differ at different times but the underlying principle remains the same: to separate the law from arbitrary power" Sellers, Tomaszewski, *The Rule of law in comparative perspective*, Springer, Berlino, 2010, p. 52.

<sup>35</sup> Ferrajoli, *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, p. 593 e ss.

<sup>36</sup> Cuono, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

<sup>37</sup> Weber, *Economia e società*, trad. it. Edizioni di comunità, Roma, 1981.

<sup>38</sup> Cfr. Cuono, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario* cit.; Palombella, *Il Rule of law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, cit., pp. 30-35.



senso si intende parlare di Stato di diritto, anche alla luce delle diverse esperienze storiche in cui si è concretizzata questa formula teorica.

Volendo individuare un orizzonte temporale in cui collocare la “storia” dello Stato di diritto, è possibile adottare diversi approcci: secondo una prima lettura proposta da Blandine Barret-Kriegel<sup>39</sup> le origini dello Stato di diritto possono essere ricondotte alla formazione delle monarchie moderne; d’altra parte, se, come suggerisce Pietro Costa, intendiamo lo Stato di diritto nel suo “orizzonte di senso” di strumento per arginare il potere, possiamo ampliare questa “storia” a un arco di tempo molto più ampio, fino a comprendere l’intera tradizione politica occidentale<sup>40</sup>. Infatti, la formula Stato di diritto non è che una risposta all’antico problema del rapporto fra potere e diritto, e affonderebbe le sue radici già nella storia medievale e antica, con la celebre distinzione posta fra governo della legge e governo degli uomini<sup>41</sup>. Già Aristotele elogiava il governo della legge, caratterizzato da costanza e generalità, in opposizione al governo degli uomini dove regnava la decisione caso per caso. Un primo approccio per indagare la natura dello Stato di diritto o del *rule of law* può dunque partire da un’analisi semantica che richiama l’antica dicotomia tra il *rule of law* e il *rule of men*. Analisi semantica ma anche storiografica, infatti, una possibile via nel processo ricostruttivo della nozione di Stato di diritto, può consistere nella ricerca di un filo conduttore comune alle diverse epoche, congiungendo il pensiero greco con il costituzionalismo antico e moderno<sup>42</sup>. Secondo questa lettura, il contrasto tra passione dell’uomo e legge razionale, poi ripreso dalla dottrina politica medievale nel principio della

---

<sup>39</sup> Cfr. Barret-Kriegel, *L’etat et les esclaves: réflexions pour l’histoire des États*, Payot, 1989.

<sup>40</sup> Costa, “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, cit., pp.91-92.

<sup>41</sup>In realtà l’interrogativo è se sia meglio essere governati dagli uomini migliori o dalle leggi migliori. Cfr. Tamanaha, *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; Cfr. Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 105-115.

<sup>42</sup> Si tratta di un’operazione non scevra da possibili rilievi: infatti, come riporta Pierpaolo Portinaro “una prima ricostruzione storiografica esclude che ci sia continuità fra le forme istituzionali antiche e moderne, per cui stato, sovranità e costituzione appaiono categorie saldamente connesse allo spazio artificiale della modernità (...)Nonostante sia incontestabile la soluzione di continuità con la definizione moderna di costituzione, questa tradizione storiografica deve oggi essere criticamente ridiscussa. Nel mondo antico infatti esisteva un concetto normativo di costituzione connesso all’idea del governo delle leggi (non formalisticamente intesi), e che si poneva come un limite all’arbitrio del potere”. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Il Mulino, Bologna, 2007.

subordinazione del principe alla legge<sup>43</sup>, costituisce il germe fondativo di quello che diventerà poi il *Rule of law* inglese<sup>44</sup>, idea condivisa anche dallo storico Ian McIlwain, secondo cui ogni governo costituzionale è per definizione un governo limitato<sup>45</sup>.

Nel tentativo di ricostruire un sentiero comune alle varie esperienze storiche dello Stato di diritto, sembra opportuno partire dalle sue vicissitudini più recenti, prendendo in considerazione uno dei due “modelli” di Stato di diritto, come illustrato in precedenza: quello del *Rechtsstaat*, dottrina elaborata in Germania nel corso del XIX secolo. La ragione di tale scelta è nella stessa peculiarità dell’esperienza tedesca, che sembra collocarsi, come si illustrerà in seguito, con una soluzione di continuità rispetto al contesto istituzionale precedente in Germania, raccogliendo però le influenze illuministiche e storicistiche. In ogni caso, è una dottrina espressione di istanze e tradizioni del tutto differenti da quella, invece, del *Rule of law* inglese, nonostante la presenza di temi comuni.

## 2. L’evoluzione della dottrina dello Stato di diritto in Germania e in Francia.

Secondo Pietro Costa è in Germania che, nel corso dell’ottocento, l’espressione Stato di Diritto esce dalla sua “preistoria” ed entra nella sua vera e propria “storia”, grazie alla ricca elaborazione dottrinale della giuspubblicistica tedesca<sup>46</sup>. Il termine *Rechtsstaat* viene introdotto effettivamente dal giurista tedesco Robert Von Mohl<sup>47</sup> intorno al 1830, ma trova una concreta attuazione in Germania solo nella seconda metà dell’ottocento, nel periodo della restaurazione dopo i moti del ‘48<sup>48</sup>. Il *Rechtsstaat* o

---

43 Principio enunciato da Bracton, Cfr. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. Il Mulino, 1990.

44 Bobbio, *Stato, Governo, società*, Einaudi, Torino, 1992, p. 86.

45 McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1990, p. 44.

46 Costa, “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 104; Sul tema si veda anche Ridolfi, *Rechtsstaat: percorsi nella cultura giuridica tedesca del 19. Secolo - Logon Didonai XVI*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

47 Cfr. Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Laupp, Tubinga, 1872.

48 Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 22.

Stato di diritto viene proposto come modello alternativo alle esperienze dello stato assoluto e dello stato di polizia, rielaborando in termini giuridici i tradizionali principi liberali della separazione dei poteri e della tutela dei diritti fondamentali<sup>49</sup>. Il contesto storico-politico in cui si sviluppa questa teoria è segnato dall'avvento della rivoluzione francese e dalla successiva svolta autoritaria del Terrore, esperienze che spingono molti intellettuali "liberali" a riconsiderare il rapporto tra sovranità, legge e diritti in un'ottica maggiormente garantista per l'individuo. L'esito drammatico della rivoluzione spinge, infatti, ad abbandonare la retorica della nazione sovrana "custode dei diritti", e impone l'osservanza di regole determinate e vincoli formali come limiti al potere, contro la possibile tirannia della maggioranza<sup>50</sup>, temi ripresi dalle riflessioni dei giuristi tedeschi. Nello sviluppo della dottrina del *Rechtsstaat* è possibile individuare due nodi centrali: da una parte il passaggio dal giusnaturalismo al positivismo<sup>51</sup>, e dall'altra, l'opposizione tra una prospettiva liberale a una conservatrice; inoltre occorre tenere presente il parallelo percorso di unificazione dello Stato tedesco, che determina la prevalenza dal 1871 di un'ideologia conservatrice nel territorio tedesco<sup>52</sup>. I principali esponenti delle due correnti, liberale e conservatrice, sono Friedrich Julius Stahl e Robert Mohl. La prima concezione espressa da Stahl, di stampo monarchico e conservatrice, prende le mosse dall'idea dell'identificazione del soggetto di diritto con l'intero popolo piuttosto che con il singolo individuo; l'appartenenza al popolo viene considerata elemento di mediazione del rapporto fra il soggetto e l'ordine giuridico, per cui il popolo si realizza nello Stato definito come "la personificazione della comunità umana"<sup>53</sup>. Le caratteristiche fondamentali dello Stato di diritto sono la certezza e la regolarità formale; i diritti, definiti come "libera sfera dei cittadini" sono mere concessioni del sovrano<sup>54</sup>. Questo nuovo modello istituzionale viene proposto in alternativa allo stato di polizia; aspetto essenziale è l'espressione del

---

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> Costa, "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 104-106.

<sup>51</sup> Cfr. Bobbio, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

<sup>52</sup> Gozzi, "Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 263-264.

<sup>53</sup> Costa, "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 108.

<sup>54</sup> Gozzi, "Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 264.

potere statale attraverso il diritto, senza alcun tipo di vincolo contenutistico o sostanziale, ma rispettando i criteri della regolarità formale giuridica. In questa prospettiva, il diritto è lo strumento per arginare l'arbitrarietà e l'estemporaneità dell'azione statale, enfatizzando dunque la prevedibilità e la certezza dell'ordinamento, senza prevedere l'ulteriore finalità della protezione dei diritti individuali attraverso l'imposizione di vincoli al potere, mentre unico requisito è l'espressione dell'azione statale attraverso modalità formali<sup>55</sup>. Una visione che possiamo includere nell'ambito semantico del *rule by law*, che, come rilevato, si distingue dal concetto di *rule of law*. Diversa, invece, è la prospettiva di Mohl, di matrice liberale, che concepisce lo Stato di diritto innanzitutto come uno strumento volto a proteggere la libertà individuale, ponendo quindi il singolo e la valorizzazione delle sue risorse al centro dell'azione statale. Presupposto fondamentale per realizzare tale obiettivo è rappresentato dalla protezione della proprietà, che costituisce una condizione indispensabile allo sviluppo della persona<sup>56</sup>. L'azione statale viene, anche in questo caso, descritta come un'azione normativa, caratterizzata dalla prevedibilità e dalla formalità, tuttavia, mentre per Stahl il diritto è considerato uno strumento neutrale, nell'accezione di Mohl, lo Stato di diritto è funzionale a un obiettivo specifico, la protezione dell'individuo e dei suoi diritti fondamentali<sup>57</sup>.

La teoria del *Rechtsstaat* si sviluppa compiutamente nella seconda metà dell'ottocento caratterizzandosi per il forte accento statalistico: i diritti individuali trovano tutela solo in quanto attribuiti al singolo in virtù di una disposizione legislativa, la legge viene considerata diretta espressione del potere sovrano ed è quindi assurta a fonte primaria del diritto e connotata dai requisiti della generalità, astrattezza e irretroattività delle norme<sup>58</sup>. Molto influente è la teoria di Otto Bähr<sup>59</sup> che distingue fra le varie funzioni

---

<sup>55</sup> Costa, "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 108-109.

<sup>56</sup> Mohl pone molta enfasi sull'importanza di tutelare il cittadino e i suoi numerosi diritti e libertà costituzionali, quali la libertà personale, di pensiero, di coscienza, e il principio di uguaglianza di fronte alla legge. Si tratta di una posizione giuspositivista; i diritti a cui si riferisce Mohl sono, infatti, sanciti storicamente nella costituzione di Württemberg del 1819; Idem, p. 110; Gozzi, "Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 265.

<sup>57</sup> Costa, "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 110-111.

<sup>58</sup> Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto", *Lo Stato di diritto*, cit., p. 22.

<sup>59</sup> Bähr, *Der Rechtsstaat: eine publicistische Skizze*, Scientia, Aalen, 1961 (ried. 1864).

statali: legislativa, giudiziaria e amministrativa. In particolare, è rispetto a quest'ultima che il cittadino viene effettivamente tutelato attraverso l'istituzione di tribunali amministrativi. In questo modo è predisposta un'autorità di controllo, ma solo rispetto a una specifica attività statale, quella amministrativa, riducendo in parte il senso garantistico della nozione di Stato di diritto<sup>60</sup>. D'altronde, un assunto fondamentale dei giuristi tedeschi è l'idea che i diritti dell'individuo non sono assoluti, ma risultano da un' "autolimitazione dello Stato", teoria sviluppata prima da Jhering<sup>61</sup> e poi, più compiutamente, da Jellinek, con la sua nozione di "diritti pubblici soggettivi"<sup>62</sup>. Con questa teoria si tenta di trovare una soluzione alla contraddizione tra principio di illimitatezza del potere sovrano e imposizione di limiti attraverso il diritto, ipotizzando che sia lo Stato a porre dei vincoli a sé stesso, appunto, autolimitandosi. Non viene concepito perciò un potere superiore o esterno a quello sovrano, bensì il limite non è che l'espressione di una libera decisione del potere statale e, di conseguenza, è sempre arginabile. Si tratta di vincoli che riguardano, come già rilevato, soltanto l'attività amministrativa, mentre rimane sostanzialmente discrezionale quella legislativa. Assunto sottostante a questa tesi è che lo Stato tenderà a rispettare i limiti che si è autoimposto, non nell'interesse dei singoli individui, bensì per conformarsi al principio della certezza del diritto<sup>63</sup>. Tali aspetti dottrinali determinano e sono a loro volta influenzati dal contesto storico, per cui a fronte dell'acquisizione di un crescente potere dell'amministrazione, l'istituzione di una giurisdizione amministrativa risponde a un effettivo bisogno sociale di protezione da un potere percepito come molto invasivo. D'altra parte, il potere legislativo, oltre a essere espressione diretta della sovranità statale, non è ritenuto altrettanto pericoloso per l'individuo e per i suoi diritti,

---

<sup>60</sup> Costa, "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 111-112.

<sup>61</sup> Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 1960.

<sup>62</sup> In base a questa teoria l'autorità sovrana, che si esprime nell'istituzione del parlamento, istituisce i diritti soggettivi autolimitandosi. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Società Editrice Libreria, Milano, 1912.

<sup>63</sup> Tali principi sono confermati anche nel contributo di Jellinek, artefice della più alta teorizzazione della dottrina del *Rechtsstaat*; il quale aggiunge, oltre alla teoria dell'autolimitazione dello Stato, la concezione di rapporto giuridico fra lo Stato e i soggetti, distinguendo fra l'entità statale e i singoli organi. In tal modo, è possibile concepire la soggezione a dei limiti di alcuni organi dello Stato e contemporaneamente l'assolutezza del potere statale. Cfr. Costa, "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica", in *Lo Stato di diritto*, cit. pp. 115-118.

in primis quello di proprietà. Per molti teorici tedeschi l'unico limite esterno al potere e valvola di sicurezza dell'intero sistema, è costituito dal popolo e in particolare dallo strumento dell'opinione pubblica<sup>64</sup>. La questione dei limiti effettivi al potere sovrano è uno degli aspetti più criticati del *Rechtsstaat*, per esempio secondo Michael Stolleis, l'esperienza tedesca è caratterizzata da una “spoliticizzazione” e “formalizzazione” dello Stato di diritto, la cui portata garantistica si riduce alla giustizia amministrativa<sup>65</sup>.

La dottrina della giuspubblicistica tedesca influenza profondamente anche la teoria dello Stato di diritto o *Etat de droit* francese, che presenta dunque molti aspetti comuni con quel modello, anche se con alcune peculiarità. Infatti, adottando un approccio non letterale, il problema dei limiti al potere statale nella tradizione giuridica francese ha una storia più ampia di quella della dottrina dello Stato di diritto in senso stretto, e risale al periodo dell'*ancien régime*<sup>66</sup>. In realtà, già nel cinquecento, con l'affermarsi del potere monarchico, i giuristi francesi di stampo monarchico teorizzano alcuni aspetti giuridici fondamentali del modello istituzionale francese, che ne caratterizzeranno anche lo sviluppo futuro. Nel XVI secolo si diffonde la visione della monarchia francese come governo misto, grazie all'opera di Claude de Seyssel, che descrive il Regno francese come l'unione di tre “stati”: la nobiltà, il popolo medio e il popolo minuto o terzo stato<sup>67</sup>. Seyssel prevede anche l'introduzione di limiti al potere sovrano del re, costituiti dalla religione, dalla giurisdizione e dalla “police”, con quest'ultima si intende quelle leggi fondamentali della monarchia che Jean de Terre Rouge aveva incluso nello *status publicus regni*<sup>68</sup>. Tuttavia è proprio in Francia che Bodin “conia” la nozione di sovranità, descrivendola come attributo unico e indivisibile del monarca, un potere assoluto che non prevede contro-poteri, mettendo in crisi la tradizione del governo misto<sup>69</sup>. La Rivoluzione, pur producendo una rottura

---

<sup>64</sup> Questa visione è direttamente connessa con l'assunto di fondo dei teorici del *Rechtsstaat*, per cui il popolo si esprime e realizza attraverso lo Stato, che ne rappresenta anche il grado di civiltà nella sua storia. Idem, pp. 119-120.

<sup>65</sup> Gozzi, “Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca”, in *Lo Stato di diritto*, cit. p. 270.

<sup>66</sup> Laquière, “*Etat de droit* e sovranità nazionale in Francia”, in *Lo Stato di diritto*, cit. p. 284.

<sup>67</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p. 160.

<sup>68</sup> McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., cit., p. 35.

<sup>69</sup> Costa, “Lo Stato di diritto: un'introduzione storica”, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 160-164.

con il modello assolutistico, non intacca la concezione dell'unicità del potere sovrano, anche se gli ideali rivoluzionari ne plasmano la forma. In particolare, anche dopo la Restaurazione, permane l'idea di un unico titolare della sovranità, non più identificato nel monarca bensì negli organi rappresentativi e nella legge, considerata espressione della "volontà generale". Secondo questa visione, che riprende il pensiero di Rousseau, la legge costituisce l'unica forma di protezione delle libertà e dei diritti individuali, non è concepito un reale contro-potere a quello legislativo, vanificando quindi l'effettività della tutela giurisdizionale. Unica garanzia da una possibile norma ingiusta o lesiva delle libertà dei cittadini, risiede in definitiva nella capacità del popolo di ribellarsi, e in quello che Benjamin Constant definisce "il diritto di resistenza all'oppressione"<sup>70</sup>.

L'elaborazione della dottrina dello Stato di diritto in Francia, avviene più tardi, nel periodo della III Repubblica, tra il XIX e il XX secolo, e risente, come rilevato, dell'influenza del pensiero tedesco. La riflessione dei giuristi francesi prende le mosse da una critica al "legicentrismo" imperante, ma è in particolare Raymond Carré de Malberg nel 1920<sup>71</sup>, a fornire una definizione precisa dello Stato di diritto, contrapponendolo allo "Stato legale"<sup>72</sup>, anche se già nel 1907 Leon Duguit utilizza il termine *Etat de droit*. L'*Etat legal* viene descritto come un sistema dominato dal parlamento e dalla legge, che non prevede tra i suoi fini quello della protezione dei diritti dei singoli, ma impone soltanto che l'attività amministrativa sia subordinata alla legge, la quale deve necessariamente fondarsi, in tutte le sue manifestazioni, su un atto legislativo. Lo Stato di diritto, invece, si prefigge di operare primariamente nell'interesse dei cittadini, e prevede la soggezione del potere legislativo alle norme costituzionali<sup>73</sup>. Si tratta di una concezione gerarchica dell'ordinamento giuridico, dove le garanzie di natura politica, come il referendum, sono trascurate per paura del loro carattere plebiscitario, mentre si enfatizza il ruolo delle garanzie costituzionali.

---

<sup>70</sup> Laquière, "Etat de droit e sovranità nazionale in Francia", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 286-288.

<sup>71</sup> Carré de Malberg, *La legge espressione della volontà generale*, trad. it., Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>72</sup> Laquière, "Etat de droit e sovranità nazionale in Francia", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 288.

<sup>73</sup> Idem, pp. 288-289, Cfr. Heuschling, "Etat de droit" in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, a cura di Auby, Dalloz, Parigi, 2010, p. 544.

Tuttavia, un controllo di costituzionalità ad opera dell'autorità giurisdizionale, fa fatica ad affermarsi nella cultura giuridica francese, da una parte per via del principio della separazione dei poteri, e dall'altra, per la mancanza di un vero e proprio testo costituzionale di riferimento<sup>74</sup>. Le due concezioni qui proposte, dello Stato di diritto e dello Stato legale, sembrano riproporre ancora una volta la distinzione tra *rule of law* e *rule by law*: mentre infatti, nel primo modello il potere trova dei precisi limiti costituzionali e si propone come obiettivo la difesa dei diritti individuali, nel cosiddetto *Etat legal*, unico requisito è l'espressione del potere statale attraverso il diritto, senza porsi ulteriori fini. Un elemento fondamentale nello sviluppo dello Stato di diritto in Francia è la trasformazione del ruolo dei giuristi e dell'autorità giurisdizionale: questi ultimi sono ancora visti durante la III Repubblica come degli attori poco influenti, una visione ancorata alla vecchia immagine del giudice *bouche de la loi*. La versione più moderna dello Stato di diritto sta sempre di più superando questa visione tradizionale, non potendo fare a meno del ruolo preminente dei giudici e dei giuristi<sup>75</sup>.

### 3. L'esperienza del *Rule of law* inglese

La formula *Rule of law* viene attribuita a William Edward Hearn, che l'avrebbe coniata nel 1867<sup>76</sup>, e viene poi arricchita dal contributo di Albert Venn Dicey, nella sua celebre opera "Introduction to the study of the law of the Constitution", del 1885<sup>77</sup>. I principi cardine del *Rule of law* sono però molto più antichi e possono essere fatti risalire già all'emanazione della famosa *Magna Charta* del 1215. L'esperienza inglese si sviluppa in modo del tutto peculiare rispetto alla tradizione dell'Europa continentale, a partire

---

<sup>74</sup> Durante la III Repubblica troviamo le leggi costituzionali del 1875, particolarmente concise, e la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, il cui valore giuridico è però messo in discussione da molti studiosi. Il controllo di costituzionalità è stato introdotto nel 1958 e proprio una decisione del Consiglio costituzionale nel 1982 confermerà il valore normativa della Dichiarazione del 1789. Laquière, "Etat de droit e sovranità nazionale in Francia", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 290-295 e 302.

<sup>75</sup> Idem, p. 301.

<sup>76</sup> Anno di pubblicazione della sua opera *The government of England. Its structure and its development*.

<sup>77</sup> Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 23.



da un diverso concetto di sovranità. L'idea dell'unicità del potere sovrano non si afferma nel contesto inglese, caratterizzato dal sistema del “*King in Parliament*”, in base al quale il potere è suddiviso tra due organi, entrambi sovrani: il parlamento e la corona<sup>78</sup>. Altro aspetto fondamentale è il ruolo cardine della tradizione di *common law*, le leggi consuetudinarie inglesi, tramandate e custodite dai giudici ordinari. Le Corti e i giudici si sviluppano come un potere effettivo nel Regno, sebbene non abbiano alcuna prerogativa formale di controllo rispetto agli atti del Parlamento; l'applicazione delle leggi secondo i precedenti, e quindi secondo una tradizione giurisprudenziale, permette una certa autonomia dell'autorità giudiziaria. Questa circostanza è direttamente connessa con un altro aspetto molto importante, l'affermarsi di una serie di diritti e libertà protetti dalle corti inglesi, i quali si consolidano grazie al ruolo di garanzia svolto dai giudici, contro il possibile uso arbitrario del potere da parte dell'Amministrazione e del Parlamento<sup>79</sup>. Tale situazione si sviluppa prescindendo da una costituzione scritta e da una volontà determinata che si impone dall'alto, ma emerge come processo storico e sociale, frutto di conflitti tra le forze politiche in campo, che nel corso dei secoli hanno contribuito alla creazione della cosiddetta “*law of the land*”<sup>80</sup>. Per tali ragioni nella cultura giuridica inglese anche i diritti sono concepiti in modo del tutto differente dalla tradizione continentale, e vengono intesi innanzitutto come rimedi processuali; una visione che rispecchia l'effettivo processo storico con cui si sono affermate “le libertà degli inglesi”. Infatti, il *common law* si sviluppa, diversamente dal diritto dell'Europa continentale, come un insieme di azioni giudiziali, i cosiddetti “*writs*”; per questo nel diritto inglese, è ancora oggi impensabile immaginare di sancire un diritto senza predisporre il corrispettivo rimedio di fronte alle corti<sup>81</sup>. Un momento cruciale nella storia inglese e nell'elaborazione del concetto di *Rule of law* è la conclusione della “*Glorious Revolution*” alla fine del '600, quando vengono ridimensionate le pretese assolutistiche della corona, a favore di un

---

<sup>78</sup> Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 24. Cfr. D'Avack, *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>79</sup> Zolo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 23-25.

<sup>80</sup> Idem, pp. 25-26.

<sup>81</sup> Santoro, “*Rule of law* e ‘libertà degli inglesi’. L'interpretazione di Albert Venn Dicey”, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 174.

ampliamento di poteri del parlamento<sup>82</sup>. In questo periodo diversi giuristi inglesi esaltano il sistema di *common law*, che protegge in modo adeguato i diritti individuali, attraverso la predisposizione di una serie di garanzie, soprattutto di tipo processuale. L'idea di base è che la tutela dei diritti dei singoli non può prescindere dal diritto in senso oggettivo, che viene perciò enfatizzato come la vera fonte delle libertà degli inglesi<sup>83</sup>. Nella società inglese del '600, nonostante le profonde diseguaglianze economiche, l'effettività della tutela giurisdizionale sembra essere un elemento che accomuna i cittadini di ogni estrazione sociale, anche se il sovrano mantiene il suo status di immunità rispetto al potere giudiziario<sup>84</sup>. L'apparato garantistico inglese divenne anche oggetto della propaganda politica "*whigs*", che enfatizzava l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e l'imparzialità della giustizia, una visione in parte corroborata da autorevoli analisi storiografiche<sup>85</sup>, anche se occorre considerare le profonde disuguaglianze della società inglese, per cui la maggior parte dei reati erano commessi dai cittadini più poveri<sup>86</sup>. Il diritto divenne uno strumento per legittimare il dominio delle classi dominanti, tuttavia per preservare la legittimità di tutto il sistema, anche i nobili e i ricchi dovevano rispettare le stesse "regole del gioco", garantendo quindi un'effettiva protezione anche dei diritti dei più deboli. In tale contesto il *common law* divenne un mezzo di risoluzione dei conflitti sociali, come dimostra la ricca elaborazione giurisprudenziale sul diritto di proprietà: entrambe le fazioni sociali si rivolsero alle corti per affermare, da una parte l'estinzione dei diritti d'uso e l'affermazione delle "*enclosures*" (le recinzioni dei terreni), mentre dall'altra,

---

<sup>82</sup> D'Avack, *Costituzione e Rivoluzione*, cit., p. 236.

<sup>83</sup> Santoro, "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 173-174.

<sup>84</sup> Tale situazione si protrae fino al '700, quando i giudici elaborano la teoria "dell'impossibilità dell'uso illegittimo del potere da parte del re", in base alla quale il re poteva utilizzare il proprio potere in modo distorto solo se indirizzato da cattivi consiglieri, e sarebbero stati pertanto i ministri responsabili ad essere chiamati a rispondere dei danni procurati dalla corona, affermando così il principio della responsabilità statale di fronte ai cittadini. Santoro, "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 174.

<sup>85</sup> Come sostengono le autorevoli letture di Edward P. Thompson e Douglas Hay, nonostante la strumentalizzazione politica da parte della retorica "*whigs*", effettivamente nel 700' si consolida in Inghilterra un sistema di limiti al potere e garanzie ai diritti individuali, e il diritto viene assunto a nuovo fondamento ideologico della società, soppiantando la religione. Idem, pp. 175-176.

<sup>86</sup> Idem, pp. 176-177.

i “*copyholders*” reclamavano la prevalenza del diritto consuetudinario di utilizzare la terra<sup>87</sup>.

L’opera di Dicey costituisce la prima vera elaborazione giuridica sullo Stato nella tradizione inglese, l’analisi si concentra in modo particolare sul concetto di sovranità e sul ruolo del Parlamento, l’organo in cui si esprime il potere sovrano. Al centro della costituzione inglese viene posto il Parlamento, titolare di un potere assoluto<sup>88</sup>, questa qualificazione viene intesa da Dicey in senso giuridico, perché dal punto di vista politico, sono invece presenti dei limiti esterni alla sovranità parlamentare, costituiti dalla volontà del popolo che elegge i suoi rappresentanti e che può sempre ricorrere alla disobbedienza<sup>89</sup>. Un aspetto importante, che distingue nettamente il modello descritto da Dicey dall’esperienza tedesca, è la rilevanza della “*law of the land*”, il diritto consuetudinario inglese; si tratta ancora una volta di conciliare il rapporto fra potere sovrano, espresso nel parlamento e diritti dei cittadini, in questo caso storicamente affermati e protetti dalle Corti. Nella soluzione proposta da Dicey, il diritto giurisprudenziale assume un ruolo complementare rispetto alla sovranità del parlamento: infatti, anche se quest’ultimo ha il potere di emanare qualsiasi atto, l’interpretazione della legge sarà però necessariamente affidata ai giudici, che dovranno applicarla secondo lo spirito del *common law*; sebbene non siano previsti precisi vincoli contenutistici al potere legislativo, l’introduzione di una norma contraria ai principi storici della costituzione inglese, come l’abolizione delle garanzie dell’*Habeas corpus*, sarebbe da considerarsi una rottura di portata rivoluzionaria<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Idem, pp. 179-180.

<sup>88</sup> Riprendendo le tesi di Austin sull’illimitatezza della sovranità del parlamento.

<sup>89</sup> Santoro, “Rule of law e ‘libertà degli inglesi’. L’interpretazione di Albert Venn Dicey”, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 124-125.

<sup>90</sup> Costa, “Lo Stato di diritto: un’introduzione storica”, in *Lo Stato di diritto* cit., pp. 126-127; Santoro, “Rule of law e ‘libertà degli inglesi’. L’interpretazione di Albert Venn Dicey”, in *Lo Stato di diritto* cit., pp. 181-190.

#### 4. Stato di diritto e giurisdizione: due modelli a confronto

Da quanto emerso fino a ora un elemento cruciale di distinzione tra modello continentale e modello anglosassone di Stato di diritto è la concezione del potere giurisdizionale nella società. Le due esperienze si differenziano anche per altri importanti aspetti, come l'idea dello stato e della sovranità, che nel mondo anglosassone è strutturata in modo policentrico, secondo un modello di distribuzione del potere. Anche questo elemento è però in qualche modo connesso con una profonda differenza nel concepire il ruolo delle Corti e dei giudici, derivante da esperienze storiche diverse. Secondo un autorevole lettura<sup>91</sup> la teoria dello Stato di diritto "continentale" ottocentesca, muove, da una parte, dalla concezione illuminista - razionalista dei diritti, dall'altra, dalla teoria rousseauiana della volontà generale, e si combina inoltre con il modello di Montesquieu dello Stato legicentrico e del giudice "*bouche de la loi*". In questo modo si delinea un modello dominato dal protagonismo del parlamento, considerato l'organo depositario del potere sovrano, mentre l'apparato giurisdizionale è concepito come un "potere nullo", un mezzo per applicare la volontà del sovrano<sup>92</sup>. L'elemento problematico di tale modello è la mancanza di una garanzia effettiva dei diritti dei cittadini, nonostante i diversi tentativi di risolvere sul piano concettuale la questione, avanzati dalla giuspubblicistica tedesca, e sfociati poi, sul piano concreto, nella predisposizione del controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa<sup>93</sup>. L'istituzione dei tribunali speciali amministrativi è uno degli aspetti più criticati da Dicey, in quanto in contraddizione con i principi dell'unicità del soggetto di diritto e della giurisdizione affermati nel sistema inglese. In virtù di tali

---

<sup>91</sup> Santoro, "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 173-213.

<sup>92</sup> Idem, p. 209.

<sup>93</sup> "Otto Bahr cercò di trovare una soluzione trasformando la teoria della divisione dei poteri di Montesquieu in una teoria delle diverse funzioni dello stato, così che lo stato amministrativo era assoggettato alle regole dello stato legislatore e al potere giudiziario. Tuttavia il problema di porre dei limiti effettivi al potere dello stato-legislatore rimase irrisolto, tanto che anche le teorie dell'autolimitazione dello stato di Jhering e dei diritti pubblici soggettivi di Jellinek dovettero ricorrere a elementi extra-giuridici come il ruolo dell'opinione pubblica e il grado di civiltà". Cfr. Santoro, "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 210.

principi tutti gli individui sono soggetti all'ordinamento giuridico, a prescindere dal loro status o ruolo sociale. La giurisdizione speciale amministrativa sarebbe motivo di una ingiustificata disegualianza di trattamento di fronte alla legge e fonte di immunità, nei riguardi dei funzionari pubblici. Tale enfasi sul principio dell'unicità della giurisdizione è strumentale alla "polemica" contro il diritto amministrativo; infatti, secondo Dicey, il solo principio di legalità non è in grado di arginare l'arbitrarietà del governo, ma è necessario anche assicurare l'uguale soggezione di ogni cittadino e funzionario al diritto ordinario e alle Corti ordinarie<sup>94</sup>. Per Dicey la Francia costituisce l'esempio paradigmatico di un sistema in cui la predisposizione di tribunali speciali amministrativi è in effetti garanzia di privilegi e immunità ai funzionari pubblici. Dunque, l'accento è ancora una volta posto sul ruolo di limite al potere esecutivo, svolto dalla giurisdizione<sup>95</sup>.

Il ruolo del giudiziario sembra un punto cruciale di differenziazione fra i due modelli sopra descritti: da una parte, la magistratura è intesa come un mero mezzo di applicazione della legge, dall'altra come effettivo limite del potere. Nel contesto dello Stato di diritto "continentale" la magistratura è dotata di un'indipendenza organica, funzionale ad un'applicazione neutrale della legge; nel contesto del common law, invece, i giudici sono dotati di un'autonomia "potestà normativa"<sup>96</sup> finalizzata alla protezione dei diritti individuali, la cd "ragione artificiale del giurista", grazie alla quale si affermano e si consolidano una serie di diritti e libertà dei cittadini inglesi<sup>97</sup>. Tale "*artificial reason*", seguendo la definizione di Edward Coke, corrisponde non alla razionalità illuminista, ma a quell'*expertise* che i giuristi acquistano nel confronto dei fatti con le norme. Si tratta di una razionalità discorsiva che configura il diritto come il "linguaggio dell'argomentazione giuridica" e cioè della ragione argomentativa, utilizzata dai giuristi per giustificare le decisioni delle Corti,<sup>98</sup> come è bene

---

<sup>94</sup> Santoro, "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 185.

<sup>95</sup> Idem, pp. 185-186.

<sup>96</sup> Idem, p. 211.

<sup>97</sup> Cfr. Fassò, *La legge della ragione*, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>98</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 110.

esemplificato da alcuni passi di Dicey: “i poteri, conferiti o sanciti da una legge, non sono mai realmente illimitati, perché sono circoscritti dalle parole della legge stessa, e cosa più importante, dall’interpretazione della legge data dai giudici”<sup>99</sup>. E ancora: “la volontà del legislatore è soggetta all’interpretazione che ne danno i giudici ordinari, e i giudici, influenzati dai loro sentimenti di magistrati non meno che dallo spirito generale del common law, sono inclini a interpretare le deroghe legislative ai principi del common law in un modo che non si raccomanderebbe a un corpo di funzionari o alle Camere”<sup>100</sup>. Questo principio si traduce nell’autonomia nell’amministrazione della giustizia, che non è condizionata dall’intenzione del legislatore, ma si presenta come un’attività dotata di finalità autonome. Tale concezione permette di mettere in discussione il dogma della legittimità della legge: la legittimità formale dell’atto normativo non è un requisito sufficiente: questo deve anche rispettare i principi del *common law*, saranno i giudici, in sede di applicazione della legge, a verificarne la conformità e a fornire un’interpretazione coerente con tali principi<sup>101</sup>.

## 5. La “preistoria” dello Stato di diritto e il costituzionalismo antico

Dall’analisi delle diverse esperienze storiche in cui si è incarnata la nozione di Stato di diritto e delle corrispondenti elaborazioni teoriche, sembra difficile individuare una “misura” delle sue variabili di significato. Tuttavia alcuni punti centrali sono emersi: dal punto di vista storico è possibile distinguere due modelli, quello continentale e quello anglosassone; dal punto di vista teorico e concettuale si riscontra un tema ricorrente, la distinzione fra una concezione “debole” o “formale” dello Stato di diritto, imperniata sul principio di legalità, e una visione “forte” o “sostanziale”, in cui, invece,

---

<sup>99</sup> Dicey, *The law of the Constitution*, Mac Millian and Co., Londra, 1889, p. 273.

<sup>100</sup> Ibidem.

<sup>101</sup> Santoro, “Rule of law e ‘libertà degli inglesi’”. L’interpretazione di Albert Venn Dicey, in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 207-208.

assume primaria importanza l'effettiva difesa dei diritti individuali<sup>102</sup>. In questo panorama è necessario aggiungere un altro elemento determinante, la giurisdizione, la cui diversa concezione costituisce una delle più importanti differenze fra le due tradizioni giuridiche sopra analizzate. Se le riflessioni svolte finora hanno riguardato la storia "ufficiale" dello Stato di diritto in Europa, adesso, invece, ci si riferirà, seguendo una definizione offerta da Pietro Costa, alla sua cosiddetta "preistoria"<sup>103</sup>, a partire dalla distinzione del pensiero greco fra governo degli uomini e governo delle leggi.

La tradizione europea appare profondamente segnata da quella che Pier Paolo Portinaro definisce la "rivoluzione nomistica" del V secolo a. C., la quale segna il passaggio da una concezione personalistica del potere all'affermarsi della legge impersonale. Lo studio dello sviluppo delle istituzioni europee è in tal senso la "storia del governo delle leggi"<sup>104</sup>, se tale prospettiva consente di guardare alla tradizione costituzionale occidentale come un percorso unitario, questa si è poi differenziata nella storia dello Stato di diritto, del *Rule of law* o dello Stato costituzionale dei diritti<sup>105</sup>. A prescindere dai diversi approcci storiografici, si ritiene che il costituzionalismo antico e medievale offra sfaccettature nuove e spunti teorici ancora attuali, per analizzare categorie come la giurisdizione e lo Stato di diritto. Per esempio, secondo Aristotele il governo delle leggi deve essere ritenuto superiore a qualsiasi governo degli uomini, perché "le passioni traviano, quando sono al potere, anche gli uomini migliori. Ma la legge è intelligenza senza passioni"<sup>106</sup>. La superiorità del governo della legge si

---

<sup>102</sup> "Nel primo caso, stato legale o storicamente Stato legislativo di diritto la formula significa semplicemente un modello in cui la legge, qualunque ne sia il contenuto, è condizionante della validità e dell'efficacia degli atti da essa previsti. Il secondo indica un modello, storicamente realizzatosi in Europa come Stato costituzionale di diritto, di ordinamento dove tutti i poteri sono sottoposti alla legge, la quale è essa stessa condizionata a limiti e vincoli di carattere non solo formale ma anche sostanziale" Ferrajoli, *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*, vol. I., cit., p. 485.

<sup>103</sup> Cfr. Costa, "Lo Stato di diritto: un'introduzione storica", in *Lo Stato di diritto* cit., pp. 91-92.

<sup>104</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., pp. 140-141.

<sup>105</sup> Idem, p. 141. Addirittura Passerin D'Entreves si chiede se la nozione stessa di Stato non sia necessariamente condizionata dall'idea del governo della legge e quindi a partire dal diritto. Cfr. Passerin D'Entreves, *La dottrina dello Stato*, cit. p. 106.

<sup>106</sup> Aristotele, *Politica*, La visione aristotelica è però più complessa e implica anche una concezione etica dello Stato, per cui le leggi devono essere anche giuste, e la superiorità delle leggi viene messa in

combina nella riflessione di Aristotele, alla definizione di “costituzione”, che viene connotata in senso prettamente giuridico, piuttosto che etico<sup>107</sup>. Nel mondo greco il termine *politeia*, una delle possibili traduzioni di “costituzione”, aveva un significato piuttosto ampio, che identificava dalla struttura dei poteri nella *polis*, alla forma di governo e allo status collettivo dei cittadini, intendendo la cittadinanza come soggetto politico<sup>108</sup>. Aristotele specifica che per costituzione s’intende un ordinamento della Città riguardo le magistrature, il modo di distribuirle, l’attribuzione della sovranità, una definizione molto più vicina alla concezione moderna di costituzione. In tale visione, la costituzione, intesa come distribuzione del potere fra i suoi componenti, è un elemento fondante e necessario della *polis*<sup>109</sup>. La storia del governo delle leggi s’intreccia dunque con quella del costituzionalismo. Secondo Portinaro è possibile analizzare la storia del costituzionalismo in modo non formale, adottando un “concetto integro di costituzione materiale”<sup>110</sup>, e individuare le linee di continuità nella tradizione costituzionale occidentale. Con questa definizione si fa riferimento alla costituzione in primo luogo come “ordine effettivo”, distribuzione dei poteri nella società e secondariamente alla formalizzazione giuridica di tali rapporti. Una concezione ben espressa dal modello della costituzione mista, che attraversa tutta la storia occidentale delle forme di governo, nella quale è possibile individuare il precedente genealogico della dottrina della divisione dei poteri<sup>111</sup>. Tale concetto di costituzione come ordine fa riferimento a uno dei campi semantici del termine costituzione: quello derivante dal latino “*constitutio*”<sup>112</sup> come fondare e istituire,

---

discussione nel caso in cui ci si trovi di fronte a un uomo di doti “eccezionali”. Cfr. Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, p. 108.

<sup>107</sup> Idem, p. 110.

<sup>108</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p. 142.

<sup>109</sup> Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., pp. 111-112.

<sup>110</sup> Idem, pp. 141 -143. Sul concetto di costituzione in senso materiale si veda Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

<sup>111</sup> Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., pp. 146-151.

<sup>112</sup> Nel lessico latino, *constitutio* aveva vari significati: inizialmente era inteso come atto fondativo di una colonia, mentre in Cicerone significa forma della res publica, e nel linguaggio giuridico tardo imperiale stava per atto normativo-amministrativo. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., pp. 142-143.



intendendo così sia l'atto di stabilire e ordinare una serie di rapporti che lo stesso ordine e regole stabiliti<sup>113</sup>.

Il concetto di costituzione mista, la cui fortuna nella tradizione giuridica occidentale sta ad indicare la preferenza per un'organizzazione complessa delle istituzioni di governo, descrive un sistema politico in cui elementi monarchici, aristocratici e democratici vengono organizzati in una struttura unitaria. Tale concetto è anche dotato di valenza normativa, come modello principale nella ricerca della miglior forma di governo, e quindi idoneo a rappresentare la cosiddetta costituzione materiale di uno Stato<sup>114</sup>. Infatti, nella concezione classica di costituzione mista riveste un ruolo preminente l'aspetto della distribuzione dei poteri effettivi, ovvero dei rapporti di forza fra classi sociali, espressi in relazioni inter-istituzionali. Tuttavia sono presenti anche altri elementi importanti, in particolare l'idea che solo un accordo garantito da leggi sia da considerarsi una vera costituzione, escludendo i casi in cui il dominio di una fazione sulle altre viene imposto con la forza<sup>115</sup>. L'ideale della costituzione mista è, da una parte, fin dalla tradizione greca, concepito come uno strumento per garantire stabilità all'ordine politico, temperando gli interessi di diverse fazioni sociali; dall'altra, è in stretta correlazione col tema del governo delle leggi, perché la distribuzione del potere fra le parti serve alla sua limitazione<sup>116</sup>. Tale modello sembra costituire un compromesso tra gli interessi dei governanti e quelli dei governati, come sottolinea anche Bobbio, per cui dal punto di vista "del principe" assicura stabilità e durata, da quello del "popolo" perché offre maggiori garanzie di libertà, grazie al reciproco controllo delle forze sociali; quest'ultimo aspetto connette la dottrina del

---

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., pp. 141-142, 151. L'idea di regolare l'attività dello Stato attraverso un meccanismo costituzionale così da assicurarne la stabilità e prevenire l'arbitrio risale alla concezione classica di costituzione mista, consistente nella possibilità di combinare le diverse forme semplici di costituzione, così da impedirne la degenerazione. Cfr. Passerin D'Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., p. 166.

<sup>115</sup> In base a tale concezione la costituzione mista è teorizzata come una "costituzione senza padrone", in cui nessun soggetto può occupare l'intero spazio costituzionale. Passerin D'Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., pp. 143-144.

<sup>116</sup> Platone connette il tema con quello del governo delle leggi da una parte, e con il "mito della costituzione degli antenati", vista in contrapposizione alla "costituzione dei vincitori", come rimedio alla sopraffazione del più forte. Idem, p. 152.

governo misto a quella del costituzionalismo<sup>117</sup>. È soprattutto Aristotele ad elogiarne la “moderazione”, la costituzione mista è il risultato dell’unione di due forme corrotte, l’oligarchia e la democrazia; tuttavia, il filosofo greco osserva che tali forme possono essere combinate in diverso modo, dando luogo anche a una costituzione formalmente mista, ma in cui in realtà predomina uno dei due aspetti<sup>118</sup>. Un classico esempio dell’ideale di costituzione mista, viene offerto da Polibio, che applica alla forma impero, un concetto nato con riferimento alla *polis*. Inoltre, è interessante lo spostamento dell’attenzione dalla ricerca di un equilibrio fra le classi sociali, a quello fra poteri dell’ordinamento e delle magistrature, secondo alcuni, quella di Polibio è la più antica teoria sull’equilibrio e il reciproco controllo fra poteri dello Stato<sup>119</sup>. L’aspetto dell’equilibrio viene evidenziato anche dal contributo di Cicerone, nella sua idea di *aequabilitas*, intesa come equa distribuzione di diritti e poteri, definiti con precisa terminologia giuridica<sup>120</sup>. Nel contesto medievale la dottrina del governo misto si arricchisce dell’elemento spirituale, che si posiziona accanto al potere temporale; permane tuttavia la concezione tradizionale, anche per la necessità di ordinare società caratterizzate da grande pluralismo<sup>121</sup>. Una delle più note espressioni di tale concezione è la teoria del *regimen commixtum* di Tommaso d’Aquino, in base alla quale la monarchia doveva essere temperata attraverso la partecipazione del popolo alla legislazione<sup>122</sup>. La dottrina del governo misto diventa un classico del pensiero politico in tutta Europa, dal rinascimento fino al XVIII secolo, tuttavia l’esempio più importante di governo misto nella storia è quello della monarchia inglese: già nel 1465 John Fortescue aveva affermato la superiorità del *regimen politicum et regale* sul solo

---

<sup>117</sup> Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, pp. 155-157, Cfr. Bobbio, “Mosca e il governo misto”, in, *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, a cura di Albertoni, Giuffrè, Milano, 1983.

<sup>118</sup> Bobbio, “Mosca e il governo misto”, cit., p. 154. Nella famosa classificazione di Aristotele delle forme politiche si distinguono sei forme tipiche, tre mirano al bene comune, e sono il regno, l’aristocrazia e la politia, e tre sono, invece, finalizzate all’utile particolare: tirannide, oligarchia e democrazia. Cfr. Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., p. 111.

<sup>119</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., pp. 154-155; Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., pp. 167-168.

<sup>120</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p. 154-156; Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., p. 168.

<sup>121</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p. 157.

<sup>122</sup> Passerin D’Entreves, *La dottrina dello stato*, p. 169.

*regnum regale*<sup>123</sup>, ma è nel 1642, con la pubblicazione dell' "Answer" di Carlo I alle *Nineteen propositions* avanzate dal Parlamento, che il governo misto inglese assume una configurazione stabile e precisa<sup>124</sup>. L'esperienza britannica mostra come le strutture possono permanere riadattandosi ai mutamenti sociali; nonostante tale sistema sia stato da alcuni considerato irrazionale e causa di instabilità politica<sup>125</sup>, la storia della "costituzione inglese" offre un modello alternativo a quello razionalistico del costituzionalismo moderno<sup>126</sup>. Come testimoniano recenti studi<sup>127</sup> anche nella famosa opera di Montesquieu, *De l'esprit des lois*, considerata un manifesto della dottrina della separazione dei poteri, ci sono tracce di questo modello istituzionale. In particolare, il riferimento è ai libri II-VII dello "Spirito delle leggi", dove Montesquieu tratta di un modello costituzionale ulteriore rispetto a quello della rigida separazione delle funzioni statali, a partire dall'analisi della monarchia francese dei "poteri intermedi"; un assetto istituzionale che descrive un rapporto di bilanciamento fra le forze sociali, nel solco della tradizione della costituzione mista<sup>128</sup>. Tuttavia, con l'introduzione del concetto di sovranità nella moderna dottrina dello Stato, la tradizione di pensiero della costituzione mista verrà messa in discussione<sup>129</sup>.

Riprendendo la lettura proposta da Pier Paolo Portinaro, l'attuale configurazione indefinita dell'Unione europea, sotto il profilo costituzionale, è figlia di due processi di lungo periodo: uno centralistico-burocratico, identificabile con le funzioni di governo o lo Stato Amministrativo e uno costituzionale-garantistico, corrispondente alle funzioni giurisdizionali. La storia delle istituzioni europee è in questo senso, storia parallela di queste due funzioni, cosiddette di governo e giurisdizione, le quali si avvicendano in modalità peculiari nelle varie fasi storiche<sup>130</sup>. Tale distinzione si

---

<sup>123</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p.162; Passerin D'Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., p. 170.

<sup>124</sup> D'Avack, *Costituzione e Rivoluzione*, cit., p. 236 e ss.

<sup>125</sup> Passerin D'Entreves, *La dottrina dello stato*, cit., p. 175, Cfr. Harrington, More, nonché Hobbes.

<sup>126</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p.177.

<sup>127</sup> Goldoni, "Montesquieu and the French Model of Separation of Powers" in *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, 4, (1), 2013, pp. 20-47.

<sup>128</sup> Goldoni, "Montesquieu and the French Model of Separation of Powers" cit., pp. 20-21, 25.

<sup>129</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., p. 162.

<sup>130</sup> Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, cit., pp. 253-255.

riferisce al noto binomio del costituzionalismo medievale, *gubernaculum – iurisdictio*, ben illustrato dallo storico Charles Howard McIlwain<sup>131</sup>, che attraversa tutta la storia delle istituzioni europee, intrecciandosi con quello che è stato definito “l’orizzonte di senso” dello Stato di diritto<sup>132</sup>. McIlwain si serve di alcuni passi del giurista inglese del XIII secolo Henry De Bracton<sup>133</sup> sulla giurisprudenza inglese medievale, per definire questi due ambiti del potere, governo e diritto, che rappresentano la concezione medievale di costituzione e gettano luce anche sul successivo sviluppo del costituzionalismo<sup>134</sup>. Bracton distingue appunto fra il *gubernaculum* sul regno, che spetta al re, ambito nel quale il sovrano non ha né pari né un “*superior*”, e la *iurisdictio* o legge, con cui ci si riferisce sia all’amministrazione della giustizia che alla legge<sup>135</sup>. Questa distinzione si configura molto più rigidamente di quella contemporanea fra governo e legge, per cui i due ambiti risultano ben separati l’uno dall’altro<sup>136</sup>. Nell’ambito del *gubernaculum* il re ha pieno potere discrezionale e nessun atto può essere dichiarato illegittimo<sup>137</sup>. L’essenza della regalità era identificata nell’esercitare la giustizia, nel pronunciare giudizi e nel mantenere la pace, quest’ultima prerogativa era una delle più importanti, visto il disordine politico dell’epoca. Tali diritti o giurisdizioni potevano essere concessi a persone o feudi, come succedeva attraverso il meccanismo della giurisdizione delegata, tuttavia questo non impediva il permanere della giurisdizione ordinaria del re, per cui era sempre possibile una rivendicazione di tali “privilegia” concessi a terzi da parte della corona<sup>138</sup>. L’aspetto più interessante è però la configurazione negativa della *iurisdictio* rispetto al *gubernaculum*; questa non coincide con una “mera forza direttiva”, né tantomeno con un dovere morale, ma si sostanzia nell’imposizione di limiti, sanciti da leggi positive, al potere discrezionale del re, per cui un atto regale contrario a tali vincoli era definito “*ultra vires*”<sup>139</sup>. Infatti,

---

<sup>131</sup> McIlwain, *Constitutionalism ancient and modern*, Cornell University Press, 1947.

<sup>132</sup> La definizione è di Pietro Costa.

<sup>133</sup> Cfr., Bracton, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* (1188 circa), F.W. Maitland, *Bracton’s Note Book*, I, pp. 9–10.

<sup>134</sup> McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Il Mulino, 1990, p. 106.

<sup>135</sup> McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., pp. 92-110.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>138</sup> *Idem*, pp. 97-99, 103.

<sup>139</sup> *Idem*, pp. 104-105.

sebbene i giudici inglesi fossero designati dal re e agissero in suo nome, questi erano legati da un giuramento autonomo, a determinare i diritti del suddito secondo la legge. Ciò è evidente dall'avvento della *Magna Charta*: in quella dichiarazione di diritti vengono infatti sanciti principi che erano già ritenuti norme di legge, come quello fondamentale per cui il re non può procedere con la forza contro nessuno per una pretesa violazione di diritti, prima che un processo sia stato aperto secondo le regole del “*due process of law*”<sup>140</sup>. Secondo McIlwain questa fondamentale distinzione sopravvive nella tradizione giuridica occidentale ed è riscontrabile anche nel contributo di autori successivi, come il sopracitato Fortescue, che definisce il sistema inglese un regime *politicum et regale*. Tale formula è infatti interpretabile intendendo con “*politicum*” l’ambito della *iurisdictio* e con “*regale*” quello del *gubernaculum*, e traducendo quindi “*politicum*” come costituzionale<sup>141</sup>. Queste osservazioni offrono nuovi spunti per leggere la tradizione della costituzione mista, di cui l’Inghilterra costituisce uno degli esempi più rilevanti: in questo senso le radici della costituzione mista inglese andrebbero ricollegate al binomio medievale *gubernaculum - iurisdictio*, piuttosto che nel principio dei “pesi e contrappesi” fra organi dello Stato. Nel corso della prima metà del XVI secolo, fiorisce la dottrina del potere assoluto del principe facendo quasi scomparire il concetto di *iurisdictio*, tuttavia l’idea del diritto come limite all’arbitrio del sovrano si conserva e si sviluppa grazie all’esperienza storica inglese<sup>142</sup>. Nonostante la difficoltà di adattare concetti antichi al mutato contesto storico, ancora oggi possiamo parlare di *gubernaculum* e *iurisdictio* e questi possono indirizzarci nel risolvere problemi concreti. In presenza di una costituzione scritta che prevede una serie di diritti individuali, questa rappresenta la sfera della *iurisdictio* in quanto pone tali norme sotto la protezione dei tribunali, mentre lascia alla

---

<sup>140</sup> McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit, p. 105.

<sup>141</sup> Questa lettura si pone in contrasto con la classica interpretazione di Plummer, che intendeva *politicum* come repubblicano, in riferimento all’introduzione dei “pari” nel governo inglese, e ritenendo la definizione di Fortescue la prima affermazione del “governo misto” inglese. Tuttavia, secondo McIlwain, “*politicum*” deve essere inteso in linea con le affermazioni di Bracton, e quindi come “costituzionale”, indicando la dimensione di limite giuridico al governo e non un organo di governo indipendente dal re e responsabile di fronte al popolo. Idem, pp. 107-108; Cfr. D’Avack, *Costituzione e Rivoluzione*, cit.

<sup>142</sup> Idem, pp. 115-119.

discrezionalità del governo altre questioni<sup>143</sup>. Dunque, la dimensione della *iurisdictio* risulta quanto mai indispensabile nell'attuale contesto dello Stato costituzionale di diritto, rappresentando il limite del diritto all'arbitrio del potere esecutivo e legislativo<sup>144</sup>; la possibilità di attuare questa garanzia è sempre stata riposta nell'indipendenza e capacità dell'autorità giurisdizionale. Tale questione rimane parallela e del tutto differente rispetto al problema dell'equilibrio politico e alla teoria della separazione dei poteri. Infatti, mentre l'idea di porre dei limiti definiti al potere trova il suo fondamento storico nella tradizione costituzionale medievale, invece la teoria della separazione del potere ha radici più recenti, nelle teorie illuministe<sup>145</sup>.

In conclusione, la cosiddetta "preistoria" dello Stato di diritto comprende concezioni e tradizioni culturali fra loro eterogenee, soluzioni diverse allo stesso problema generale: porre dei freni al governo arbitrario. Tale ricerca ha portato da una parte, a identificare nella realizzazione di un equilibrio fra le forze sociali, nell'ideale della costituzione mista, la soluzione del problema. Sulla scia di tale tradizione si sviluppa nell'illuminismo la teoria della separazione fra poteri dello Stato, dottrina da ritenersi comunque distinta dalla precedente. D'altra parte, il costituzionalismo medievale ha offerto un ulteriore strumento per rispondere al problema del potere illimitato, attraverso la previsione di un ambito indisponibile di diritti: la *iurisdictio*.

## 6. Stato di diritto, *Rule of law* e *Iurisdictio*

Da questa, seppur sommaria, ricognizione dei vari significati dell'espressione *Rule of law*/Stato di diritto, attraverso l'analisi delle sue prevalenti concezioni nella tradizione giusfilosofica occidentale, emerge la grande ricchezza semantica della categoria. Tuttavia, come osserva Palombella, anche se il *Rule of law* può essere analizzato semplicemente con riguardo ai suoi significati storici, questo si connota rispetto alle

---

<sup>143</sup> D'Avack, *Costituzione e Rivoluzione*, cit., p. 166.

<sup>144</sup> Sul punto si veda più avanti Cap. II, par. 1.

<sup>145</sup> McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, pp. 162-167.

esperienze continentali derivanti dal *Rechtsstaat*, come “uno specifico concetto storico-istituzionale”<sup>146</sup>, dotato di un significato normativo. Mentre il *Rechtsstaat* è essenzialmente concepito come una particolare forma di Stato, l’ideale del *Rule of law*, presuppone l’esistenza di un ambito del diritto non disponibile al potere sovrano, richiamando il binomio della tradizione medievale *gubernaculum-iurisdictio*<sup>147</sup>.

Nell’esperienza tedesca e continentale ottocentesca<sup>148</sup>, il passaggio dallo Stato di polizia a uno stato sottoposto o limitato dal diritto, non si traduce nella previsione di limiti esterni all’attività statale, ma il diritto viene inteso piuttosto come struttura dello Stato. In questo modello di “stato fondato sul diritto”<sup>149</sup> in cui vige il primato della legge, i diritti individuali trovano una tutela nello strumento legislativo, ma questo può anche subordinarli a sé, in quanto derivanti in definitiva dal potere sovrano. Inoltre, in tale contesto, influenzato dalla dottrina della separazione dei poteri, il giudiziario pur essendo concepito come un potere separato dagli altri organi, è chiamato ad applicare rigidamente la legge; in questo modo il diritto è uno strumento per esprimere la volontà dello stato, è forma dello stato ma non ne costituisce un limite. Tale concezione può essere ricondotta all’ambito semantico del *rule by law* e del *gubernaculum per lege*<sup>150</sup>, discostandosi dalla tradizione del costituzionalismo antico e medievale, che, invece, esprime il concetto di *rule under the law*, e si colloca in linea di continuità con il *Rule of law*, nella sua incarnazione storica nel contesto inglese. Il concetto di *Rule of law*, tuttavia può anche essere inteso in senso normativo, come un modello istituzionale preferibile ad altri, in quanto prevede l’imposizione di limiti al potere sovrano<sup>151</sup>. Questa distinzione ne ricalca un’altra, operata spesso in letteratura, quella fra Stato di diritto in senso debole o in senso forte/sostanziale<sup>152</sup>; dove, nel primo caso, lo Stato si limita al rispetto del principio di legalità, e il fine del benessere della comunità politica

---

<sup>146</sup> Palombella, “Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale”, cit., p. 36.

<sup>147</sup> Ibidem.

<sup>148</sup> Cfr. par. 2.

<sup>149</sup> Palombella, “Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale” cit., p. 40.

<sup>150</sup> Cfr. par. 1.

<sup>151</sup> Palombella, “Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale”, cit. pp. 36-41.

<sup>152</sup> A partire da Luigi Ferrajoli. Cfr. Ferrajoli “Lo Stato di diritto fra passato e futuro” in Costa, Zolo, in *Lo Stato di diritto*, cit. p. 349.

viene preferito a quello della giustizia e della tutela dei diritti, riconoscendo alla “certezza delle istituzioni pubbliche”<sup>153</sup> un valore intrinseco<sup>154</sup>. L’idea dello Stato di diritto sostanziale prevede, invece, ulteriori fini e limiti all’azione statale, quali la protezione di una serie di diritti fondamentali, considerati un ambito di diritto indisponibile, appunto di *iurisdictio* riprendendo la terminologia del costituzionalismo medievale, come storicamente avvenuto con lo Stato costituzionale di diritto<sup>155</sup>. Il binomio *gubernaculum-iurisdictio* presenta, infatti, elementi di attualità validi al di là della distinzione fra sistemi di *common law/civil law*, descrivendo due ambiti essenziali del potere. Da una parte il *gubernaculum*, la volontà del sovrano, gli obiettivi e le politiche di governo; dall’altra la *iurisdictio*, il diritto storico proprio del Paese, il *common law*, le convenzioni costituzionali, le decisioni giudiziarie, la possibilità di difendere le libertà dei singoli<sup>156</sup>. *Iurisdictio* indica perciò un ambito indisponibile e indecidibile del diritto, che potremmo identificare con l’espressione “*ius dicere*”, mentre un’altra parte del diritto rimane a disposizione del sovrano (o della maggioranza, nei sistemi parlamentari a democrazia rappresentativa) e si configura come esplicitazione di quella volontà, nella scelta e decisione politica. In questo senso il concetto di *rule of law* non coincide con la predisposizione di requisiti formali o sostanziali del diritto, ma si sostanzia nella relazione fra *gubernaculum* e *iurisdictio*, in termini di opposizione fra tali ambiti del diritto; è proprio tale relazione a mancare nella configurazione continentale dello Stato di diritto, dove i diritti sono intesi come subordinati istituzionalmente alla volontà del sovrano<sup>157</sup>. In questo senso *iurisdictio* si configurerebbe, nella dialettica relazionale con il *gubernaculum*, nella sua dimensione negativa di limite al potere, d’altra parte tale aspetto non esaurisce la ricchezza di significati ad essa associabili. In primo luogo, la giurisdizione si manifesta come necessariamente legata al territorio, determinandone i confini, tuttavia il suo potere opera ancora più in profondità. Distinguendo fra tipologie di soggetti, stranieri da nativi, “campagnoli” da cittadini, la giurisdizione produce identità politiche e

---

<sup>153</sup> Palombella, “Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale, cit., pp. 40-42.

<sup>154</sup> Idem, pp. 36-39.

<sup>155</sup> Palombella, “Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale, cit., p. 46.

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> Idem, pp. 47-48.



sociali<sup>158</sup>. In ambito giuridico, il termine viene raramente utilizzato in senso astratto nelle disposizioni legislative, ma sempre riferito a un'attività concreta, l'attività giurisdizionale appunto; la giurisdizione trova la sua più compiuta definizione nella dimensione della concreta applicazione del diritto<sup>159</sup>. Nella traduzione attuale, "giurisdizione" indica fundamentalmente la dimensione giuridica e processuale del potere, ma costituisce essa stessa un rapporto di potere, e assolve a funzione di legittimazione del sistema sociale stesso<sup>160</sup>. Per tornare al linguaggio medievale, in un importante studio semantico<sup>161</sup> sulla categoria della *iurisdictio*, Pietro Costa evidenzia come questo termine sia espressivo di un rapporto di superiorità - un rapporto di potere<sup>162</sup>. In questa prospettiva la *iurisdictio* è uno fra i tanti centri e le diverse forme di potere esistenti nella società pluralistica medievale, considerazione sottovalutata dal mito tradizionale della sovranità, che intende il potere sovrano in modo esclusivo. Nella sua analisi Costa offre una definizione di potere come relazione diseguale fra due soggetti, nella quale il cd "potente" esplica il suo potere attraverso una norma munita di sanzione e per questo vincolante nei confronti di soggetti tenuti all'obbedienza da una convinzione di legittimità. Questo rapporto di potere non è una relazione puramente occasionale ma rimanda a una certa stabilità<sup>163</sup>, dove il "potere indica un esercizio istituzionalizzato della potenza che conduce una società a differenziarsi in governanti e governati"<sup>164</sup>. Tale relazione, in tutti i suoi elementi, viene definita "processo di potere", Costa distingue tra processo valido e processo effettivo di potere: quest'ultimo si verifica quando il processo di potere si organizza al di fuori degli schemi previsti dal sistema autoritativo di simboli<sup>165</sup>. L'effettività del processo di potere se da un lato è data per opposizione alla validità, dall'altro lato

---

<sup>158</sup> Ford, "Law's Territory. (A history of jurisdiction)", *Michigan Law Review*, Vol. 97, 4/1999, p. 844 e ss.

<sup>159</sup> Satta, "Giurisdizione" voce in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Varese, 1970, pp. 219-229.

<sup>160</sup> Rigo, "Spazi di trattenimento e spazio di giurisdizione" *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. II 2017, pp. 475-493; Cfr. Luhmann, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida Editori, 1990.

<sup>161</sup> Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.

<sup>162</sup> Cfr. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino Editore, 2002 p. 17 e ss.

<sup>163</sup> Tale posizione è sostenuta da Max Weber e ripresa da König.

<sup>164</sup> Costa, *Iurisdictio*, cit., pp. 83.

<sup>165</sup> Idem, pp. 84-87.

risulta per emersione dei meri fatti, permettendo così di indagare sulla stessa genesi del processo di potere. Così i momenti centrali del processo di “effettivizzazione” sono anche i nodi essenziali del processo di potere: creazione di luoghi strutturali di svolgimento di relazioni interumane, conseguente organizzazione in termini di comando e obbedienza della relazione diseguale, contemporanea convinzione della legittimità dell’obbedienza<sup>166</sup>. Da questa analisi emerge un’altra funzione e significato della giurisdizione, che si aggiunge al tradizionale ruolo di limite, la funzione cosiddetta istitutiva della *iurisdictio*: in tal senso la giurisdizione interviene come “momento istitutivo” necessario, nel passaggio dall’esercizio della mera forza all’istituzionalizzazione formale del potere coercitivo attraverso il diritto, svolgendo anche funzione di legittimazione<sup>167</sup>. Da tale analisi emerge un’ulteriore sfaccettatura della *iurisdictio* o giurisdizione, arricchendo il panorama concettuale che orbita intorno alla nozione di Stato di diritto, e che può contribuire a chiarire processi in atto nelle istituzioni contemporanee.

---

<sup>166</sup> Costa, *Iurisdictio*, cit., p. 87.

<sup>167</sup> Rigo, “Spazi di trattenimento e spazio di giurisdizione”, cit., p. 485.

## I. Stato costituzionale di diritto e accesso alla giustizia

### 1. Lo Stato costituzionale di diritto

Secondo Luigi Ferrajoli i due significati con cui è possibile intendere lo Stato di diritto, in senso debole o forte, come già rilevato, possono essere associati alle due esperienze storiche dello Stato legislativo di diritto ottocentesco e dello stato costituzionale di diritto, che si è sviluppato compiutamente nell'Europa del secondo dopo guerra<sup>1</sup>. Un discorso a parte riguarda il modello inglese del *Rule of law*, che pur non essendo dotato di una costituzione scritta, rappresenta un esempio di Stato di diritto in senso “forte”, in quanto di fatto, le libertà e i diritti fondamentali limitano la produzione e l'applicazione del diritto<sup>2</sup>. Lo stato legislativo di diritto o stato legale si realizza storicamente con l'affermazione del principio di legalità quale fonte esclusiva del diritto valido, per cui *auctoritas, non veritas facit legem*, con questo mutamento cambia anche la natura della giurisdizione, che viene concepita come subordinata alla legge e trae unicamente da tale soggezione al principio di legalità la propria legittimazione. Il giudizio, in tale contesto, diventa di tipo cognitivo o di accertamento, secondo l'altro principio espresso dal brocardo *veritas non auctoritas facit iudicium*, che vale a fondare le garanzie della certezza del diritto, dell'uguaglianza di fronte alla legge, della non arbitrarietà, della terzietà e indipendenza della magistratura<sup>3</sup>. La teoria novecentesca della democrazia costituzionale rielabora alcuni aspetti essenziali della dottrina dello Stato di diritto, che possono considerarsi elementi comuni alle diverse tradizioni storico-giuridiche. In primo luogo viene confermato il principio della limitazione dei poteri pubblici attraverso il diritto, aspetto centrale assume la riserva di legge, e infine, la tutela giurisdizionale dei diritti trova espresso riconoscimento a livello costituzionale nel diritto alla difesa e nel diritto al giudizio<sup>4</sup>. Una premessa teorica fondamentale che ne permette lo sviluppo è la concezione kelseniana della

---

<sup>1</sup> Ferrajoli, “Lo Stato di diritto fra passato e futuro” in *Lo Stato di diritto*, cit. p. 349.

<sup>2</sup> Idem, sub nota 377-378.

<sup>3</sup> Idem, pp. 352-354.

<sup>4</sup> Portinaro, “Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?”, in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 389.

costruzione a gradi dell'ordinamento, lo stesso Kelsen è stato anche autore di alcuni articoli della costituzione austriaca dedicati alla giustizia costituzionale. Il contributo di Kelsen determina una rielaborazione della dottrina dello Stato di diritto rispetto a quella tradizionale della giuspubblicistica tedesca; uno degli aspetti più rilevanti è costituito dalla decostruzione del mito della sovranità dello Stato, che nella "Dottrina Pura" viene a coincidere con la sovranità dell'ordinamento giuridico; così che lo Stato di diritto viene inteso innanzitutto nella sua dimensione formale<sup>5</sup>. Il passaggio al modello dello Stato costituzionale di diritto comporta diverse conseguenze; in primo luogo la subordinazione della legge a delle norme sostanziali di natura superiore produce una dissociazione tra validità e vigore, con la determinazione del cosiddetto "diritto illegittimo"<sup>6</sup>, consistente in disposizioni che producono effetti nell'ordinamento, ma che sono invalide in quanto non conformi alla costituzione. Nello specifico, secondo la definizione di Ferrajoli, nel paradigma dello Stato costituzionale di diritto sono "codificate e disciplinate anche le norme sulla produzione delle regole della lingua giuridica: non solo le norme formali sulla produzione degli atti linguistici ma anche le norme sostanziali sui significati o contenuti da essi legittimamente esprimibili"<sup>7</sup>. In tale contesto muta anche il ruolo del giudice; l'introduzione a livello costituzionale di principi e diritti fondamentali – cosiddetto principio di "stretta legalità"- modifica il rapporto tra il giudice e la legge, in quanto la magistratura non viene chiamata solo ad applicare le norme, ma ad interpretare il diritto secondo i principi della costituzione<sup>8</sup>. Tale funzione del giudiziario viene svolta attraverso il cosiddetto sindacato diffuso di costituzionalità, come negli Stati Uniti, oppure con l'istituzione di un organo specializzato, il modello del controllo accentrato di costituzionalità, diffuso nell'Europa continentale<sup>9</sup>. In questo modo viene

---

<sup>5</sup> Bongiovanni, "Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920", in *Lo Stato di diritto*, cit. pp. 317-318, Cfr. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. Einaudi, Torino, 1952.

<sup>6</sup> Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1., cit., pp. 908-912.

<sup>7</sup> Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1., cit. p. 847.

<sup>8</sup> Ferrajoli, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", in *Lo Stato di diritto*, cit. pp. 354-355; Cfr. anche Ferrajoli, "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, 2771 ss.; Cfr. Bobbio, "Costituzionalismo" voce in *Dizionario della politica*, cit., p. 258.

<sup>9</sup> Bobbio, "Costituzionalismo" voce in *Dizionario della politica*, p. 258.

pienamente realizzato un governo limitato dal diritto, ben diverso dalla semplice divisione dei poteri, che, come osserva Norberto Bobbio, impone il rispetto di determinate regole e procedure, ma non necessariamente un meccanismo atto a limitare effettivamente il potere delle maggioranze parlamentari. La differenza viene determinata da un diverso ruolo del giudiziario, che ha un peso maggiore nell'equilibrio costituzionale, e la cui indipendenza diventa elemento essenziale al fine di "custodire il diritto"<sup>10</sup>.

Le costituzioni del secondo novecento appaiono un tentativo di sintesi fra le due diverse istanze rappresentate dai modelli costituzionali anglosassone e francese: nel primo caso la costituzione assolve soprattutto a un ruolo di garanzia, attraverso un'organizzazione bilanciata dei poteri, che si limitano reciprocamente; nel secondo, invece, si tratta di una costituzione di indirizzo politico, legittimato dalla decisione politica fondamentale del potere costituente<sup>11</sup>. Oltre a prevedere dei meccanismi istituzionali di limitazione del potere, *in primis* il controllo di costituzionalità, le costituzioni contemporanee riconoscono una serie di diritti fondamentali agli individui, prevedono dei programmi politico-sociali, e includono il metodo democratico quale strumento di legittimazione politica; per tali ragioni si fondano su un'idea di non contraddittorietà fra il principio della limitazione del potere e quello della sovranità democratica<sup>12</sup>. D'altra parte, la contrapposizione di queste due "anime" del costituzionalismo contemporaneo riemerge in tutta la sua attualità di fronte a fenomeni come il pluralismo di valori, espresso anche all'interno delle stesse carte costituzionali, e la parzialità dei programmi politici intrapresi dalle maggioranze di turno. In tal senso, è ancora attuale parlare di "dualismo" costituzionale fra dimensione della decisione politica – o *gubernaculum* e dimensione giurisdizionale – *iurisdictio*, cui spetta invece la tutela dei diritti e l'attuazione dei principi costituzionali<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Bobbio, "Costituzionalismo" voce in *Dizionario della politica*, pp. 257-258.

<sup>11</sup> Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 9-11.

<sup>12</sup> Idem, pp. 13-15.

<sup>13</sup> Idem, pp. 16-17.

## 2. Lo Stato di diritto nel dibattito contemporaneo

Tali tematiche emergono pienamente nel dibattito neocostituzionalista, categoria generica per riferirsi a tutte quelle riflessioni giusfilosofiche che intendono descrivere il processo di costituzionalizzazione<sup>14</sup>. Il macro-filone teorico neocostituzionalista comprende posizioni e approcci molto diversi, difatti la sua qualificazione come teoria unitaria è stata da più parti criticata ed è tuttora oggetto di discussione<sup>15</sup>. Nonostante queste difficoltà, si ritiene sia comunque possibile individuare alcuni temi e questioni ricorrenti fra i pensatori “neocostituzionalisti”<sup>16</sup>, a partire dalla comune intenzione di fornire un’interpretazione dello Stato costituzionale di diritto<sup>17</sup>.

Il processo di costituzionalizzazione ha prodotto una sostanziale distinzione rispetto al modello giuspositivista di matrice ottocentesca, e alle sue caratteristiche tipiche: dello statalismo, del legicentrismo e del formalismo interpretativo<sup>18</sup>. Un elemento centrale delle varie riflessioni collocabili nel filone neo-costituzionalista, è costituito dal ruolo che si intende attribuire al potere giudiziario, e in particolare all’organo competente a esercitare il controllo di costituzionalità, la Corte costituzionale. I giudici costituzionali potrebbero atteggiarsi attraverso l’attività interpretativa in modo molto incisivo, promuovendo l’applicazione dei principi costituzionali nell’ordinamento, attraverso gli strumenti tipici delle sentenze creative o additive; oppure autolimitando la propria azione a svolgere un ruolo di garanzia e meno politico in senso stretto<sup>19</sup>. Tale scelta implica, come già anticipato, una diversa visione della costituzione: questa, da una parte, può essere intesa come uno strumento volto esclusivamente a limitare il

---

<sup>14</sup> Comanducci, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica” in *Neocostituzionalismo e Tutela sovranazionale dei diritti*, a cura di Mazzaresse, Giappichelli, Torino, 2002, p. 79.

<sup>15</sup> Bongiovanni, “Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori” in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero e al diritto positivo*, a cura di Pino, Schiavello, Villa, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 84-86; Cfr. Barberis, “Esiste il neocostituzionalismo?”, *Analisi e diritto*, 2011, pp. 11-30; Schiavello, “Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?”, *Diritto & Questioni pubbliche*, 3/2003, pp. 37-49.

<sup>16</sup> Fra i quali si annoverano Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky.

<sup>17</sup> Bongiovanni, “Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori”, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero e al diritto positivo* cit. pp. 85-86.

<sup>18</sup> Comanducci, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica” in *Neocostituzionalismo e Tutela sovranazionale dei diritti*, cit., p. 79.

<sup>19</sup> Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 36-38.

potere, una cornice all'interno della quale si svolge il confronto politico più propriamente detto; oppure in senso precettivo come un documento di indirizzo politico, costituito da un insieme di valori strutturanti e performativi della società<sup>20</sup>. In questo senso, è possibile definire le posizioni di chi opta apertamente per il secondo punto di vista come delle forme ideologiche, in quanto pongono uno specifico fine all'azione dello Stato, quello della tutela dei diritti costituzionali<sup>21</sup>.

La teoria neocostituzionalista ha comportato significative innovazioni in alcuni ambiti della scienza giuridica, come la dottrina delle fonti e dell'interpretazione: infatti, all'abbandono della tesi della supremazia della legge, segue anche l'idea dell'applicazione delle norme in armonia con i principi della costituzione, rimodellando quindi l'attività interpretativa del giudice. D'altra parte non si tratta di una visione condivisa all'unanimità, anche perché la concezione del potere giudiziario attuale risente comunque della precedente impostazione tecnicistica e neutrale del giudiziario<sup>22</sup>. Fra gli autori più influenti nello scenario contemporaneo è necessario citare Ronald Dworkin<sup>23</sup>, per il quale l'interpretazione costituzionale non deve essere limitata al testo della carta costituzionale, ma va estesa anche ai suoi principi morali, considerati degli elementi oggettivi secondo una concezione sostanzialistica del *Rule of law*. Nello sviluppo della sua teoria Dworkin si pone criticamente sia verso il giuspositivismo che verso il realismo, e propone come soluzione a queste due visioni contrapposte l'idea della "Corte come foro dei principi": si tratta di una riformulazione dell'idea di governo della legge, che ricerca all'interno dell'ordinamento costituzionale la legittimità di un atteggiamento di non deferenza del potere giudiziario nei confronti del legislativo, quando siano in gioco i diritti<sup>24</sup>. In particolare, l'idea che

---

<sup>20</sup> Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. pp. 38-39.

<sup>21</sup> Lett. "neocostituzionalismo ideologico", in particolare l'Autore si riferisce ad autore quali Ronald Dworkin e Robert Alexy. Cfr. Comanducci, "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica" in *Neocostituzionalismo e Tutela sovranazionale dei diritti*, cit., p 87.

<sup>22</sup> Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. pp. 91-92.

<sup>23</sup> Dworkin, *I diritti presi sul serio*, trad.it, Il Mulino, Bologna, 1982; Cfr. Schiavello, "Il rule of law secondo Ronald Dworkin qualche osservazione critica" in *Rule of law: l'ideale della legalità*, Pino, Villa (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2016, pp.109-133.

<sup>24</sup> Casalini, "Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America" in *Lo Stato di diritto*, cit. pp. 240-241.

esistano principi fondamentali derivanti da una morale oggettiva, integrati nel discorso giuridico porta a presupporre l'esistenza di un'unica soluzione corretta o giusta delle controversie giudiziali<sup>25</sup>. Il ricorso ai principi apre tuttavia delle problematiche interpretative in termini di certezza del diritto: infatti, fra le possibili critiche a questa visione c'è la constatazione della mancanza di una morale condivisa oggettiva nelle democrazie contemporanee. Inoltre, l'ampio ricorso a principi, caratterizzati da vaghezza e non organizzati gerarchicamente, aumenta la discrezionalità dei giudici che possono decidere in base alle proprie concezioni della giustizia<sup>26</sup>. La questione è chiaramente di ampia portata e non è opportuno trattarne in modo analitico in questa sede, basti sottolineare che l'approccio di Dworkin ha aperto un acceso dibattito in ambito interpretativo. Infatti, secondo l'impostazione "hartiana"<sup>27</sup>, che presuppone una rigida distinzione tra diritto e morale l'attività interpretativa può essere ricondotta in molti casi a un processo di conoscenza, mentre nei "casi marginali" l'interprete opera una scelta discrezionale fra più opzioni possibili<sup>28</sup>. Questa visione viene criticata dal neocostituzionalismo più vicino alle posizioni di Dworkin, sotto diversi punti di vista: in primo luogo, la tecnica della "sussunzione" logica viene ritenuta assimilabile al modello interpretativo ottocentesco "meccanicistico"<sup>29</sup>. Tale critica è però limitata all'applicazione dei principi, che necessiterebbero di operazioni diverse come il bilanciamento, mentre la sussunzione viene parzialmente ammessa per l'interpretazione delle altre norme<sup>30</sup>. Inoltre, la possibilità di scegliere discrezionalmente la soluzione corretta nei cosiddetti casi marginali senza aggiungere alcun criterio specifico<sup>31</sup>, viene criticata perché potenzialmente arbitraria<sup>32</sup> ovvero non

---

<sup>25</sup>Comanducci, "Forme di (neo)costituzionalismo: una ricostruzione metateorica" in *Neocostituzionalismo e Tutela sovranazionale dei diritti*, cit., pp. 87-88.

<sup>26</sup> Idem, p. 87.

<sup>27</sup> Cfr. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1991.

<sup>28</sup> Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. pp. 71 e ss.

<sup>29</sup> Nonostante tale tesi sia ormai ritenuta da gran parte della dottrina obsoleta. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. p. 72. Cfr. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999.

<sup>30</sup> Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. pp. 74-75.

<sup>31</sup> Per la teoria mista tali casi si manifestano quando il significato delle norme non sia individuabile solo dagli elementi semantici, Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. p. 74.

<sup>32</sup> Sui possibili significati del termine arbitrario si veda più avanti Cap. IV, par. 3.



adeguatamente fondata razionalmente, come invece presuppone la tecnica della ponderazione dei principi costituzionali<sup>33</sup>. L'attribuzione al giudice di maggiore potere discrezionale in sede di interpretazione<sup>34</sup>, è solo un corollario di una generale riqualificazione del potere giurisdizionale nel contesto dello Stato costituzionale di diritto. Il giudiziario è identificato da alcuni come un centro di potere autonomo di natura politica, che, nei limiti della Costituzione, interviene direttamente nel processo democratico, assorbendo i conflitti sociali all'interno dell'ordinamento giuridico<sup>35</sup>.

D'altra parte, il formalismo interpretativo era già stato messo in discussione dal pensiero realista, che ha prodotto una nuova consapevolezza sul carattere indeterminato del diritto<sup>36</sup>. In particolare è Jerome Frank ad esprimere le posizioni più radicali rispetto alla concezione tradizionale formalista, affermando che il diritto esiste solo come decisione delle corti, ed è difficilmente prevedibile in quanto sono troppi i fattori che ne determinano la produzione<sup>37</sup>, anche se in Europa il contributo più influente è quello di Alf Ross<sup>38</sup>. Grazie all'influenza dell'approccio realistico sono state avanzate una serie di critiche ulteriori al formalismo giuridico, in primis quelle mosse dai *Critical Legal Studies*, che hanno messo in evidenza la politicità del diritto e dell'attività giurisdizionale, derivante dalla necessaria indeterminatezza delle leggi<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Secondo questo approccio i principi opererebbero come dei concetti astratti o morale positivizzata, in grado di coprire i gaps normativi. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. pp. 74-75.

<sup>34</sup> Sul tema si veda Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica*, trad. it. Giuffrè, 1979, p. 24; Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>35</sup> Sul punto si veda più avanti in questo capitolo, par. 3 e 4. Il riferimento è in particolare alle osservazioni di Gustavo Zabrebelsky. Cfr. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. p.99.

<sup>36</sup> Il movimento realista si sviluppa negli Stati Uniti già verso la fine dell'ottocento, grazie al contributo di Roscoe Pound che per primo introduce la nozione di *law in action* – il diritto in azione, contrapposto al diritto dei libri, *law in books*.

<sup>37</sup> Il diritto è per Frank o una decisione specifica già presa, o diritto probabile, vale a dire una congettura riguardo alla decisione futura concernente il caso specifico. Cfr. Frank, *Law and modern mind*, Brentano's publishers, New York, 1963 (1930 1° ed.), Sul cosiddetto "*Digestive realism*", una delle forme più estreme di realismo, secondo cui la decisione del giudice dipende da fattori imprevedibili e totalmente extra-giuridici, Cfr. Tuzet, "A short note on digestive realism" in *Revus: J. Const. Theory & Phil. Law*, 25, 2015, pp. 11-14.

<sup>38</sup> Ross, *Diritto e Giustizia*, trad.it. Einaudi, Torino, 1953.

<sup>39</sup> Casalini, "Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America" in *Lo Stato di diritto*, cit. p. 236; Cfr. sul punto, Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980; Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990; Comanducci, *L'interpretazione delle norme*

Con il termine *Critical Legal Studies* ci si riferisce più che a un movimento unitario, a un insieme eterogeneo di movimenti e teorie, accomunati però da una posizione fortemente critica verso la presunzione di neutralità del sistema giuridico, inteso in modo esclusivamente formale<sup>40</sup>. Prendendo le mosse da tale assunto le teorie critiche del diritto hanno denunciato il carattere ideologico della concezione formalistica dello Stato di diritto e dei suoi principi: l'esistenza di norme generali e astratte, l'applicazione coerente e stabile del diritto, il principio di separazione dei poteri. Tale concezione, oltre a essere considerata viziata nel suo intento di neutralità, in quanto il giudice seleziona sempre fra i molti punti di vista possibili quello più vicino alle proprie preferenze soggettive<sup>41</sup>, viene anche ritenuta lesiva di alcune categorie di soggetti, come le donne, i neri o gli stranieri, che non corrispondono all'ideal-tipo dell'ideologia liberale, costituito dall'uomo bianco<sup>42</sup>.

La nozione di *Rule of law* è tornata al centro del dibattito anglosassone negli ultimi anni grazie al contributo di importanti autori<sup>43</sup>. In particolare, è interessante in questa sede il contributo di Joseph Raz<sup>44</sup> che fornisce un'interpretazione strumentale del *Rule of law*. Secondo Raz il concetto di *rule of law* può essere utilizzato per il raggiungimento dei fini più diversi, ed è astrattamente compatibile anche con sistemi non democratici e gravi violazioni dei diritti umani<sup>45</sup>. Il fine principale del *Rule of law* non coincide con la realizzazione di una società più democratica o liberale, ma ha a che fare con l'efficacia dell'ordinamento, secondo tale lettura unico vero valore del tutelato è la certezza del diritto. Tuttavia fra i requisiti che Raz include nella sua analisi ci sono elementi tipici della tradizione liberale, come l'indipendenza della magistratura e il rispetto del principio di legalità in materia penale, nonché altri aspetti, quali

---

giuridiche: la problematica attuale, in *Interpretazione e diritto giudiziale*, vol. I, a cura di Bessone, 1999.

<sup>40</sup> Casadei, "Le teorie critiche del diritto tra filosofia giuridica e filosofia politica", in *Le teorie critiche del diritto*, a cura di Bernardini, Giolo, Pacini, 2017, p. 383.

<sup>41</sup> Cfr. Kennedy, *A critic of adjudication, (fin de siècle)*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

<sup>42</sup> Casalini, "Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America" in, *Lo Stato di diritto*, cit. pp.236-237.

<sup>43</sup> Fra i quali Neil MacCormick e Joseph Raz.

<sup>44</sup> Raz, *The authority of law. Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.

<sup>45</sup> Idem, pp. 211-212.

l'accesso alla giustizia e la pubblicità delle udienze; per cui tale concezione sembrerebbe invece avere un contenuto sostanziale<sup>46</sup>. In ogni caso, la tesi di Raz riporta il *Rule of law* a una funzione meramente negativa, volta a impedire l'arbitrarietà del potere, in linea con la visione formalistica tipica della dottrina del *Rechtsstaat*. Questa visione "negativa" dello Stato di diritto viene bene espressa, nel contesto contemporaneo, seppure in termini diversi anche nel lavoro di Hayek<sup>47</sup>, secondo cui il *Rule of law* si compone di principi che non sono il frutto di scelte intenzionali e consapevoli, ma costituiscono, invece, il risultato di un processo evolutivo spontaneo non voluto da parte degli individui, generato dalle loro decisioni. Si tratta di una concezione minimale dello Stato di diritto, per cui il principale scopo dello Stato è la difesa della libertà individuale, intesa come libertà negativa, e dove il giudiziario è configurato come un organo marginale, di mero supporto al processo naturale di selezione delle norme in una società di mercato<sup>48</sup>. Le regole dell'ordine spontaneo non dipendono da alcuno scopo e sono universali, cioè applicabili a un numero indefinito di casi particolari; assicurando, da una parte, una sfera di autonomia per gli individui, e dall'altra, un contesto prevedibile<sup>49</sup>.

Da questa breve ricognizione, certamente incompleta, di alcune delle posizioni prevalenti nel dibattito contemporaneo sullo Stato di diritto, emergono dei nodi irrisolti e tuttora discussi: in primo luogo, l'attribuzione di un ruolo più o meno attivo al giudiziario, con la conseguente previsione di maggiori poteri discrezionali al giudice.

### 3. Crisi dello Stato di diritto e ruolo del giudiziario

Lo Stato di diritto, con riferimento alle sue due componenti, legislativa e costituzionale viene da più parti ritenuto un modello "in crisi"<sup>50</sup>. Con riferimento al contesto

---

<sup>46</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., pp. 104-105.

<sup>47</sup> Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1989.

<sup>48</sup> Portinaro, "Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 399; Pievatolo, "Rule of law e ordine spontaneo. La critica dello Stato di diritto eurocontinentale in Bruno Leoni e Friedrich Von Hayek" in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 460.

<sup>49</sup> Pievatolo, "Rule of law e ordine spontaneo", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 473.

<sup>50</sup> Ferrajoli, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", in *Lo Stato di diritto* cit. p. 363; Cfr. Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., p. 18; Ferrajoli, *La sovranità nel*

nazionale, da una parte l'eccessiva inflazione legislativa e la confusione e oscurità del linguaggio legale mettono in discussione il principio di legalità, provocando una proliferazione continua di fonti normative specialistiche e non poche difficoltà interpretative. Dall'altra, i principi e le garanzie costituzionali sono stati sottoposti a numerosi attacchi diretti, consistenti in tentativi di modifica della carta costituzionale<sup>51</sup>. Un ulteriore elemento critico è rilevabile nell'attuale situazione di perdita di sovranità degli Stati nazionali, a fronte della crescita di organismi internazionali come l'Unione Europea o l'ONU, e conseguentemente, del proliferare di fonti normative extra-statali<sup>52</sup>, nonché più in generale, a causa del fenomeno della globalizzazione<sup>53</sup>. Con il moltiplicarsi delle carte internazionali, dei trattati e del diritto comunitario, sono cresciuti i parametri di riferimento del giudice nell'applicazione della legge, questi, infatti, dovrà valutare anche tutte le fonti di carattere sovranazionale rilevanti, oltre a quella costituzionale<sup>54</sup>. In particolare, per il contesto europeo è determinante il ruolo della Corte di Giustizia dell'UE e della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno contribuito attraverso la loro giurisprudenza ad armonizzare le varie legislazioni nazionali in alcune materie, rendendo ormai obsoleta l'idea che il diritto coincida con la legge<sup>55</sup>. Tutti questi cambiamenti, dall'avvento del costituzionalismo al processo di europeizzazione e internazionalizzazione del diritto, hanno modificato la concezione continentale ottocentesca del potere giudiziario, rimettendo in discussione il ruolo dei giudici nella società<sup>56</sup>. In base a tale concezione, la magistratura è dotata di un'indipendenza organica, ovvero riferita all'intero organo giudiziario in quanto nettamente separato dagli altri poteri statuali; e l'attività

---

*mondo moderno*, Anabasi, Milano, 1995; Chevallier. "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique", *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, pp. 659-714.

<sup>51</sup> Ferrajoli, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", in *Lo Stato di diritto*, cit. pp. 362-365.

<sup>52</sup> Idem, pp. 365-366; Garapon, *I custodi dei diritti*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1997, p. 25.

<sup>53</sup> Cfr. Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*; Cfr. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

<sup>54</sup> Tale situazione deriva in gran parte per il principio del primato del diritto comunitario, affermato dalla CGUE, Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., p. 19.

<sup>55</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., pp. 20-21.

<sup>56</sup> Sulla crisi odierna della concezione tradizione di *Etat de droit* in Francia e il fenomeno dell'europeizzazione, Cfr. Heuschling, "Etat de droit" in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, a cura di J.B Auby, Dalloz, Parigi, 2010.

interpretativa deve essere limitata all'applicazione quanto più letterale della legge<sup>57</sup>. Secondo questo paradigma, anche definito montesquieuano, l'essenza del diritto viene identificata nella fase di emanazione delle norme e nell'insieme delle leggi, tuttavia, con l'introduzione del giudizio di costituzionalità tale immagine statica non è più attuale, come già osservato, in quanto il contenuto dei diritti costituzionali è continuamente ridefinito attraverso l'attività giurisdizionale, nel confronto fra parti portatrici di interessi conflittuali<sup>58</sup>. Inoltre, in società complesse quali le moderne democrazie occidentali, il potere regolativo della legge è in forte crisi: la legge statale non è più la principale fonte normativa come prevedeva il modello legicentrico ottoneovecentesco, in cui il diritto era concepito come un corpo normativo razionale, organico, completo e conoscibile<sup>59</sup>. Dalla visione classica ereditata dalla Rivoluzione del giudice "*bouche de la loi*", come emanazione della volontà legislativa, il magistrato è invece oggi presentato talvolta, secondo alcune letture della concezione moderna dello Stato di diritto, come guardiano dei valori della società, difensore dei diritti soggettivi e "ministro dell'equità"<sup>60</sup>. Anche dalla prospettiva neocostituzionalista, l'idea della soggezione del giudice alla legge viene interpretata polemicamente, come una passiva sottomissione al potere legislativo. In quest'ottica, la costituzione non svolge solo una funzione di limite esterno, secondo il modello liberale, ma viene considerata anche un fondamento politico dello Stato, una costituzione-indirizzo, per cui il giudice assume un ruolo più attivo nella società. Tale ruolo si traduce in primo luogo nel controllare l'attività legislativa utilizzando i valori costituzionali quali parametri di riferimento; un'attività che non appare compatibile con un modello amministrativo-burocratico del giudiziario<sup>61</sup>. In questo modo la figura del giudice assume dei tratti del tutto differenti dal "giudice-burocrate" descritto da Max Weber,

---

<sup>57</sup> Parte della discussione sul tema è stata riportata nel par.2. di questo capitolo.

<sup>58</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., pp. 17-18.

<sup>59</sup> Idem, cit., p. 22.

<sup>60</sup> La questione riporta alla famosa distinzione operata da Bobbio fra "giudice custode" e "giudice creatore", Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1977; Heuschling, "Etat de droit" in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, a cura di J.B Auby, Dalloz, Parigi, 2010, p. 549; Cfr. Heuschling, "Why Should Judges Be independent? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence?" in *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, a cura di Baranger, Ziegler, Bradley, Oxford, 2007.

<sup>61</sup> Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit. pp. 110-113.

la cui azione si inserisce nella logica di un potere legale-razionale, e il cui principale scopo è garantire la prevedibilità delle norme e la certezza del diritto<sup>62</sup>. Oltre alla necessità di risolvere in sede interpretativa conflitti fra norme e lacune, il giudice viene chiamato, attraverso l'istituzione di vari organi di controllo costituzionale, a pronunciarsi su questioni di estrema rilevanza politica. Si parla perciò, utilizzando le parole di Carl Schmitt di "politicizzazione della giurisdizione"<sup>63</sup>, di attivismo giudiziario e di "giustizializzazione della politica"<sup>64</sup>. I termini del dibattito partono dalla constatazione di una sottrazione di competenze al legislatore in favore del giudiziario, manifestazione dell'attuale "crisi" dello Stato di diritto, fino a ipotizzare l'avvento di un "governo dei giudici". Di fatto, tale situazione non sembra provocata dagli stessi magistrati, ma appare piuttosto il risultato di un'incapacità da parte della politica, di altri organi pubblici o istituzioni sociali a risolvere i problemi dei cittadini, portando l'organo giurisdizionale a ricoprire un ruolo di supplenza<sup>65</sup>. La crescente delega al giudice e il conseguente aumento di competenze del giudiziario è avvenuta in vari modi: per esempio si può distinguere fra una "colonizzazione dall'esterno" da parte del potere politico, attraverso l'attribuzione diretta di materie all'autorità giurisdizionale, e una "colonizzazione dall'interno"<sup>66</sup> o indiretta, caratterizzata dall'attrazione che il modello giurisdizionale esercita sul sistema politico. Quest'ultimo fenomeno ha prodotto una "giudiziarizzazione" della vita politica, che si è appropriata del linguaggio giuridico, utilizzato sempre di più per esprimere rivendicazioni sociali. La giustizia ha iniziato perciò a fornire alla democrazia il suo vocabolario, costituito da termini come trasparenza, motivazione, procedura,

---

<sup>62</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., pp. 22-23; Cfr. Weber, *Economia e Società* III, cit., pp. 90-92; Cfr. Weber, *Economia e società*, trad. it. Edizioni di comunità, 1981.

<sup>63</sup> Schmitt, *Il custode della costituzione*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1981, p. 41

<sup>64</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., p. 26; Portinaro, "Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?", in *Lo Stato di diritto*, cit., p. 392.

<sup>65</sup> Portinaro, "Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?", in *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 392-393.

<sup>66</sup> Cfr. Vallinder, "The judicialization of Politics: Meanings, Forms, Backgrounds, Prospects", in *Festschrift tillägnad Håkan Strömberg*, Lund, 1992.

contraddittorio, neutralità, quali immagini di una nuova etica della dimensione collettiva<sup>67</sup>. Di fronte ad istituzioni sempre più lontane dai cittadini, il giudiziario appare come una forma di potere più vicino, e infatti diversi autori ne hanno messo in luce le caratteristiche strutturali di potere diffuso e meno discrezionale rispetto a quello politico, che lo renderebbero più vantaggioso dal punto di vista dei cittadini<sup>68</sup>.

#### 4. Giurisdizione e accesso alla giustizia

La nuova concezione del giudiziario ha portato al centro del dibattito sulle evoluzioni dello “Stato sociale”, la questione dell’accesso alla giustizia. Tale tematica è stata affrontata da diversi studiosi contemporanei, in relazione a temi come la partecipazione al dibattito politico e le rivendicazioni sociali di gruppi svantaggiati. Nell’attuale contesto di globalizzazione e dominio del mercato l’accesso alla giustizia viene considerato da alcuni autori, l’unico strumento “politico”<sup>69</sup> a disposizione di ampie fasce di popolazione, che il mercato ha relegato per le ragioni più disparate in posizione marginali, come i disoccupati, gli homeless e i migranti<sup>70</sup>. I soggetti più deboli si trovano in una situazione di emarginazione ed esclusione dai processi decisionali, in un sistema democratico che appare in generale sempre più distante dai cittadini. Data la difficoltà di incidere nel processo legislativo la possibilità di parteciparvi attraverso l’espressione della propria volontà ha meno legittimazione che in passato, il ricorso al giudice e il processo sembrano invece garantire l’accesso a una

---

<sup>67</sup> Garapon, *I custodi dei diritti*, cit. p. 30.

<sup>68</sup> Tra i vari fattori del cd attivismo giudiziario vengono elencati, la corruzione dei sistemi politici, la crisi di legittimazione delle democrazie nord-occidentali, l’espansione del potere del mercato e il disorientamento degli individui nelle società contemporanee. Portinaro, “Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?”, cit., pp. 393 - 394.; Cfr. Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*, cit., p. 26 e ss.; Garapon, *I custodi dei diritti*, cit. pp. 35-36; Cfr. anche Schiavello, *Ripensare l’età dei diritti*, Mucchi Editore, Modena, 2016, p. 59.

<sup>69</sup> Il riferimento è alla definizione di Weber di “politico”, come strumento finalizzato a influenzare l’uso legittimo della forza. Cfr. Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*, cit., p. 40.

<sup>70</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*, cit., pp. 39-40.

procedura dibattimentale costruita in modo da garantire un esito razionale<sup>71</sup>. Potersi rivolgere a un giudice in un'aula giudiziaria, dove le parti sono poste in un fittizio livello di parità, sembra in questo senso l'unico modo per partecipare al dibattito sul diritto<sup>72</sup>. Si tratta di una visione condivisa da più voci che vedono nel giudiziario l'unico mezzo, nelle moderne società complesse e contraddistinte da forti diversità al loro interno, per permettere a gruppi di emarginati di portare le proprie questioni sulla scena pubblica, determinando un effettivo accesso alla cittadinanza<sup>73</sup>. La giustizia ha finito per diventare un luogo simbolico di visibilità<sup>74</sup>, il processo è infatti prima di tutto una scena, che al di là delle concrete rivendicazioni giuridiche permette il riconoscimento dell'esistenza di un determinato gruppo o minoranza<sup>75</sup>. Secondo Saskia Sassen<sup>76</sup> il potere giudiziario assume un ruolo ancora più determinante nella difesa dei diritti dei migranti: questi, infatti, fanno fatica a rendere pubbliche questioni che per i cittadini sono considerate normalmente tali, come il lavoro, la sicurezza sociale, l'accesso alla giustizia, e che invece in questo caso restano relegate alla sfera privata. In tale ottica il nuovo ruolo dei giuristi e dei giudici è oggi di consentire l'accesso ai diritti agli esclusi, concependo il diritto come lo "strumento privilegiato della lotta proceduralizzata per il mutamento sociale"<sup>77</sup>.

L'accesso alla giustizia è anche stato il tema centrale di un movimento di giuristi sviluppatosi in Italia tra gli anni settanta – ottanta, a partire dalla pubblicazione di un vasto progetto di ricerca di carattere internazionale, The Florence Access-to-Justice

---

<sup>71</sup> Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1999, p. 99; Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., p. 41.

<sup>72</sup> Garapon, *I custodi dei diritti*, cit. p. 34.

<sup>73</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., pp. 41-42, Cfr. più avanti Cap. IV par. 9.

<sup>74</sup> Garapon, *I custodi dei diritti*, cit. p. 33.

<sup>75</sup> Cfr. Raynaud, "La démocratie saisie par le droit", *Dans Le Débat*, (n° 87), 5/1995 pp. 80-98.

<sup>76</sup> Sassen, "Regulating immigration in a global age: a new political landscape", *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 570(1), 65-77.

<sup>77</sup> Santoro, *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, cit., p. 45, Cfr. Galbraith, *The culture of contentment*, Harmondsworth, Penguin Books, 1992. Come si vedrà più avanti, tale prospettiva implica una scelta valoriale e una certa visione del giudiziario nel contesto dello Stato di diritto coerente con tale funzione dei giudici nella società.



project<sup>78</sup>, sugli ostacoli giuridici, socio-economici e culturali all'accesso alla giustizia da parte dei cittadini, in svariati sistemi giuridici nel mondo. Mauro Cappelletti, curatore e coautore della ricerca, ne identifica il principale intento in "un'analisi sul significato e sui compiti del moderno "Stato Sociale" o *Welfare State*"<sup>79</sup>, alla luce della differenza tra liberalismo classico, caratterizzato dall'ideale della libertà negativa e democrazia moderna, dove troverebbe piena espressione il principio della libertà positiva. In questo modo si è affermato un cambio di prospettiva rivoluzionario nel diritto, rovesciando i criteri di osservazione abituali: per la prima volta l'attenzione del giurista non è rivolta al "giudice" o al "legislatore", ma agli "amministrati" e ai "deboli", la prospettiva dei consumatori invece che quella dei produttori<sup>80</sup>. Uno degli aspetti critici messi in evidenza dai protagonisti del Movimento per l'accesso alla giustizia, (quali Mauro Cappelletti e Giovanni Marini), consisteva nella cosiddetta "povertà giuridica", un termine per indicare la presenza di numerosi ostacoli giuridici o sociali nell'accesso alla giustizia<sup>81</sup>. Una questione non riducibile a quella dell'estensione più o meno ampia del patrocinio legale dello Stato, ma che implicava anche altri aspetti quali: la mancanza di informazione sui propri diritti fra le classi più povere, le varie forme e i modi di utilizzo dello strumento giudiziale, i rapporti fra diritto sostanziale e diritto processuale, l'adattamento alle nuove esigenze degli strumenti sanzionatori e dei *remedies*<sup>82</sup>. A partire da tale constatazione la riflessione prodotta ha investito i possibili modi per superare le barriere nell'accesso alla giustizia,

---

<sup>78</sup> Si tratta di una vasta ricerca in quattro volumi, avviata a partire da alcuni studi comparatistici sul *legal aid*, pubblicata tra il 1978-1979, che ha coinvolto più di cento studiosi provenienti da diversi ambiti disciplinari, in particolare giuristi, sociologi, economisti e politologi: AA.VV., *The Florence Access-to-Justice Project*, a cura di Cappelletti, Giuffrè & Sijthoff and Noordhoff, 1978-1979. I volumi sono così suddivisi: volume I: *Access to Justice: A world Survey*, volume II: *Access to Justice: Promising institutions*, volume III: *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, volume IV: *Access to Justice: The Anthropological Perspective*.

<sup>79</sup> Cappelletti, "Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica", in *Il Foro Italiano*, vol. 102, parte V, 1979, p. 54.

<sup>80</sup> Cappelletti, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, Giffrè, Milano, 1984, pp. 243-245.

<sup>81</sup> Cappelletti, "Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica", *Il Foro Italiano*, Vol. 102, pp. 54-55, Cfr. Marini, "Giustizia accessibile a tutti", *Politica del diritto*, 11, IV, 1980. 11, IV, 1980, pp. 585-586.

<sup>82</sup> Marini, "Giustizia accessibile a tutti" cit. pp. 591-592, 604, 617.

promuovendo, per esempio, le tecniche alternative di risoluzione delle liti quali la mediazione e l'arbitrato, che in quegli anni hanno conosciuto un'ampia diffusione. Si tratta di questioni in diretta connessione con quanto sopra osservato in merito al ruolo trasformativo e di rivendicazione sociale della giurisdizione: la possibilità di accedere effettivamente alla giustizia è infatti elemento preliminare e necessario a ogni riflessione sulle nuove funzioni svolte dall'autorità giurisdizionale. In mancanza di mezzi economici sufficienti e di un sistema efficace di patrocinio legale, i soggetti più deboli finiranno per trovarsi in una situazione di impossibilità materiale a proporre ricorso al giudice, in prima o in seconda istanza. Spesso, infatti, la maggior parte degli individui svantaggiati economicamente, fra i quali vanno annoverati molti migranti appena arrivati sul territorio nazionale, si confronta solo con le autorità di primo grado, data la difficoltà di presentare ricorsi alle corti supreme<sup>83</sup>.

##### 5. Stato di diritto e diritto a un ricorso effettivo nella giurisprudenza della CEDU

La tematica dell'accesso alla giustizia è connessa a un'altra tematica rilevante: il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale, come bene esprime questo passo del processual-civilista Domenico Dalfino: "l'ordinamento è effettivo se garantisce a tutti il diritto di accedere, anche di fatto, alla giustizia, eliminando gli ostacoli che, sia nella fase dell'esercizio sia in quella della soddisfazione pratica e concreta, si frappongono alla più completa realizzazione delle situazioni sostanziali soggettive riconosciute dall'ordinamento stesso. Le declinazioni di questo canone sul piano delle garanzie processuali sono molteplici (difesa, contraddittorio, indipendenza e imparzialità dei giudici e così via); l'effettività ne rappresenta il fattore di concretizzazione. Sicché, accesso alla giustizia significa accesso ad un processo

---

<sup>83</sup> Il riferimento è ad esempio alle difficoltà nel sistema italiano di accesso al gratuito patrocinio per i richiedenti asilo e i migranti, nonché negli altri ostacoli posti rispetto alla possibilità di ricorrere in Cassazione.

effettivo”<sup>84</sup>. D’altra parte, più voci in dottrina considerano lo stesso “diritto alla tutela giurisdizionale” un diritto fondamentale autonomo, seppure strumentale all’attuazione di altri diritti sostanziali<sup>85</sup>. La questione dell’accesso alla giustizia è stata tradizionalmente riferita alla protezione dei diritti da parte dell’autorità giudiziaria in primo luogo attraverso il processo, sebbene quest’ultimo si riveli troppo spesso strumento inefficiente e inefficace a causa delle disfunzioni organizzative degli apparati pubblici. Proprio per tentare di risolvere tale problematica, le istituzioni europee hanno incoraggiato la diffusione dei cosiddetti strumenti alternativi di composizione delle liti, che si accompagnano all’ampliarsi di una dimensione “negoziale” nell’ambito della tutela dei diritti e a una contestuale sottrazione di competenze all’organo giurisdizionale. Dall’altra parte, le Corti europee, e in particolare la Corte di Strasburgo, hanno cercato di fornire delle chiavi di lettura innovative capaci di rispondere all’insistente domanda di giustizia, attingendo anche al “campo dei rimedi”, come testimonia l’evoluzione della giurisprudenza della CEDU in tema di diritto a un ricorso effettivo<sup>86</sup>. Il percorso interpretativo svolto dalla Corte è interessante anche perché ripercorre, attraverso il caso del *right to an effective remedy*, temi e problematiche che caratterizzano le diverse visioni del diritto continentale e anglosassone, offrendo ancora una volta, nuove sfumature per connotare il concetto di Stato di diritto<sup>87</sup>.

Il diritto a un ricorso effettivo è previsto da numerose fonti a livello sovranazionale, è stabilito dall’art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un’istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali”; e dall’art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione

---

<sup>84</sup> Dalfino, “Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, vol. 68, III, 2014, p. 913.

<sup>85</sup> Taruffo, “Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative”, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, cit. pp. 190-191.

<sup>86</sup> Dalfino, “Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale”, cit. 909-910.

<sup>87</sup> Per una ricognizione dei vari significati che tale nozione può assumere, si rimanda a quanto osservato nel Cap. I.

Europea rubricato *Right to an effective remedy and a Fair Trial*<sup>88</sup>. Il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva può essere considerato un principio generale di diritto europeo, come sostenuto anche dall'Avvocato generale Cruz Villalón, nelle sue conclusioni davanti alla Corte di Giustizia nel caso *Samba Diouf*<sup>89</sup>. In tale sede, l'avvocato generale svolge un interessante ragionamento sul ruolo del diritto a un ricorso effettivo nell'attuale contesto normativo europeo, affermando che il diritto enunciato dall'art. 47 ha acquistato un'identità ed una essenza proprie, proiettandosi al di là della mera sommatoria degli enunciati di cui agli artt. 6 e 13 CEDU<sup>90</sup>. La determinazione del contenuto di questo principio fondamentale dell'ordinamento europeo, non è però di immediata individuazione, a partire dalle difficoltà di traduzione univoca nelle varie lingue comunitarie. Si possono distinguere due tipologie di traduzioni differenti, corrispondenti a due visioni sostanzialmente diverse: da una parte, come nella versione italiana, francese o portoghese si parla di “ricorso effettivo”, “recours effectif”, “direito a uma acção”, ponendo l'accento sul diritto individuale di azione e sul diritto-potere di accesso alle Corti, che sul piano tecnico si estrinseca soprattutto col compimento del primo atto processuale di instaurazione del giudizio, il cosiddetto *ius litigationis*. Invece, nelle lingue inglese, tedesca e spagnola,

---

<sup>88</sup> “Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”. Il precedente più immediato dell'art. 47 è l'art. 19 della Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali, adottata dal Parlamento europeo con la risoluzione 12/4/1989. La norma è rubricata sotto la voce «Accesso alla giustizia» e attribuisce a chiunque abbia subito una violazione dei suoi diritti o libertà, il diritto di presentare ricorso a un giudice stabilito dalla legge». Al comma 3 la norma stabilisce che «l'accesso alla giustizia è effettivo e prevede l'attribuzione di un'assistenza legale ai meno abbienti. Cfr. Comoglio, “L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea” in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, a cura di Taruffo, Varano, Giappichelli, 2002, pp. 230-231.

<sup>89</sup> Corte di Giust., UE 69/10 *Brahim Samba Diouf*.

<sup>90</sup> Per un commento esaustivo sulla sentenza Cfr. il contributo online: “Il diritto ad un ricorso effettivo tra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU, 14 Marzo 2011, Nota alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón in data 1.03.2011 nella causa C69/10 *Brahim Samba Diouf*” (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo del Gran Ducato di Lussemburgo) – in *Diritto Penale Contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/-/453>.

lo stesso principio è tradotto con espressioni come “*right to an effective remedy*”, “*recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf*”, “*derecho a la tutela judicial efectiva*”, dove si intende il diritto di agire in giudizio alla luce del principio di effettività dei mezzi processuali e del brocardo “*ubi remedium ibi ius*”<sup>91</sup>. Quest’ultima concezione è particolarmente radicata nei sistemi di *common Law*, dove il problema dell’azione<sup>92</sup> non ha lo stesso rilievo che nella tradizione europea continentale, e non è mai stato recepito il sistema dei diritti soggettivi come entità preesistenti, mentre si è sviluppato il concetto dei rimedi concreti. Da tale punto di vista, la vera garanzia della giustizia civile non è rappresentata dal potere di agire, ma dalle forme di tutela, *remedies*, in base al precetto “il diritto esiste in quanto sia disponibile il rimedio – *remedies precede rights*”<sup>93</sup>. Queste divergenze linguistiche, che si fondano su differenze concettuali, hanno caratterizzato anche l’evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, che ha fornito delle linee guida sul tema, attraverso l’interpretazione degli art. 6 e 13 CEDU.

Il diritto al giusto processo, così come concepito inizialmente nell’art. 6 della Convenzione, si pone nell’ottica delle garanzie interne al processo e della giustizia procedurale, recependo i principi del *Fair trial* della tradizione anglosassone, come si evince anche dalle dichiarazioni rese durante i lavori preparatori<sup>94</sup>. La norma

---

<sup>91</sup> Trocker, “Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell’opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità Europea” in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, a cura di Taruffo, Varano, Giappichelli, Torino, 2002, cit. pp. 248-250.

<sup>92</sup> La teoria dell’azione ha avuto particolare fortuna in Italia e in Germania, mentre non ha mai avuto molto rilievo nella dottrina francese. La questione della definizione del cd “diritto al giudizio” è strettamente connessa con la questione della natura dell’azione: il suo carattere astratto o concreto e la sua configurazione come diritto ad ottenere il provvedimento giurisdizionale, oppure come diritto a ottenere un provvedimento di merito, in alcuni casi addirittura un provvedimento favorevole. Cfr. Comoglio, “Art. 24” voce in *Commentario alla Costituzione* a cura di Branca, Zanichelli, Roma, 1981, 6-12. Cfr. Orestano, *Azione, diritto soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, Bologna, 1978.

<sup>93</sup> Trocker, “Dal “giusto processo” all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, vol. 1-2, 2007, pp. 39-44.

<sup>94</sup> Le poche dichiarazioni sottolineano il ruolo della disposizione nell’assicurare la protezione dell’individuo contro ogni abuso di potere, e ancora, di prevenire ingiustizie nelle modalità di raggiungimento del risultato, ponendo quindi l’accento sulla qualità e l’equità del processo di formazione della decisione, il “giusto” processo appunto, senza alcuna menzione sulla qualità della

convenzionale non prevedeva, perciò, un autonomo “diritto al giudizio”, diversamente da altre disposizioni delle costituzioni di stati europei, quali ad esempio l’art. 24 Costituzione. *The right to access to a court* è stato integrato fra le altre garanzie del giusto processo, attraverso un’interpretazione innovativa dell’art. 6 svolta dalla Corte, che, per la prima volta nel caso *Golder*<sup>95</sup>, vi ha incluso anche un diritto di accesso ai tribunali. Si tratta di una pronuncia storica, dal forte impatto politico e dottrinale; viene così introdotto fra le garanzie del giusto processo il nuovo elemento del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, del tutto estraneo all’originaria concezione di *fairness*, dimensione completamente interna al processo<sup>96</sup>. Altro aspetto interessante, introdotto da questa sentenza, è l’analisi delle reciproche interazioni dell’art. 13 e delle altre garanzie procedurali della Convenzione ex artt. 6 comma 1 e 5 comma 4<sup>97</sup>; per cui, le tre disposizioni sopracitate, pur sovrapponendosi in alcuni punti, vengono considerate anche autonomamente<sup>98</sup>. Negli anni successivi, i giudici di Strasburgo definiscono meglio la fisionomia e il contenuto del diritto al tribunale, in quest’opera interpretativa svolge un ruolo centrale il canone dell’effettività<sup>99</sup>: già nella sentenza

---

decisione assunta. Cfr. Trocker, “Dal “giusto processo” all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo”, cit. p. 38.

<sup>95</sup> Corte e. d. u., 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*.

<sup>96</sup> Attraverso tale interpretazione viene inoltre posto un limite ad ogni ingiustificata limitazione del diritto di accesso alla giustizia. Trocker, “Dal “giusto processo” all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo”, cit., pp. 48-49.

<sup>97</sup> CEDU, art. 5 comma 4: “Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima”. La disposizione sopracitata riconosce la necessità di un controllo tempestivo sulla legittimità della privazione della libertà personale subita da parte di un organo giurisdizionale indipendente e corredato delle garanzie procedurali adeguate. Si tratta di una norma che può essere considerata una *species* del *genus* “ricorso effettivo” garantito dall’art. 13, e che pertanto, richiede il rispetto degli stessi parametri di riferimento. Bartole, Conforti, Raimondi, “Art 13” voce in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, 500.

<sup>98</sup> Corte e. d. u., 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, § 33. Cfr. Bartole, Conforti, Raimondi, “Art 13” voce in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 499.

<sup>99</sup> Questa tendenza porta innanzitutto a ridimensionare l’importanza della distinzione tra norme o tutele processuali e sostanziali, in quanto anche le norme cd sostanziale possono influenzare notevolmente l’azionabilità processuale di un diritto e quindi il livello di tutela. Trocker, “Dal “giusto processo” all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo”, cit. p. 52.

*Golder*<sup>100</sup>, la Corte aveva avviato un'opera di elaborazione ulteriore, prevedendo la possibilità di una più ampia tutela rispetto al diritto di accesso alle corti, attraverso una ricostruzione capillare di una serie di prerogative che qualificano l'azione nel processo, tra le quali prende corpo la figura del diritto al giudizio. Risulta in questo modo evidente che il diritto di azione non è inteso dalla Corte in senso astratto, come diritto a instaurare un procedimento giuridico, bensì più concretamente, come diritto a ottenere un provvedimento giudiziale<sup>101</sup>. Un passaggio di grande rilievo in quest'opera interpretativa è stato costituito dalla sentenza *Osman*<sup>102</sup>, dove la Corte si è espressa sulla questione dell'accesso selettivo alle corti in relazione al diritto al tribunale, individuando il diritto al giudizio, o *right to an adjudication*, quale elemento essenziale della garanzia ex art. 6 comma 1<sup>103</sup>. Da questa pronuncia emerge una nuova visione del processo, come strumento inteso a tradurre in un sistema di rimedi la realtà con il suo substrato di aspirazioni e di conflittualità<sup>104</sup>. Il principio dell'effettività ha svolto un ruolo di grande importanza anche nell'individuare eventuali oneri di prestazione a carico dello Stato, al fine di garantire pienamente il diritto di adire i tribunali. Sebbene tale diritto sia formalmente inquadrabile nell'albo dei diritti civili-politici, tradizionalmente ideati come situazioni soggettive protette dall'ingerenza dello Stato, che non prevedono, perciò, alcun tipo di obbligo positivo<sup>105</sup>, la giurisprudenza della Corte si è espressa in senso opposto. Guidati da un approccio sostanzialistico, i giudici di Strasburgo hanno respinto il classico dualismo tra diritti civili-politici e obblighi negativi da una parte e diritti economici-sociali e obblighi positivi dall'altra, affermando che la qualificazione del diritto di adire i tribunali come un diritto civile e di libertà, non esclude l'onere per gli Stati aderenti alla Convenzione da eventuali

---

<sup>100</sup> Corte e. d. u., *Golder*, cit. § 40.

<sup>101</sup> Trocker, "Dal "giusto processo" all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo", I, cit., pp. 59-62. Cfr. Corte e. d. u., 1 marzo 2002, *Kutic c. Croazia*.

<sup>102</sup> Corte e. d. u., 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*. In particolare i giudici di Strasburgo si sono espressi sull'applicazione dell'istituto inglese dello *Striking out procedure*, e sulla sua conformità al precetto ex art. 6 comma 1 della Convenzione. In base a tale regola processuale, una domanda di tutela giurisdizionale può essere rigettata in via preliminare, se ad una sommaria valutazione, non risulta identificabile in una *cause of action*, ovvero la domanda non è sostenibile alla luce del diritto vigente.

<sup>103</sup> Idem, pp. 59-60.

<sup>104</sup> Idem, p. 63.

<sup>105</sup> I diritti sociali ed economici ricevono una specifica tutela dalla Carta Sociale Europea del 1961.

doveri di prestazione; impedimenti di fatto, ad esempio di carattere economico e sociale, possono implicare una violazione dell'art. 6 CEDU<sup>106</sup>. Simili questioni sono state sollevate anche in sede di esegesi del testo dell'art. 13 CEDU: la formulazione della norma, infatti, induce perplessità relativamente all'esatta natura giuridica della garanzia convenzionale, che sembra essere concepita come un diritto autonomo del singolo, ma che, allo stesso tempo, costituisce l'oggetto di un puntuale obbligo per lo Stato, consistente nella predisposizione di meccanismi interni atti a sanzionare le violazioni dei diritti tutelati dalla Convenzione<sup>107</sup>. L'area dei rimedi, di cui devono essere fornite le situazioni giuridiche bisognose di tutela, è stata però estesa e riscoperta insieme alla rivalutazione di un altro diritto sancito dalla Convenzione, quella del diritto a un ricorso effettivo ex art. 13; una norma trascurata per molti anni dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche a causa delle diverse concezioni proprie dei Paesi membri e delle già evidenziate difficoltà linguistiche, e rivalutata solo nella prassi più recente<sup>108</sup>. Un ostacolo rilevante è stato costituito dall'interpretazione di matrice francese, che intendeva il diritto a un ricorso effettivo come rimedio esclusivamente extragiudiziario, alternativo alla tutela giurisdizionale disciplinata dall'art. 6, relegando l'art. 13 al ruolo di garanzia sussidiaria e residuale<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Corte e. d. u., 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, § 26.

<sup>107</sup> Bartole, De Sena, Zagrebelsky, "Art. 13", voce in *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, p. 479.

<sup>108</sup> Cfr. Dalfino, "Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale", *Rivista Trimestrale di Diritto. e Procedura Civile.*, vol. 68 n. 3, 2014, pp. 916-917. Una lettura sistematica degli art. 6 e 13 CEDU è stata postulata anche attraverso la giurisprudenza in tema di espulsione degli stranieri, l'art. 1 del VII Protocollo addizionale, intitolato "Garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri", riconosce una serie di diritti in caso di espulsione di uno straniero regolarmente residente sul territorio, fra i quali: la possibilità di far valere le ragioni che si oppongono all'espulsione, di far esaminare il caso e di farsi rappresentare in giudizio, il diritto a un ricorso per difendere le proprie ragioni nel rispetto del contraddittorio davanti a un'autorità indipendente e imparziale. Bartole, Conforti, Raimondi, "Art 13", voce in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 499-500.

<sup>109</sup> Secondo tale concezione l'art. 13 avrebbe valore residuale rispetto agli artt. 6 e 5 comma 4 della CEDU, che garantiscono un ricorso davanti a un giudice, e sarebbe perciò applicabile in via alternativa e non si riferirebbe necessariamente a un procedimento giurisdizionale. Inoltre, questa tesi implicherebbe l'impossibilità di accertare una autonoma violazione dell'art. 13, la cui portata garantistica resterebbe assorbita dalla tutela ex art 6. Trocker, "Dal "giusto processo" all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo" cit., pp. 452-453, Cfr. Bartole, Conforti, Raimondi, "Art 13", voce in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 499-500.



Un punto di svolta rispetto a tale prospettiva, è stato rappresentato dalla sentenza *Kudla*<sup>110</sup>: in tale sede la Corte ha assunto una prospettiva “rimediale” più vicina alla tradizione anglosassone del *right to an effective remedy*, e ha interpretato l’art. 13 in combinato disposto con l’art. 6, superando definitivamente la precedente impostazione<sup>111</sup>. È così stato individuato, oltre alle classiche garanzie del giusto processo ex art. 6 e al diritto al giudizio, anche un autonomo diritto a ottenere un rimedio adeguato, ovvero un’adeguata forma di tutela capace di assicurare una efficace reintegrazione dei diritti violati sia sul piano pratico che su quello giuridico<sup>112</sup>.

Questo percorso interpretativo ha avuto il pregio di far emergere gli aspetti comuni delle differenti tradizioni giuridiche sul problema dell’effettività della tutela giurisdizionale e dell’accesso alla giustizia. Sono così emersi alcuni principi cardine dell’attuale Stato di diritto democratico: il riconoscimento del diritto di adire i giudici, l’affermazione di un nucleo insopprimibile di garanzie processuali, il diritto a una tutela adeguata e il conseguente diritto a un *effective remedy*; chiave di lettura imprescindibile di tali diritti, è costituita dal principio di uguaglianza formale e sostanziale<sup>113</sup>.

## 6. Accesso alla giustizia e effettività della tutela giurisdizionale

Ad analoghe conclusioni e a simili percorsi, conduce anche la riflessione sull’art. 24<sup>114</sup> della Costituzione: ci si è chiesto, in particolare, se la norma abbia inteso

---

<sup>110</sup> Corte e. d. u., 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*.

<sup>111</sup> Negli anni successivi la Corte ha confermato questo cambio di orientamento; cfr. ad esempio Corte e. d. u., decisione di ricevibilità 27 marzo 2003, *Scordino*, Corte e. d. u., 10 maggio 2001, *Z ed altri c., Regno Unito*.

<sup>112</sup> Corte e. d. u., *Kudla*, cit. §157. Nella stessa sentenza si afferma che “l’art. 13 crea a vantaggio dei singoli un’ulteriore garanzia di godimento effettivo dei diritti convenzionali (...) i requisiti dell’art. 13 devono essere considerati un rafforzamento di quelli dell’art. 6 paragrafo 1”, Corte e. d. u., *Kudla*, cit. §160.

<sup>113</sup> Dalfino, “Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale”, cit. p. 914.

<sup>114</sup> Cost. art. 24: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione (...)”.

costituzionalizzare il diritto di adire i tribunali, oppure il diritto soggettivo al provvedimento o ancora più nello specifico il diritto a un provvedimento di merito o favorevole<sup>115</sup>. Altro aspetto dibattuto è la definizione della natura giuridica del diritto di azione sancito dall'art. 24, nell'ottica classica della distinzione tra diritti della personalità e diritti di prestazione; se da un lato si afferma che la disposizione in esame possa essere considerata una libertà in senso tecnico o una *facultas agendi*, dall'altra parte si evidenzia che il diritto al giudizio è connesso strumentalmente alla potestà giuridica di avviare il meccanismo processuale<sup>116</sup>. Tale dibattito sulla natura del diritto di difesa e di agire in giudizio, e sul suo inquadramento come una libertà negativa o positiva, non sembra più attuale alla luce della nuova forma di democrazia sociale dello Stato. La norma deve essere letta in un'ottica sistematica, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, che tenga in considerazione il principio di uguaglianza sostanziale espresso dall'art. 3 Cost.<sup>117</sup>; in tal senso si esprime anche Piero Calamandrei, sottolineando inoltre, la necessità di realizzare un'uguaglianza tecnica ed economica delle parti nel processo<sup>118</sup>. Pertanto, non ci si dovrebbe limitare alla tutela della "libertà di agire" in giudizio attraverso la proposizione della domanda, in questo modo non si riconosce la portata innovativa dei diritti sociali di libertà; dovrebbe, invece, essere garantita a tutti, anche ai non abbienti, la possibilità di ottenere una tutela giurisdizionale adeguata<sup>119</sup>. È interessante notare che la necessità di una lettura combinata dei parametri ex artt. 2, 3 e 24 Cost., viene affermata anche nell'ambito del dibattito sulla adeguatezza della tutela e sulla diversificazione degli strumenti processuali, nonché dei rimedi; sottolineando l'importanza di rendere il diritto di azione concreto ed effettivo. Si tratta di una questione direttamente connessa al tema dell'accesso alla giustizia, in quanto, nell'ottica di rendere la tutela giurisdizionale più vicina alle esigenze espresse dai

---

<sup>115</sup> In ogni caso il pieno esercizio del diritto di azione è necessariamente connesso al diritto di difesa, il quale risulta indispensabile per rendere concreto il diritto al giudizio. Comoglio, "Art. 24", in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 50-51.

<sup>116</sup> Analoghe considerazioni avevano caratterizzato la discussione intorno al diritto di adire i tribunali e al ricorso effettivo, nell'ambito dell'interpretazione degli artt. 6 e 13 CEDU.

<sup>117</sup> Comoglio, "Art. 24", voce in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 12-16.

<sup>118</sup> Calamandrei, *Processo e Democrazia*, Cedam, 1954, pp. 145-147.

<sup>119</sup> Comoglio, "Art. 24", voce in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 10.

cittadini, assume rilevanza stabilire se il canone dell'effettività comporti la previsione sul piano processuale di strumenti differenziati a seconda delle diverse situazioni e dalle varie tipologie del conflitto. Seguendo un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali e del principio dell'effettività, per esempio, Dalfino ritiene che, in linea generale, salvo le dovute eccezioni, la forma di tutela privilegiata nel nostro ordinamento dovrebbe essere la tutela specifica, la quale è finalizzata all'ottenimento dello specifico bene giuridico richiesto dalla parte, mentre la tutela risarcitoria dovrebbe essere applicata in via residuale<sup>120</sup>. Queste riflessioni possono essere efficacemente sintetizzati da un'affermazione di Luigi Comoglio, per cui il problema fondamentale dell'accesso alla giustizia è collocabile infine, nella questione dell'effettività della tutela giurisdizionale<sup>121</sup>.

Critiche a una visione esclusivamente formale del principio di uguaglianza sono state mosse anche nell'ambito del già citato Movimento per l'accesso alla giustizia; in particolare, alcuni Autori<sup>122</sup> hanno sottolineato la necessità di superare una concezione del processo come mera garanzia di forme<sup>123</sup>. L'applicazione del criterio di uguaglianza sostanziale implica, invece, l'affermazione dei diritti quali mezzi di rimozione degli ostacoli economici e sociali a una maggiore uguaglianza reale<sup>124</sup>. Il rischio evocato è quello di cristallizzare il soggetto "debole" nella sua posizione di inferiorità, senza considerare una sua eventuale emancipazione da tale condizione, risolvendo il problema dell'accesso alla giustizia in una visione "caritatevole" o

---

<sup>120</sup> Dalfino, "Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale", cit. pp. 913, 918-927.

<sup>121</sup> Comoglio, "Art. 24", voce in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 10.

<sup>122</sup> Il riferimento è a Giovanni Marini e a Mauro Cappelletti.

<sup>123</sup> Marini, "Giustizia accessibile a tutti", cit. pp. 588-589.

<sup>124</sup> Cappelletti, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, cit. pp. 237-238. In una prima fase, una soluzione proposta è stata l'estensione ai meno abbienti dell'assistenza legale attraverso la riforma del gratuito patrocinio, questo non ha però risolto il problema alla base, connesso alla matrice collettiva dei conflitti. Uno snodo di risoluzione può, invece trovarsi in momenti di aggregazione o in forme di rappresentanza per i gruppi minoritari. Successivamente si è cercato di offrire degli strumenti di tutela a quei diritti emersi nel contesto sociale caratterizzati da un interesse diffuso, come ad esempio i diritti dei consumatori e il diritto all'ambiente. Cfr. Marini, "Giustizia accessibile a tutti", cit., pp. 591-592.

assistenziale, così come avveniva nella concezione onorifica del gratuito patrocinio<sup>125</sup>. Dunque se da una parte, il discorso sull'accesso alla giustizia pone l'accento sull'esigenza di effettività dei diritti sociali, dall'altra viene sviluppata la ricerca di forme e di metodi alternativi per la protezione contro gli abusi. In questo senso uno dei principali strumenti utili è stato individuato nella previsione di tecniche alternative di risoluzione delle liti, avvicinando così la questione di una eguale tutela dei diritti, alla problematica dell'eccessivo carico di lavoro degli organi giurisdizionali e quindi all'esigenza di deflazionamento<sup>126</sup>. L'eccessivo carico di lavoro può anche comportare una diminuzione della qualità delle procedure e delle decisioni giudiziarie. Esempio tipico è il ricorso alla tutela sommaria, che prevede norme processuali semplificate e più elastiche. Tuttavia proprio la riduzione delle garanzie formali e l'attribuzione di maggiori poteri discrezionali al giudice, può comportare un rischio di disparità delle armi a vantaggio dei soggetti detentori di potere<sup>127</sup>. Così anche l'utilizzo dei mezzi cosiddetti alternativi e conciliativi, che prescindono dall'importanza della decisione del giudice, pone un problema di opportunità in merito alla scelta di quali conflitti attribuire all'una o all'altra forma di risoluzione delle controversie, considerando che tali strumenti mirano a "dissuadere" e spesso anche a rifiutare i conflitti, piuttosto che a risolverli<sup>128</sup>. In questo senso, occorre prestare attenzione a non confondere "deformalizzazione" e semplificazione delle forme processuali, con "delegalizzazione" e assenza delle tradizionali garanzie del processo, proprio per quei diritti che trovano una effettiva tutela solo davanti al giudice<sup>129</sup>. In particolare, ci si riferisce qui ai diritti sociali e collettivi sanciti dalle costituzioni moderne, che necessiterebbero di una protezione da parte dell'autorità giurisdizionale; il discorso, tuttavia, può essere ampliato anche ad altro genere di diritti individuali, e nello

---

<sup>125</sup> L'affermazione del modello di "sicurezza sociale" ha portato lo Stato a intervenire sulla materia, introducendo delle legislazioni capaci di provvedere alla necessità di estendere l'assistenza legale ai meno abbienti. Fra gli schemi sperimentati nei vari ordinamenti, oltre al patrocinio legale dello Stato, vi sono stati altri esempi, come la predisposizione di strutture pubbliche del "*public salaried attorney model*", o di speciali sistemi assicurativi per recuperare le spese legali sostenute. Marini, *Giustizia accessibile a tutti*, cit. 590.

<sup>126</sup> Marini, "Giustizia accessibile a tutti", cit., p. 606; Cfr. Cap. IV par. 3 e 4.

<sup>127</sup> Idem, pp. 600-602.

<sup>128</sup> Idem, pp. 603-606.

<sup>129</sup> Idem, pp. 606-607.

specifico a quei diritti potenzialmente lesi dall'operato dell'Amministrazione, garantiti dallo svolgimento di un ruolo di controllo del giudice. Un caso tipico in tal senso, è costituito dai diritti dello straniero nei procedimenti di espulsione, i quali sono stati in gran parte attribuiti alla competenza del Giudice di Pace, istituto emblema del fenomeno del "deflazionamento" e della "giustizia conciliativa" in Italia<sup>130</sup>, nonché disciplinati dal rito sommario, e si trovano perciò esposti al rischio di sovrapposizione tra riduzione delle formalità del processo e riduzione delle garanzie<sup>131</sup>.

## 7. Diritto come pratica sociale e organo giudiziario

Il giudiziario è dunque al centro di un ricchissimo dibattito che coinvolge l'attuale configurazione dello Stato di diritto e di cui si è potuto dare conto solo in modo sommario. La concezione positivista tradizionale intendeva la giurisdizione come attività pura, considerando il giudizio la riproduzione in fase applicativa della volontà della legge<sup>132</sup>, questo modello non risulta più adeguato dopo l'affermazione del paradigma dello Stato costituzionale di diritto, e del mutato ruolo dei giudici. Il quesito che ci si pone è allora quale nuovo paradigma del giudiziario può essere più adatto a rispondere alle nuove istanze di una società globale e pluralistica<sup>133</sup>.

Il modello ottocentesco-continentale del giudiziario come "potere nullo" si inseriva in modo funzionale al perseguimento della certezza del diritto, valore considerato preminente in quel contesto. Infatti, la certezza e la prevedibilità del diritto sono gli elementi fondanti del potere legale-razionale dello Stato: come ha osservato Max

---

<sup>130</sup> Cfr. Picardi, "Il Conciliatore", *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Settembre, 1984; Scamuzzi, "Conciliatore e conciliazione giudiziaria", voce in *Il Digesto Italiano*, vol. VIII, parte prima, UTET, Milano, 1896; Branno, *Il giudice di pace: commento alla legge istitutiva N.374/91*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.

<sup>131</sup> Cfr. Cap. IV e V.

<sup>132</sup> Di Donato, *La rinascita dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 463.

<sup>133</sup> Cfr. De Sousa Santos, "Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law", *Journal of Law and Society*, 1987, pp. 279-302.

Weber, la magistratura viene concepita innanzitutto come parte dell'apparato burocratico, entrambi i soggetti, giudice e funzionario amministrativo, svolgono in quest'ottica lo stesso compito di applicazione della legge al caso concreto. Così la figura del giudice viene schiacciata su quella del burocrate, vero "protagonista" dello Stato di diritto europeo tra ottocento e novecento<sup>134</sup>. Questa idea è del resto il frutto dell'evoluzione storica dello Stato di diritto nel processo di unificazione nazionale, che, mentre in Inghilterra si è sviluppato prevalentemente grazie all'opera dei giudici, nell'Europa continentale è invece il prodotto dell'apparato amministrativo<sup>135</sup>. Con l'avvento del costituzionalismo, il giudiziario è oggi configurato esplicitamente come un limite alla sovranità statale, tuttavia la concezione dell'organo giurisdizionale stenta ad affrancarsi dal retaggio della visione formalistica del giudice "*bouche de la loi*"<sup>136</sup>. Infatti, nella stessa teoria di Kelsen giudice e funzionario condividono lo stesso tipo di rapporto con l'ordinamento giuridico: entrambi sono organi dello Stato e quindi le leggi ne limitano e rendono il comportamento prevedibile, entrambi producono una norma per risolvere un caso concreto in applicazione della norma superiore che conferisce loro tale potere; la differenza fra i due organi risiede sostanzialmente in un maggiore o minore grado di discrezionalità<sup>137</sup>. Tale concezione trova la sua espressione più estrema nell'idea del sillogismo giuridico e dell'applicazione "automatica" della legge<sup>138</sup>. Se dunque questo modello non sembra più attuale nel contesto dello Stato costituzionale di diritto e in un mondo complesso e globalizzato, tanto che è stato oggetto delle più disparate critiche<sup>139</sup>, ci si domanda quale alternativa

---

<sup>134</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit., pp. 10-11.

<sup>135</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit., p. 12.; In particolare, l'esempio riportato è quello dello Stato francese, definito un modello approssimativo di Stato di diritto, dove il vero potere è detenuto dai funzionari amministrativi. Cfr. Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, cit., p. 128.

<sup>136</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. pp. 97-98.

<sup>137</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 12.; Kelsen, *Lineamenti di una dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1966, p. 382.

<sup>138</sup> Tale dottrina viene formulata inizialmente dalla "Scuola dell'esegesi" francese, sviluppatasi negli anni della codificazione napoleonica, che esaltava la concezione legicentrica-statuale del diritto, affermando la necessità di interpretare il diritto in modo più letterale possibile. Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 13; Cfr. Bobbio, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.

<sup>139</sup> Come si è sottolineato in questo stesso capitolo, nel par. 2 in particolare, questa concezione è da ritenersi obsoleta considerando le attuali posizioni in dottrina, nonché il nuovo contesto dello Stato

sia possibile o auspicabile. Una delle prospettive maggiormente critiche a tale visione, è stata offerta dal realismo giuridico, secondo cui i giudici non decidono “in base alle norme”, ma usano le norme per motivare una decisione presa in precedenza. Si tratta di una visione in un certo senso estremistica dell’interpretazione del diritto, criticata ampiamente dai pensatori contemporanei, fra i quali, per esempio Hart<sup>140</sup>; parte di questa critica si fonda su una visione dualistica del diritto che contrappone normativismo impersonale a decisionismo arbitrario. Una possibile alternativa per una concezione nuova del diritto in senso realista può essere costituita dall’idea del “diritto come pratica sociale”<sup>141</sup>, un esempio utile in questo senso è costituito dal pensiero di Dicey, che può essere letto come modello “alternativo” del giudiziario e del Rule of law<sup>142</sup>.

Come già evidenziato, l’opera di Dicey<sup>143</sup> è stata di grande importanza nello sviluppo della teoria del *Rule of law* inglese, e alcuni aspetti tipici di quell’esperienza storica possono trovare una nuova attuazione nel contesto contemporaneo, che presenta alcuni tratti comuni alla situazione dell’Inghilterra del XIX secolo. Tale lettura capovolge le prospettive tradizionali sul lavoro di Dicey, secondo cui la nozione di *Rule of law* doveva essere interpretata alla luce del dogma della sovranità del Parlamento, e propone invece, di leggere il potere sovrano nell’ottica del *Rule of law*<sup>144</sup>. In particolare, la concezione diceyana del *Rule of law* prevedeva l’unione di due ordinamenti distinti, quello della common law, frutto della tradizione

---

costituzionale di diritto. Cfr. Perelman, Olbercht-Tyteca, Trattato dell’argomentazione, trad. it., Einaudi, Torino, 1966.

<sup>140</sup> In particolare Hart sostiene che è necessario attribuire alle parole della norma almeno un nucleo di significato, altrimenti non resta che una arbitrarietà totale del diritto, tale da mettere a repentaglio lo stesso senso di Rule of law. Santoro, *Diritto e diritti*, cit. pp 285-286; Cfr. Schiavello, *Il positivismo giuridico dopo Herbert LA Hart. Un’introduzione critica*; Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>141</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 296. Il riferimento riportato dall’autore è in particolare alla tripartizione schmittiana del diritto, che distingue fra diritto come regola, decisione e ordinamento; e alla visione di Schmitt che equipara la contrapposizione fra normativismo e realismo alla distinzione fra governo della legge e governo degli uomini. Cfr. anche Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jovene, Milano, 1990.

<sup>142</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. pp. 13-14.

<sup>143</sup> Cfr. Dyzenhaus, “Austin, Hobbes, and Dicey”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 24(2), 2011, 409-430.

<sup>144</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 320.

giurisprudenziale, e quello delle leggi parlamentari. Tale contesto, dove non c'era una precisa gerarchia normativa e occorreva coordinare ordinamenti differenti, assomiglia al mondo contemporaneo, caratterizzato dalla contemporanea coesistenza di diversi "ordini legali" – o interlegalità, per usare l'espressione di De Sousa Santos<sup>145</sup>. La soluzione proposta da Dicey è focalizzata sul ruolo chiave delle Corti ordinarie di definire il diritto e tutelare i diritti individuali. Quest'operazione è possibile grazie alla forte autonomia del giudiziario, non limitata alle garanzie classiche della separazione dei poteri, che, invece, si sostanzia nella consapevolezza degli stessi giudici di utilizzare nell'attività giurisdizionale un linguaggio proprio, "incontaminato" dalle istanze politiche e economiche, quale il linguaggio della "ragione artificiale del giurista"<sup>146</sup>. Si tratta di una concezione che, portando l'attenzione sul piano dell'applicazione del diritto piuttosto che su quello della sua produzione, apre la via per una possibile interpretazione "giusrealistica" dello Stato di diritto. Se si accoglie la constatazione che, nella maggior parte dei casi, il giudice si trova a scegliere fra due soluzioni egualmente legittime sul piano legale<sup>147</sup>, la logica giuridica non può essere considerata l'unico criterio di decisione per il giudice. Allora, non volendo rassegnarsi a un'inevitabile governo degli uomini, si può inserire un ulteriore elemento rilevante nell'attività giurisdizionale: la prassi della comunità interpretativa dei giuristi e la tradizione giuridico-istituzionale. Tali criteri non sono affermati a priori da una norma astratta, ma si differenziano a seconda dei diversi contesti storici e culturali, e costituiscono una "razionalità giuridica", una razionalità giustificativa e argomentativa, che legittima la decisione giudiziaria<sup>148</sup>. Questa idea viene bene espressa da Ross, con le nozioni di "coscienza giuridica formale" e "ideologia normativa", al fine di indicare i canoni tipici della cultura giuridica che

---

<sup>145</sup> De Sousa Santos., "Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law", cit., p. 279 e ss.

<sup>146</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. pp. 108-109.

<sup>147</sup> Cfr. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, Oceana Publication, New York, 1978 (ried. 1930); Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 313.

<sup>148</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. pp. 297-298; Tale razionalità argomentativa trova la sua principale espressione nella motivazione della decisione giudiziaria, che costituisce uno dei parametri di controllo sull'Autorità giurisdizionale da parte della società. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 214.



guidano l'attività degli operatori del diritto nel processo decisionale<sup>149</sup>. Secondo Ross: "il processo mentale con il quale il giudice decide di fondare la decisione su una norma piuttosto che su un'altra, non è un capriccio od un atto arbitrario, variabile da un giudice all'altro, ma è un processo determinato da atteggiamenti e da concetti, da una comune ideologia normativa presente ed attiva nelle menti dei giudici quando questi agiscono in veste di giudici"<sup>150</sup>. L'ideologia normativa consiste in una serie di direttive che riguardano il modo in cui i giudici dovranno procedere per individuare la norma applicabile a una determinata controversia, e può essere rilevata solo attraverso l'analisi del comportamento effettivo dei magistrati<sup>151</sup>. Ross coordina due piani del discorso: da una parte le influenze personali di natura soggettiva, che chiama la coscienza giuridica materiale o morale, senza disconoscere così le osservazioni dei realisti; dall'altra però aggiunge la nozione di coscienza giuridica formale o ideologia normativa, la quale è costituita dalle pratiche specifiche degli operatori del diritto, e che agirebbe come un filtro per il giurista nell'interpretare le norme<sup>152</sup>.

La rilettura in chiave attuale del lavoro di Dicey può perciò fornire un approccio "nuovo" per configurare un modello di Stato di diritto dove la scienza giuridica opera effettivamente come un limite al potere sovrano. Tale strada prende le mosse dalla constatazione della necessità di superare la rigida contrapposizione fra governo della legge e governo degli uomini, e pone l'accento sulla "funzione normativa" delle Corti, il cui scopo fondamentale dovrebbe essere la tutela dei diritti, anche contro la volontà del legislatore. In quest'ottica emerge la centralità del ruolo del giurista, che nella sua attività interpretativa propone alla classe politica "un'immagine di ciò che la società è e una proposta di ciò che deve divenire"<sup>153</sup>. Tale concezione del diritto come pratica sociale ha il merito di mettere in evidenza non tanto il piano delle formulazioni legislative astratte, ma quello della quotidianità delle interpretazioni giudiziarie; se

---

<sup>149</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 303; Cfr. Ross, *Diritto e Giustizia*, trad.it. Einaudi, Torino, 2011; Cfr. anche Millard, "Alf Ross and Realist Conceptions of Legislation", *The Theory and Practice of Legislation*, 1:1, 2013, pp. 77-89.

<sup>150</sup> Ross, *Diritto e Giustizia*, cit. p. 72.

<sup>151</sup> Idem, pp. 72-73.

<sup>152</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 305; Cfr. Ross, *Diritto e Giustizia*, cit.

<sup>153</sup> Costa, "Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per un'antropologia del giurista", *Diritto pubblico*, 1, 1995, p. 30.

infatti, la “prassi interpretativa” dei giudici non è indirizzata alla garanzia dei diritti ma ad altri fini, la concezione di Stato effettivamente limitato dal diritto entra in crisi, mentre si prospettano altre accezioni dello Stato di diritto connotate da fini differenti.

#### 8. Modelli di giurisdizione e cultura giuridica

Il punto di vista “realista” e garantista del *Rule of law* sopra proposto, implica la necessità di porre l’attenzione sulla configurazione istituzionale del giudiziario. Secondo un approccio classico, la prima scelta da compiere sul ruolo dell’organo giurisdizionale nella società, riguarda la modalità di reclutamento dei magistrati, e quindi l’alternativa fondamentale fra giudici-cittadini e giudici-professionali<sup>154</sup>. I primi vengono considerati liberi cittadini, giudici popolari, giudici temporanei, i secondi sono invece definiti funzionari, giudici togati, tecnici professionali, giudici permanenti. Storicamente queste opzioni si sono alternate negli ordinamenti giuridici, insieme ai mutamenti culturali che hanno influenzato i diversi modelli di giudice. Nella tradizione inquisitoria premoderna, i giudici erano visti come dei dotti, *doctores legum*, giuristi di professione. L’illuminismo contrastò tale visione, anche per i soprusi che aveva generato il modello inquisitorio, sostenendo la figura del giudice popolare, il quale doveva agire come un “buon padre di famiglia”, in opposizione al modello del giudice professionale. Questione centrale nella scelta tra queste due opzioni, riguarda la loro adeguatezza a selezionare un corpo di giudici capace di porsi come potere autonomo a quello politico<sup>155</sup>.

Gli studi sui diversi modelli di giustizia ripropongono la distinzione fra Stato di diritto continentale e *Rule of law* anglosassone: mentre nel primo caso il giudiziario viene concepito come un organo di stampo burocratico, nella tradizione del *common law* prevale il modello professionale o aristocratico della giustizia. La differenza risiede essenzialmente nelle modalità di reclutamento tramite concorso pubblico e nella predisposizione di un’organizzazione di tipo gerarchico, che caratterizza il modello continentale<sup>156</sup>. Invece, nel contesto inglese, la selezione dei giudici avviene tramite

---

<sup>154</sup> Ferrajoli, *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, pp. 553- 554.

<sup>155</sup> Idem, pp. 587-591.

<sup>156</sup> Il riferimento dell’autore è in particolare al contesto francese, tuttavia il discorso può essere esteso anche agli altri paesi dell’area continentale europea, come Italia, Germania e Spagna.

nomina fra gli avvocati già affermati professionalmente, e non è previsto un meccanismo di avanzamento di carriera né tantomeno una gerarchia interna<sup>157</sup>. Un interessante elemento che differenzia ulteriormente modello continentale e modello anglosassone è quello dell'indipendenza della magistratura, come osserva Garapon, con riferimento agli esempi inglese e francese. Si distingue infatti, generalmente, fra indipendenza interna, rispetto ai giudici, e indipendenza esterna, in rapporto agli altri organi dello Stato. Nel sistema del *common law* il giudiziario è dotato di una forte indipendenza esterna, mentre è limitata la libertà del singolo giudice. Il vincolo non è di tipo formale, ma sociale, in quanto la sostanziale omogeneità del corpo giudiziario rende particolarmente efficace la conformità all'orientamento delle corti superiori. Invece, in un sistema come quello francese, dove i magistrati sono molto più numerosi e presentano una composizione sociale più eterogenea, è necessaria la predisposizione di una gerarchia e un controllo interni<sup>158</sup>. D'altra parte il modello "elitario" della magistratura rischia di costruire una nuova aristocrazia composta da giuristi, una casta estranea al controllo democratico, una linea di evoluzione del giudiziario che è particolarmente evidente nei paesi di *common law*, dove il diritto è meno accessibile dai non giuristi<sup>159</sup>. Questi due paradigmi non sono più comunque da intendersi in senso puro, in quanto sono ormai "contaminati" dai cambiamenti della contemporaneità e sono pertanto in evoluzione<sup>160</sup>. Per esempio, prendendo in considerazione il caso italiano, autorevoli analisi hanno messo in evidenza come la struttura organizzativa degli uffici giudiziari sia da ricondurre in parte al modello della burocrazia meccanica, nel quale il potere decisionale si presenta accentrato grazie alla presenza di catene gerarchiche e le relazioni interne fra i vari soggetti sono rette da un rigoroso formalismo<sup>161</sup>. D'altra parte, la giurisdizione presenta anche elementi tipici delle cosiddette burocrazie professionali: le amministrazioni in cui operano ceti professionali dotati di una certa autonomia, grazie all'alto livello intellettuale delle

---

<sup>157</sup> Garapon, *I custodi dei diritti*, cit., pp. 40-42.

<sup>158</sup> Idem, p. 44.

<sup>159</sup> Idem, p. 45.

<sup>160</sup> Idem, pp. 40-41.

<sup>161</sup> Il riferimento specifico è agli uffici delle procure, ma il rilievo può essere esteso anche agli altri uffici giudiziari. Cfr. Sarzotti, *Processi di selezione del crimine. Procure della repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 27.

prestazioni fornite e al prestigio sociale; esempi di questo tipo sono i medici negli ospedali, o gli accademici nelle università<sup>162</sup>. Tra le più rilevanti ricerche di stampo sociologico sull'amministrazione della giustizia in Italia, va ricordato il lavoro di Renato Treves, che nelle sue analisi aveva già rilevato gli aspetti comuni fra burocrazia amministrativa e autorità giudiziaria<sup>163</sup>. Elemento fondamentale che però contraddistingue la magistratura rispetto alle altre professioni liberali, e quindi il giudice dal burocrate, risiede nell'autonomia decisionale<sup>164</sup>. Tale criterio distintivo è stato messo in luce anche nella prospettiva differente della processual-civilistica da Piero Calamandrei, il quale descrive il burocrate come colui che, agendo sottoposto a vincoli gerarchici, applica meccanicamente la legge senza assumersi la responsabilità delle proprie decisioni<sup>165</sup>. Al contrario, il giudice è colui che ricerca la *ratio* del comando del legislatore e lo interpreta secondo la sua coscienza<sup>166</sup>. Al fine di compiere tale operazione, il giudice deve esercitare la sua funzione in modo autonomo, condizione strumentalmente garantita dall'indipendenza dell'organo di cui è parte, la magistratura<sup>1</sup>. In caso contrario, diviene più intenso il rischio di “assuefazione burocratica e irresponsabilità anonima”<sup>167</sup>, trasformando il giudice in un burocrate intento a “smaltire pratiche e fascicoli”<sup>168</sup>

---

<sup>162</sup> Cfr. Sarzotti, *Processi di selezione del crimine. Procure della repubblica e organizzazione giudiziaria*, cit., p. 27.

<sup>163</sup> Treves, Una ricerca sociologica sull'amministrazione della giustizia in Italia, in «Rivista di Diritto Processuale», II, 1965, p. 231; Cfr. anche Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Laterza, Bari, 1972.

<sup>164</sup> Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, cit., pp. 237-238. Si tratta, in particolare dello “schema Barber”, utilizzato nell'ambito della sociologia delle professioni e adottato per l'analisi della professione del magistrato all'interno della ricerca sopracitata: secondo tale modello, l'attività del magistrato può essere qualificata come “attività professionale”. L'inquadramento all'interno di una struttura formale o dello svolgimento indipendente non impedisce, infatti, di evidenziarne le analogie con le professioni liberali.

<sup>165</sup> Calamandrei, *Processo e Democrazia*, cit., pp. 71-74.

<sup>166</sup> Idem, pp. 69-71.

<sup>167</sup> Idem, p. 63.

<sup>168</sup> Idem, p. 64.

### III. I procedimenti di espulsione e trattenimento di fronte al Giudice di Pace

#### 1. Detenzione amministrativa e Stato di diritto

Se dunque lo Stato di diritto è un concetto in evoluzione (o in crisi), che in ogni caso sfugge a una definizione univoca, si ritiene che il caso di studio di riferimento, i procedimenti giurisdizionali in materia di espulsione e trattenimento degli stranieri, possano fornire un valido strumento di indagine di tali mutamenti e trasformazioni. Si ritiene, inoltre, che proprio lo studio dell'orientamento dei giudici rivesti una particolare rilevanza per il concetto di Stato di diritto, ipotesi che i capitoli precedenti hanno permesso di rafforzare.

L'analisi dei procedimenti di espulsione e trattenimento non può prescindere da alcune considerazioni sulla detenzione amministrativa, un istituto che ha occupato grande spazio nel dibattito teorico e critico<sup>1</sup>; anche se non è questa la sede per una ricognizione esaustiva dell'ampia produzione scientifica in materia, è tuttavia necessario rendere esplicita la prospettiva qui assunta. Da una parte, ampia letteratura ha interpretato il fenomeno della detenzione amministrativa degli stranieri, attraverso le categorie di Agamben del "campo" e dello "stato di eccezione"<sup>2</sup>, in questo senso i centri di detenzione vengono letti come degli spazi "altri" rispetto allo Stato di diritto, dei luoghi di "anormalità" e "anomia", dove non vigono le stesse regole del resto del territorio nazionale. Tuttavia, altre letture hanno messo in evidenza lo sviluppo storico del trattenimento amministrativo, la cui genealogia non rimanda a un mezzo straordinario e di eccezione, ma piuttosto a uno strumento "banale" di normale amministrazione, riconducibile alle "ordinarie misure di bassa polizia" finalizzate al

---

<sup>1</sup> Cfr. numero monografico dedicato a questo tema: *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2/2017.

<sup>2</sup> Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995; G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003; Per un'analisi critica della detenzione dei migranti sulla scorta delle tesi di Agamben, si veda, tra gli altri, Rajaram, Grundy-Warr, "The Irregular Migrant as Homo Sacer: Migration and Detention in Australia, Malaysia, and Thailand", *International Migration*, 42, 2004, pp. 33-64

controllo della mobilità<sup>3</sup>. Sebbene la visione agambeniana dei centri di detenzione abbia avuto un fondamentale ruolo di denuncia sociale, di un istituto che sembra sfuggire alle normali logiche garantiste delle attuali democrazie costituzionali<sup>4</sup>, la seconda prospettiva sembra avere una portata descrittiva maggiore dell'effettivo funzionamento del trattenimento degli stranieri. Limitando l'analisi al contesto nazionale, al netto delle numerose critiche autorevoli, sono passati ormai vent'anni dall'introduzione dell'istituto nel contesto italiano, che dunque può essere considerato parte integrante dell'ordinamento giuridico<sup>5</sup>. Inoltre, la detenzione dei migranti è oggetto di una densa disciplina normativa, per cui risulta difficile configurare i procedimenti di trattenimento ed espulsione come "diritto speciale o di eccezione", questi sono ormai inseriti nel contesto dello Stato costituzionale di diritto, rispettando, almeno formalmente, le garanzie previste dalla Costituzione. Alla luce di tali considerazioni, proprio la detenzione amministrativa e i procedimenti ad essa correlati, sembrano costituire un caso di studio di estremo rilievo per analizzare il concreto funzionamento dello Stato di diritto.

In una recente monografia<sup>6</sup> sul rapporto fra detenzione amministrativa e Stato di diritto, viene evidenziata la tensione esistente fra funzione repressiva e attuazione di meccanismi di protezione giuridica all'interno dei centri<sup>7</sup>. Lo studio sottolinea la coesistenza di logiche differenti che attraversano l'istituto della detenzione: da una parte la repressione, intrinseca nella stessa misura di privazione della libertà personale,

---

<sup>3</sup> Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci, 2013, p. 66.

<sup>4</sup> Diverse voci autorevoli, solo nel contesto italiano, hanno denunciato la misura come "diritto speciale" e diritto illegittimo, ... D'altro canto, l'istituto non è mai stato un'anomalia italiana quanto una prassi consolidata in molti ordinamenti, sia europei sia di paesi oltreoceano, su cui si sono espresse corti nazionali e internazionali, salvandone la legittimità in base alla considerazione che si tratterebbe di una misura di carattere non punitivo, volta semplicemente ad assicurare l'effettività dei provvedimenti di allontanamento dal territorio. Cfr. Caputo, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza" 1, 2000; Pepino, *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", 2, 2000.

<sup>5</sup> Rigo, "Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione" in Materiali per una storia della cultura giuridica

<sup>6</sup> Fisher, *Le territoire de l'expulsion. La rétention administrative des étrangers et l'Etat de droit*, ENS Editions, Paris, 2017.

<sup>7</sup> Il caso di studio del lavoro consiste in un'analisi sociologica ed etnografica delle pratiche di militanza all'interno dei centri di trattenimento in Francia.

dall'altra, tuttavia, le norme, gli attori e i dispositivi attivi nei centri di detenzione sembrano, invece, riferirsi ai principi cardinali dello Stato di diritto<sup>8</sup>. In questo modo il trattenimento si caratterizza come uno strumento di integrazione di questi diversi elementi all'interno del proprio ordinario funzionamento, che si svolge nel solco del paradigma stesso dello Stato di diritto.

In primo luogo, dunque, si prenderà in considerazione l'orientamento del Giudice di Pace in materia di trattenimento ed espulsione, attraverso l'analisi dei provvedimenti e dei verbali di udienza, per poi analizzare i provvedimenti emessi dal Tribunale di Roma. Dal 2015, infatti, la competenza sul trattenimento dei richiedenti asilo è passata al Tribunale ordinario in virtù del d.lgs. 142/2015, che prevede presupposti e tempistiche differenti rispetto alla disciplina ordinaria per i migranti extra UE<sup>9</sup>. Come già evidenziato, questo studio è stato possibile grazie al progetto di ricerca più grande "Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace in materia di immigrazione"<sup>10</sup>, di cui ho fatto parte, nell'unità di ricerca di Roma.

L'Osservatorio ha raccolto e sistematicamente analizzato i provvedimenti emessi dal Giudice di Pace di Bari, Bologna, Prato, Roma e Torino, nel I e nel IV trimestre del 2015, relativi a procedimenti di: opposizione ai decreti di espulsione, convalida e proroga del trattenimento degli stranieri in attesa di espulsione, convalida dell'ordine di accompagnamento alla frontiera, convalida delle misure alternative al trattenimento, per un totale di 1220 provvedimenti. Questa analisi si svolge a partire dai risultati della ricerca nella sede di Roma, ma anche da quelli rilevati dalle altre unità di ricerca nei report. Si è scelto di prendere in considerazione l'insieme dei risultati emersi, piuttosto che fornire un'analisi dettagliata di un numero inferiore di provvedimenti. Questa decisione metodologica è dettata in primo luogo dalla rilevanza della ricerca, sia per la quantità dei provvedimenti raccolti, che per la varietà geografica degli uffici giudiziari coinvolti; un dato di cui è opportuno dare conto nella sua interezza ai fini di un'analisi sull'orientamento del Giudice di Pace in tema di immigrazione. Inoltre, come verrà evidenziato nei paragrafi seguenti, i procedimenti davanti a tale giudice

---

<sup>8</sup> Fisher, *Le territoire de l'expulsion*, cit. p. 276-277.

<sup>9</sup> Cfr. Cap. IV.

<sup>10</sup> <http://lexilium.it>.

risultano caratterizzati da una generale sommarietà e superficialità delle argomentazioni giuridiche, è sembrata pertanto poco proficua un'analisi dettagliata dei singoli provvedimenti, mentre è proprio il dato globale a fornire una chiave di lettura del ruolo del Giudice di Pace in tali procedimenti.

## 2. La disciplina sul trattenimento

Il procedimento di espulsione dei cittadini stranieri provenienti da paesi extra UE irregolarmente presenti sul territorio, prevede una doppia tutela giudiziale, una in sede di opposizione sul merito dell'espulsione, e una in sede di convalida della misura di esecuzione dell'espulsione. La convalida del trattenimento si inserisce all'interno del procedimento di espulsione come una parentesi necessaria nel procedimento di rimpatrio coattivo; in questa sede non sembra opportuno fornire un'analisi dettagliata della disciplina in materia<sup>11</sup>, si svolgeranno perciò solo i rilievi necessari a inquadrare nel contesto normativo i dati della ricerca.

La disciplina nazionale in tema di espulsione è contenuta nel cosiddetto Testo Unico sull'immigrazione (TUI), il d.lgs. 286/1998, si tratta di una normativa criticata (e criticabile) sotto diversi profili da ampia parte della cultura giuridica<sup>12</sup>, e che ancora oggi risente della precedente impostazione della legge Bossi-Fini. Infatti, conformemente a quella normativa, la disciplina attuale è caratterizzata principalmente da due elementi: la predisposizione del rimpatrio forzato come normale modalità esecutiva dell'espulsione e l'immediata esecutività del provvedimento espulsivo<sup>13</sup>. Questa impostazione contrasta in parte con la normativa europea in tema di espulsione,

---

<sup>11</sup> In seguito all'entrata in vigore della l. 161/2014, i termini massimi di trattenimento sono stati ridotti da 12 mesi 90 giorni, mentre una disciplina diversa riguarda i richiedenti asilo.

<sup>12</sup> Nonostante le critiche avanzate, soprattutto al momento della prima introduzione della detenzione amministrativa in Italia, il diritto dell'immigrazione rimane un ambito di nicchia per "addetti ai lavori", tendenzialmente meno studiato di altri campi.

<sup>13</sup> Tale impostazione è evidente dalla lettura delle due norme di riferimento nel d.lgs. 286/1998: art. 13 comma 4 "L'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica (...)", e art. 13 comma 3 "L'espulsione è disposta in ogni caso con decreto motivato immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame o impugnativa da parte dell'interessato (...)".



costituita dalla direttiva rimpatri<sup>14</sup>, che invece indica il rimpatrio volontario come modalità privilegiata di esecuzione dell'espulsione<sup>15</sup>. Di fatto, come testimoniano i dati raccolti dalla ricerca, la partenza volontaria, prevista dalla direttiva, rimane un'ipotesi sostanzialmente inapplicata nella prassi italiana; anche per l'infelice definizione normativa del rischio di fuga, eccessivamente ampia e vaga, la cui sussistenza impedisce automaticamente la concessione del termine per la partenza volontaria. L'accompagnamento coattivo alla frontiera e quindi il trattenimento nei centri di detenzione, oggi Centri Per il Rimpatrio (CPR), è perciò lo strumento più utilizzato dall'Autorità amministrativa di pubblica sicurezza, che dispone l'espulsione<sup>16</sup>. Questo dato va messo in relazione con l'immediata esecutività del provvedimento espulsivo, per cui in mancanza dell'ordinanza di sospensione da parte del giudice dell'opposizione<sup>17</sup>, lo straniero può venire effettivamente rimpatriato nelle more del ricorso contro il decreto di espulsione. Unico elemento di "garanzia" indispensabile è la convalida della misura esecutiva da parte del giudice competente sull'esecuzione del rimpatrio. Inoltre, come si vedrà in seguito, l'orientamento dei giudici di pace sulla concessione della sospensiva è estremamente restrittivo, per cui è di fatto molto raro che il giudice dell'opposizione intervenga privando di efficacia il provvedimento espulsivo. Il procedimento di convalida del trattenimento è perciò necessariamente condizionato da tali premesse normative, un elemento che occorre tenere in considerazione nell'analisi dell'orientamento dei giudici di pace. Tuttavia, se da una parte la legislazione presenta diverse criticità e "pone le basi" per una "facile" lesione dei diritti dello straniero, diventa ancora più evidente il ruolo cruciale svolto dai giudici nell'interpretazione e applicazione del diritto in un senso garantista o meno.

---

<sup>14</sup> Direttiva 2008/115/CE.

<sup>15</sup> Direttiva 2008/115/CE, (10): "se non vi è motivo di ritenere che possa compromettere la finalità della procedura di rimpatrio, si dovrebbe preferire il rimpatrio volontario al rimpatrio forzato e concedere un termine per la partenza volontaria".

<sup>16</sup> Il decreto di espulsione è emesso dal Prefetto e la misura di esecuzione del rimpatrio è disposta dal Questore.

<sup>17</sup> La competenza sui ricorsi di opposizione all'espulsione è anch'essa del Giudice di Pace.

Il giudizio di convalida del trattenimento e delle altre misure di esecuzione dell'espulsione<sup>18</sup>, è connotato da caratteristiche peculiari: pur essendo un processo di competenza della giurisdizione civile (in questo caso del Giudice di Pace), si svolge secondo uno schema tipico dei procedimenti penali cautelari in materia di restrizione della libertà personale, come la convalida dell'arresto e del fermo. Tale "anomalia" è resa necessaria dal carattere coercitivo della misura, da includere fra le restrizioni "altre" della libertà personale<sup>19</sup>, e quindi sottoposta alle garanzie dell'art. 13 Costituzione. Dal punto di vista della disciplina processuale, si adotta il rito camerale secondo lo schema degli artt. 737 e ss c.p.c.<sup>20</sup>, una disciplina di cognizione sommaria, caratterizzata dalla riduzione delle formalità nel processo, che viene lasciato alla conduzione discrezionale del giudice. Sul tema sono interessanti alcuni rilievi: questo modello rituale non prevede specifici vincoli per il giudice, che può procedere come ritiene opportuno, svolgendo un'istruzione più o meno approfondita, e attuando in modo officioso il contraddittorio<sup>21</sup>. Senza entrare nel merito della questione della libertà delle forme processuali, argomento complesso che in parte si approfondirà in seguito<sup>22</sup>, basti qui sottolineare come tale disciplina rimetta sostanzialmente alla discrezionalità del giudice, nell'interazione con gli altri attori del processo, le modalità di svolgimento dell'udienza. Inoltre, in questo tipo di procedimenti non è prevista l'udienza pubblica<sup>23</sup>, altro elemento criticabile della scelta operata dal legislatore, che va letto insieme alla prassi consolidata in tutti gli uffici del Giudice di Pace considerati, sedi di CPR, di svolgere le udienze all'interno dei centri<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Infatti, il trattenimento è in realtà necessario quando non sia possibile il rimpatrio immediato per indisponibilità del vettore o per necessità di identificazione dello straniero. La normativa prevede inoltre una serie di misure alternative al trattenimento, meno coercitive della detenzione nei Centri, la cui applicazione andrebbe valutata caso per caso dal giudice. Cfr. d.lgs. 286/1998, art. 13 comma 5 bis e ss.

<sup>19</sup> Fondamentale in materia la sentenza 105 del 2001 della Corte Costituzionale, sulla cui scorta si sono mosse le successive pronunce della giurisprudenza di legittimità.

<sup>20</sup> Così come modificati dal d.lgs. 10/2011.

<sup>21</sup> Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, p. 245; Cfr. Carratta, "Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari" in *La tutela sommaria in Europa*, Jovene, Napoli, 2012.

<sup>22</sup> Cfr. in questo capitolo, in particolare par. 3.

<sup>23</sup> Art. 47 CEDU.

<sup>24</sup> Tale modalità operativa era già stata rilevata dalla prima fase della ricerca nel 2013, è la stessa normativa ex d.lgs. 286/1998, art 13 comma 5ter, che prevede la possibilità di svolgere le udienze "nei locali messi a disposizione dalla Questura".

### 3. Il procedimento di convalida davanti al Giudice di Pace nella prassi: un processo (o un giudice?) burocratico

Prendendo come riferimento l'insieme delle rilevazioni svolte nel 2016 nelle sedi del Giudice di Pace di Roma, Torino, e Bari (tutte sedi di CPR), è possibile svolgere alcune considerazioni sull'orientamento dei Giudici di Pace in tema di trattenimento. Il dato generale, che conferma i rilievi svolti già nel 2013/2014, rimanda l'immagine di un procedimento estremamente sommario e superficiale, che lo stesso *report* sintetico della ricerca definisce "burocratico e cartolare"; elementi ricorrenti sono stati rilevati nei diversi uffici giudiziari analizzati, senza significative differenze. La lettura dei verbali di udienza, quasi vuoti o compilati in modo approssimativo, descrive un processo che dura in media dai cinque ai dieci minuti e in cui, pur essendo formalmente garantito il contraddittorio, grazie alla presenza del difensore di ufficio, dell'interprete e dello straniero, non vi è un'adeguata tutela giurisdizionale dei diritti dei soggetti coinvolti<sup>25</sup>. I verbali di udienza si sostanziano in poche righe scritte su moduli prestampati tutti uguali, dove lo spazio per ogni parte è già predeterminato; il riquadro riservato allo straniero è composto di alcune voci fisse sul possesso di documenti, la condizione abitativa e l'eventuale percezione di un reddito. Seguono gli spazi per le osservazioni delle parti: l'Autorità amministrativa in genere "chiede la convalida" senza ulteriori specificazioni, la difesa, invece, molto spesso si limita a "opporsi alla convalida", un'espressione apodittica che non aggiunge alcuna argomentazione giuridica nell'interesse del proprio assistito. Sebbene questa analisi si concentri maggiormente sulla figura del giudice, non bisogna dimenticare l'importanza dell'attività difensiva che, in generale può definirsi abbastanza scarsa, salvo poche eccezioni<sup>26</sup>. Infine, il verbale prevede una casella riservata al giudice con due opzioni da barrare, "convalida" o "non convalida" più alcune righe per la motivazione. È

---

<sup>25</sup> Per quanto riguarda i procedimenti di convalida della proroga del trattenimento, deve evidenziarsi la prassi, in alcune sedi del Giudice di Pace, come a Torino, di svolgere l'udienza in assenza dello straniero interessato.

<sup>26</sup> Interessante che tale dato si accompagna a quello della prevalente nomina di avvocati di fiducia, soprattutto a Bari, che farebbe supporre una migliore conoscenza dell'assistito. Tuttavia dalla visione dei fascicoli emerge come in realtà la maggior parte degli avvocati sia nominata poco prima dell'udienza, mettendo in evidenza l'esistenza di una cerchia informale di difensori in contatto con la Questura, di pronta reperibilità per le udienze nei CPR.

questo un “tasto dolente” delle decisioni dei giudici di pace, i provvedimenti sono in generale scarsamente motivati, le argomentazioni ridotte a qualche riga scritta in calce al verbale di udienza, senza dare conto del ragionamento giuridico svolto. Inoltre, c’è un numero piuttosto alto di provvedimenti del tutto non motivati, il 12% a Roma e il 30% a Bari<sup>27</sup>. Le motivazioni sono comunque spesso ridotte a delle mere formule di rito come “sussistono i presupposti del trattenimento”, oppure “ritenute fondate le ragioni della Questura a cui ci si richiama”. Quest’ultima tipologia di motivazione, per “relationem”, è estremamente ricorrente, e mette in evidenza il sostanziale conformarsi passivamente dei giudici di pace alle richieste avanzate dall’Autorità di pubblica sicurezza. Una modalità operativa che si manifesta inevitabilmente anche negli esiti delle decisioni, che nell’80-90% dei casi si risolvono nella convalida del trattenimento<sup>28</sup>. In questo modo il Giudice di Pace sembra operare come un organo burocratico di mera validazione dell’operato della Polizia, il cui contributo si inserisce senza soluzione di continuità all’azione dell’Amministrazione, in un procedimento unitario orientato al trattenimento dello straniero. Se da una parte, la tradizione giuridica continentale inquadra la magistratura come uno specifico organo all’interno dell’apparato burocratico statale, dall’altra, come già rilevato, l’immagine di una “giustizia burocratica” non è più attuale e coerente con il paradigma dello Stato costituzionale di diritto, dove la figura del giudice è influenzata anche dal “modello professionale”<sup>29</sup>. Come osserva Calamandrei, è tuttavia sempre presente il rischio che il giudice operi come un burocrate, considerando le vicende che gli sono sottoposte non più come riguardanti persone reali, portatrici di istanze concrete di tutela, ma semplici numeri e fascicoli da smaltire o “pratiche”, secondo l’affermazione “per il burocrate ‘gli affanni’ dell’uomo vivo che sta in attesa non contano più”<sup>30</sup>. Come già evidenziato, l’elemento dell’indipendenza, necessario presupposto dell’autonomia decisionale, viene ritenuto uno dei principali elementi di distinzione del giudice dal burocrate, un aspetto che va tenuto in particolare considerazione con riguardo al

---

<sup>27</sup> A Torino le motivazioni costituite solo da formule di rito costituiscono il 50% del totale dei provvedimenti analizzati.

<sup>28</sup> Sugli esiti si veda il par. 5.

<sup>29</sup> Cfr. Cap. 2 par. 8.

<sup>30</sup> Calamandrei, *Processo e Democrazia*, cit., p. 64.

Giudice di Pace, la cui configurazione istituzionale nell'ordinamento si presenta quantomeno ambigua.

Questo giudice onorario, introdotto nell'ordinamento con la legge 21 novembre n. 374 del 1991<sup>31</sup>, è caratterizzato da aspetti ambivalenti e controversi<sup>32</sup>: a partire dal fatto che non appartiene in via permanente all'ordine giudiziario, ma svolge la funzione giurisdizionale solo per un periodo di tempo determinato. Per tale ragione, e per la sua modalità di retribuzione “a cottimo” basata sul numero di udienze svolte, il Giudice di Pace è stato anche definito un giudice “precario”<sup>33</sup>. Da questo punto di vista, possono sorgere delle criticità rispetto al requisito dell'indipendenza esterna del giudice, in rapporto agli altri organi dello Stato. Il Giudice di Pace è un istituto che trae ispirazione dalla tradizione della cosiddetta “giustizia conciliativa”, il suo più diretto predecessore è infatti il giudice Conciliatore, ma anche il *Juge de Paix* francese e il *Justice of the Peace* inglese, tipici esempi di giudici-cittadini<sup>34</sup>. Oltre alle somiglianze semantiche, non si riscontrano tuttavia altri punti in comune con tali istituti, se non, appunto, nella funzione tipica della giustizia onoraria e conciliatrice, di assorbimento e amministrazione delle cosiddette controversie minori<sup>35</sup>. Una funzione che, non appare coerente con il ruolo di controllo attribuito al Giudice di Pace nei procedimenti di trattenimento ed espulsione degli stranieri. Difatti, nel momento in cui la competenza

---

<sup>31</sup> Il D.lgs. 31 maggio 2016 n. 92 ha recentemente riformato la magistratura onoraria. Le principali novità sono: il limite massimo di età, stabilito a 65 anni, la durata del mandato di massimo quattro anni, rinnovabile per una sola volta e l'indennità dei magistrati onorari.

<sup>32</sup> Cfr. Picardi, *Il Conciliatore*, cit; Scamuzzi, “Conciliatore e conciliazione giudiziaria”, cit.

<sup>33</sup> La definizione è del rapporto “Undocumented” Justice for Migrants in Italy”, International Commission of Jurists, 2014.

<sup>34</sup> Chiarloni, “Il giudice di pace”, voce in *Digesto delle discipline Privatistiche*, IX, UTET, Torino, 1993, p. 83.

<sup>35</sup> Chiarloni, “Il giudice di pace”, voce in *Digesto delle discipline Privatistiche*, cit., p. 74. La definizione del modello scelto dal legislatore appare problematica; in particolar modo considerando l'evoluzione successiva alla legge istitutiva del 1991. Infatti, sono stati inseriti sempre più elementi volti a una professionalizzazione del giudice di pace, (come l'ampliamento delle competenze, la previsione del requisito dell'abilitazione alla professione di avvocato e l'abbassamento dell'età minima), delineando una vera figura professionale, specializzata in determinate materie, anche se considerate meno rilevanti, più semplici e idonee a una soluzione conciliativa; ricoperta non più da un soggetto che si è distinto per il suo prestigio e le sue qualità personali, ma da un giurista.

sulla materia è stata attribuita in blocco al Giudice di Pace, nel 2004<sup>36</sup>, diverse voci autorevoli si sono espresse criticamente<sup>37</sup> sulla legittimità e ragionevolezza di tale scelta. Basti pensare che la stessa istituzione del Giudice di Pace nel 1991, è stata motivata da esigenze di deflazione della giustizia<sup>38</sup>; esigenze richiamate espressamente dal legislatore del 2004 per giustificare l'attribuzione della competenza in materia di immigrazione<sup>39</sup>. Un'idea di per sé discutibile in quanto sembra anteporre l'efficienza del sistema giudiziario all'effettività della tutela giurisdizionale, secondo un'ottica economica di costi-benefici. L'intento sotteso a questa decisione sembra voler declassificare l'intera materia del controllo giurisdizionale sui procedimenti di espulsione dei migranti, a una questione di "giustizia minore" o, considerando il dato empirico, di "giustizia burocratica".

La contaminazione della giustizia con discorsi propri di altri linguaggi, come quello economico-efficientistico, è un fenomeno tipico degli ultimi anni, e se ne possono riscontrare gli effetti anche nei procedimenti davanti al Giudice di Pace<sup>40</sup>. Un esempio abbastanza rappresentativo di questo meccanismo è la prassi, riscontrata in modo uniforme e costante dal 2013 in tutte le sedi di CPR, di svolgere le udienze di convalida del trattenimento all'interno dei centri di detenzione. Si tratta di una scelta dettata da ragioni puramente pratiche, di "comodità"; infatti, visto che lo straniero deve essere presente all'udienza per legge, l'unica alternativa sarebbe tradurre i soggetti coinvolti nelle aule giudiziarie, come in effetti avviene nel caso delle udienze di convalida dei richiedenti asilo di fronte al Tribunale. Se tale prassi non trova espressi divieti sul piano legale, tuttavia, come già osservato, rimane una modalità criticabile di gestire le udienze, soprattutto con riferimento all'elemento della pubblicità. Infatti, oltre a non

---

<sup>36</sup> La stessa genesi dell'attribuzione della competenza sull'immigrazione è discutibile: il legislatore è intervenuto con un decreto legge, il d.l. 241/2004, in seguito alla sentenza della Corte Cost. 222/2004, che imponeva il rispetto delle garanzie del contraddittorio nei procedimenti di convalida del rimpatrio coattivo dello straniero.

<sup>37</sup> Caputo, Pepino, "Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione", *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2004, pp., 10-11.

<sup>38</sup> Idem, pp. 3-4.

<sup>39</sup> Si veda la Relazione Governativa di accompagnamento al D.L. 241/2004.

<sup>40</sup> Cfr. Garapon, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano, 2012; Garland, *La cultura del controllo: crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004.

essere prevista l'udienza pubblica, il processo si svolge anche materialmente fuori dalla città, in luoghi isolati e inaccessibili al pubblico come i CPR<sup>41</sup>. Un altro caso in cui "ragioni pratiche" prevalgono su "ragioni garantiste" consiste nella prassi di svolgere le udienze di proroga del trattenimento senza la presenza del trattenuto, rilevata a Torino, in aperto contrasto con la giurisprudenza della Cassazione<sup>42</sup>. Un caso che presenta delle criticità in primo luogo giuridiche, perché lede direttamente il diritto alla difesa e al contraddittorio della persona: la partecipazione dello straniero coinvolto nel procedimento è un requisito esplicitamente citato dalla giurisprudenza della Corte di legittimità. Inoltre, ripropone un modello di giustizia che opera in base a logiche di efficienza e praticità, un linguaggio appunto "burocratico" ed economico che privilegia il raggiungimento di obiettivi quantitativi, "lo smaltimento delle pratiche", a scapito del linguaggio dei diritti e del garantismo.

La configurazione della magistratura come uno specifico organo all'interno dell'apparato burocratico, viene espressa compiutamente da Max Weber, che ne ha trattato con riferimento al modello del *Rechtsstaat* di fine Ottocento, evidenziando alcuni elementi ancora attuali. In questo senso, il potere giudiziario è espressione di un potere legale-razionale, caratterizzato dall'impersonalismo formalistico del funzionario amministrativo, che esercita il suo compito "senza passioni" in modo uguale per chiunque, e il cui strumento fondamentale è il sapere specializzato. Afferma infatti Weber: "non è raro che nell'odierna applicazione del diritto si avvicinino giurisdizione e amministrazione"<sup>43</sup>. La competenza specifica e l'oggettività del funzionario amministrativo sono rese necessarie dalla complessità della società, e si esprimono attraverso la struttura burocratica, la quale "crea alla giurisprudenza il terreno per la realizzazione di un diritto razionale e concettualmente sistematico"<sup>44</sup>. Questo modello esprime bene la concezione del giudiziario nello Stato di diritto

---

<sup>41</sup> Il problema della pubblicità è anche connesso alla difficoltà di accedere ai provvedimenti emessi dal Giudice di Pace; Cfr. su questo punto i comunicati disponibili sul sito della ricerca Osservatorio, <http://lexilium.it>.

<sup>42</sup> Cass. 4544/2010. In questa occasione la Corte di Cassazione ha sottolineato la necessità di applicare anche all'udienza di proroga del trattenimento tutte le garanzie e le tutele previste per la convalida, essendo anch'essa una misura restrittiva della libertà personale. Cfr. Rapporto Torino, 2016.

<sup>43</sup> Weber, *Economia e Società*, trad. it., III, cit. p. 10 e ss.

<sup>44</sup> Idem, p. 76.

“continentale”, proprio della Germania dell’ottocento, dove appunto il compito del giudice è eseguire la volontà del sovrano e applicare meccanicamente la legge. In questo senso, l’ambito semantico di riferimento è quello del *rule by law*, del governo attraverso la legge, e non del *rule of law*, il governo limitato dal diritto. Dunque, da una prospettiva esterna, i procedimenti di fronte al Giudice di Pace sembrano in generale configurabili secondo tale concezione “burocratica” del giudiziario, in quanto non possono dirsi orientati a una tutela dei diritti dello straniero, attraverso un controllo effettivo dell’operato dell’Amministrazione da parte del giudice. I Giudici di Pace sembrano applicare la norma in modo molto simile a quanto farebbe un funzionario amministrativo, limitandosi all’adattamento del diritto al caso concreto, mentre la fase istruttoria, l’attività interpretativa e il ragionamento giuridico sono quasi assenti, o comunque estremamente scarsi. D’altra parte, la sommarietà di tali procedimenti, che, in alcuni casi, sono letteralmente “vuoti” di contenuti - i verbali non sono materialmente compilati e la motivazione è del tutto assente - potrebbe mettere in discussione lo stesso inquadramento degli stessi come procedimenti giurisdizionali. Da questo punto di vista, la superficialità dei provvedimenti potrebbe essere letta come una “rinuncia” alla giurisdizione da parte del Giudice di Pace.

#### 4. Discrezionalità e recesso dalla giurisdizione: la sospensione dell’esecuzione del decreto di espulsione

Come rilevato, il Giudice di Pace ha un ampio margine discrezionale nell’amministrazione del processo, derivante dall’adozione del rito sommario camerale, che permette al decidente di condurre l’udienza come ritiene più opportuno. L’analisi dei dati empirici mette in evidenza come tale potere discrezionale venga esercitato o (meglio non esercitato) dai giudici di pace nel senso di un’auto sottrazione allo svolgimento di un ruolo di controllo forte sull’operato dell’Amministrazione. Infatti, a fronte di un rito che è uguale a quello utilizzato dai giudici del Tribunale, di cui si tratterà in seguito, i procedimenti di fronte al Giudice di Pace sono molto più superficiali e sommari. Un caso emblematico di questo *modus operandi* è quello



dell'applicazione della sospensione cautelare da parte del giudice dell'opposizione all'espulsione<sup>45</sup>. Come già osservato, i procedimenti di espulsione si compongono di due fasi: l'udienza di convalida, riguardante l'applicazione della misura esecutiva del rimpatrio, e un'altra fase solo eventuale, consistente nel ricorso contro il decreto di espulsione. Uno degli elementi più critici, messo in rilievo dalla ricerca Osservatorio su questi procedimenti<sup>46</sup>, è la sostanziale non applicazione da parte dei giudici di pace della sospensione cautelare dell'espulsione<sup>47</sup> che, insieme ad altri aspetti, rende inconsistente il diritto a un ricorso effettivo dello straniero<sup>48</sup>.

Le rilevazioni della ricerca svolte nel 2016<sup>49</sup> confermano i dati già raccolti nel 2014: l'istanza di sospensione presentata dalla parte viene, nella quasi totalità dei casi, ignorata o rigettata dai giudici di pace, senza neanche fornire motivazione del rigetto. Questo avviene nel 10% dei casi a Prato e in oltre il 40% dei procedimenti analizzati a Torino, dove, nel restante 60%, alla richiesta di sospensione non fa seguito alcuna risposta, costituendo un caso inedito di "silenzio-diniego"<sup>50</sup>. Inoltre, nonostante la normativa preveda un termine ordinario di venti giorni<sup>51</sup>, i processi sono molto più lunghi: la durata media è di 51 giorni a Prato e 95 giorni a Torino<sup>52</sup>. In questo modo, da una parte il processo richiede dei tempi di definizione più lunghi della previsione originale del legislatore, ma dall'altra, il decreto di espulsione rimane quasi sempre

---

<sup>45</sup> La competenza per questo tipo di procedimenti è sempre del Giudice di Pace. Cfr. par. 2 per un'analisi della normativa di riferimento.

<sup>46</sup> Si è deciso di non riportare anche l'analisi dettagliata di questo tipo di procedimenti, disciplinati dal d.lgs. 150/2011, che implicherebbe affrontare una serie di tematiche ulteriori sulla normativa in tema di espulsione. Basti qui sottolineare che, in generale, anche l'opposizione all'espulsione viene caratterizzata da un'estrema sommarietà e superficialità sia in sede di istruttoria che nella redazione delle motivazioni. Rapporto generale Osservatorio 2016, per le analisi dettagliate si possono consultare i singoli report delle unità di ricerca.

<sup>47</sup> In base all'art. 5 d.lgs. 150/2011 il giudice può sospendere l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile, quale può essere un rimpatrio eseguito sulla base di un decreto di espulsione illegittimo.

<sup>48</sup> Cfr. Cap. III par. 5

<sup>49</sup> I procedimenti di opposizione all'espulsione sono stati analizzati nelle sedi di Prato (36 procedimenti) e di Torino (135 procedimenti), con riferimento al I e al IV trimestre del 2015, in base alla data di definizione del processo. Anche in questo caso le rilevazioni hanno messo in evidenza diversi aspetti critici, e una generale sommarietà dei procedimenti e delle motivazioni.

<sup>50</sup> *Executive Summary* 2016 pp. 2-3; Rapporto Torino 2016, pp. 16-17.

<sup>51</sup> D.lgs. 150/2011, art. 18 comma 7.

<sup>52</sup> A Torino in 10 casi, di cui due riguardanti stranieri in stato di trattenimento, il processo è durato oltre sei mesi *Executive Summary*, 2016, p. 4.

esecutivo per tutta la durata del procedimento, aumentando in modo esponenziale il rischio per lo straniero di essere rimpatriato ingiustamente.

Oltre a questi risultati, elementi analoghi emergono da un'altra serie di rilevazioni, condotte in autonomia presso l'ufficio del Giudice di Pace di Roma nel 2015<sup>53</sup>. Su 44 fascicoli analizzati solo in un caso è stata disposta la sospensione cautelare dell'espulsione, sebbene la difesa ne avesse fatto specifica istanza in 26 ricorsi; la richiesta di sospensione non è stata valutata dal giudice nemmeno nei casi in cui il ricorso è stato poi accolto. Anche in questo caso, la durata media dei procedimenti supera la previsione di venti giorni, essendo di quattro mesi e mezzo. La variazione però è molto marcata, salvo tre casi in cui il processo si svolge in circa 45 giorni, la durata complessiva varia fra i tre e gli undici mesi (quest'ultimo dato riguarda un caso isolato)<sup>54</sup>. Nel 50% dei casi il ricorrente era in stato di trattenimento al momento della proposizione del ricorso<sup>55</sup>, concretizzando il rischio effettivo di eseguire il rimpatrio del ricorrente sulla base di un decreto di espulsione illegittimo. Infatti, in alcuni casi lo straniero è stato effettivamente rimpatriato prima della conclusione del processo. La lettura complessiva di questi dati, insieme a quelli sullo svolgimento delle udienze di convalida e proroga del trattenimento, sembra configurare un recesso dalla giurisdizione da parte del Giudice di Pace: una rinuncia spontanea a esercitare prerogative e poteri processuali, che rende il controllo giurisdizionale sull'espulsione, una sorta di "fase ulteriore" del procedimento amministrativo. In questo senso, non sembra che le modalità operative dei Giudici di Pace possano essere considerate espressione della *iurisdictio*, nella sua accezione propria nella tradizione, di limite al potere discrezionale del *gubernaculum*. D'altra parte, come si è evidenziato, lo spettro

---

<sup>53</sup> Questo campione è stato raccolto in occasione di una ricerca parallela sull'applicazione della sospensione cautelare nei procedimenti di espulsione di migranti e richiedenti asilo. Sono stati raccolti e analizzati 44 procedimenti relativi al mese di ottobre 2015, con riferimento alla data di deposito del ricorso. La scelta del periodo temporale è stata dettata anche da esigenze organizzative dell'Ufficio del Giudice di Pace, che in quel periodo aveva di recente cambiato sede materiale.

<sup>54</sup> La maggior parte dei procedimenti si conclude fra i quattro e i sei mesi. Occorre ricordare che la sede del Giudice di Pace di Roma era stata oggetto di una precedente rilevazione nel 2014, dalla ricerca Osservatorio, i cui risultati non differivano sostanzialmente dai dati raccolti nel 2015. Cfr. Ufficio del Giudice di Pace di Roma – espulsioni – rapporto 2014.

<sup>55</sup> Non è possibile risalire, in base ai dati ricavabili dai fascicoli dei ricorsi, alla durata effettiva del trattenimento del ricorrente, infatti i procedimenti di convalida e proroga sono archiviati separatamente.

semantico di significati associabili alla giurisdizione, non si riduce a questo aspetto, ma implica anche la funzione legittimazione del potere, nonché la dimensione istitutiva, messa in evidenza dallo studio di Costa. Osservato da questa seconda prospettiva, l'orientamento dei giudici di pace non si pone fuori dall'ambito della *iurisdictio*, ma ne rappresenta, invece, una particolare incarnazione. Infatti, nonostante l'ineffettività delle garanzie processuali che si riscontra in questi procedimenti, il potere dispositivo della giurisdizione rimane inalterato<sup>56</sup>.

## 5. Effettività della tutela giurisdizionale e accesso alla giustizia

I dati empirici sulla mancata applicazione della sospensiva da parte dei giudici di pace, oltre a mettere in evidenza la tendenza a non intervenire in maniera diretta nel processo, pongono in seria questione la possibile lesione del diritto a un ricorso effettivo degli stranieri. Un diritto che, come si è visto, ha una portata trasversale nell'ordinamento giuridico, che si affianca alle altre tutele processuali derivanti dal principio del giusto processo<sup>57</sup>. Il cosiddetto *right to an effective remedy*, considerato un principio generale del diritto europeo, assume anche una posizione rilevante nell'interpretazione dell'art. 24 Cost.; tuttavia la sua affermazione più esplicita è quella dell'art. 13 CEDU. L'art. 13 costituisce insieme agli articoli 6 e 5 della CEDU, le garanzie procedurali dei diritti sanciti nella Convenzione, e per questo viene definito dai commentatori un *ancillary right*, un diritto accessorio, la cui violazione può essere fatta valere solo in connessione con la violazione di un altro diritto protetto dalla Convenzione o dai Protocolli<sup>58</sup>. Tuttavia, la portata di questa disposizione non si limita a un ruolo meramente ausiliario, contenendo in sé già gli elementi di un diritto sostanziale, oltre che di una garanzia procedurale, e ponendosi a fondamento di ogni

---

<sup>56</sup> Cfr. più avanti par. 7

<sup>57</sup> Cfr. Cap. III par. 6.

<sup>58</sup> Grabenwarter, "Art. 13" voce in *European Convention on Human Right commentary*, a cura di Beck, Hart, Nomos, 2014, p. 327.

elaborazione sul diritto di accesso alla giustizia<sup>59</sup>. Questo duplice aspetto è ravvisabile anche nella sua collocazione a conclusione del titolo I Diritti e Libertà, a completamento dell'elenco dei diritti sostanziali sanciti agli artt. 2-12, e in apertura delle garanzie procedurali, previste nei successivi articoli 13-18, ragione che ha indotto a definire l'art. 13 una "disposizione di cerniera"<sup>60</sup>. Fra i diversi requisiti per soddisfare il diritto a un ricorso effettivo, si sottolinea l'adeguatezza del rimedio, che implica l'idoneità dello stesso al raggiungimento di un risultato concreto. Con questa definizione non si intende la necessità che l'esito del ricorso sia favorevole<sup>61</sup>, tuttavia i meccanismi previsti dall'ordinamento devono essere astrattamente idonei a produrre una decisione positiva, senza rendere tale possibilità meramente utopica. Nell'ambito delle modalità di soddisfazione del criterio dell'adeguatezza, gli Stati godono di una certa discrezionalità, potendo scegliere quale protezione predisporre a tutela di ogni determinata situazione giuridica protetta. Una particolare menzione va riservata ai provvedimenti cautelari: infatti, in determinati casi, l'adozione dei provvedimenti sopraesposti, che avviene *ex post* dopo un accertamento giudiziale, può intervenire "troppo tardi", così che nel frattempo i diritti del soggetto coinvolto vengano irrimediabilmente pregiudicati. Pertanto è necessario che l'autorità competente sia dotata di strumenti idonei ad assicurare una tutela immediata per la persona: fra i quali, particolare rilevanza assume la facoltà di sospendere l'efficacia dell'atto impugnato; elemento che non è necessario in ogni genere di procedimento, ma solo in alcune specifiche situazioni, come nei procedimenti di espulsione degli stranieri che rischiano di subire violazioni degli artt. 2 e 3 CEDU in caso di rimpatrio<sup>62</sup>. Quando una doglianza in merito all'art. 13 è in combinato disposto con una violazione del diritto alla vita o con il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, ai sensi degli artt. 2 e 3 CEDU, il controllo della Corte deve essere particolarmente stringente, e prevedere anche l'effetto sospensivo del rimedio, in quanto il danno eventuale per la

---

<sup>59</sup> Bartole, Conforti, Raimondi, "Art 13" voce in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 378.

<sup>60</sup> Bartole, Conforti, Raimondi, "Art. 13" voce in *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 475-476.

<sup>61</sup> Cfr. Corte e. d. u., 26 novembre 1991, *Sunday Times n.2 c. Regno Unito*, § 61

<sup>62</sup> Bartole, Conforti, Raimondi, "Art 13" voce in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 394-396.

persona può essere irreversibile, una situazione che ricorre spesso in caso di ricorso giurisdizionale contro un provvedimento di rimpatrio<sup>63</sup>. Tale principio è stato ribadito dalla Corte in diverse occasioni<sup>64</sup>, uno dei casi più rilevanti è costituito dalla sentenza *Jabari*<sup>65</sup>; in tale sede sono stati espressi due requisiti essenziali ai fini del rispetto dell'art. 13: l'autorità adita deve poter procedere ad un esame rigoroso e indipendente nel merito dei fatti allegati dal richiedente, non limitandosi ad aspetti formali, la stessa autorità deve avere il potere di sospendere la misura contestata<sup>66</sup>. La possibilità di ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'espulsione da parte dell'autorità giurisdizionale, era perciò ritenuta una garanzia sufficiente, anche in assenza di un effetto automaticamente sospensivo del ricorso stesso. Quest'ultimo elemento è stato invece ritenuto necessario in successive pronunce della Corte<sup>67</sup> al fine di offrire una migliore tutela processuale dei cittadini stranieri nei procedimenti di espulsione in generale, e in particolare nell'ambito delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato<sup>68</sup>.

Nel caso esaminato, oltre a non essere prevista la sospensione automatica del decreto di espulsione con la proposizione del ricorso, l'ineffettività del rimedio è determinata dalla criticità della normativa e dalla prassi dei giudici, in primis dalla sostanziale non applicazione della sospensiva. Se tali considerazioni riguardano su un piano giuridico la violazione dell'art. 13 CEDU e dell'art. 24 Cost., nella sua interpretazione più ampia, comportano anche delle riflessioni ulteriori sul tema dell'effettività della tutela giurisdizionale e dell'accesso alla giustizia. Come si è cercato di evidenziare nel

---

<sup>63</sup> Cfr. Corte e. d. u., 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito* § 145; Grabenwarter, *Art. 13 in European Convention on Human Right commentary*, cit. 328-329; Bartole, Conforti, Raimondi, "Art 13" voce in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 494.

<sup>64</sup> Cfr. anche Corte e. d. u., 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*.

<sup>65</sup> Corte e. d. u., 11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*.

<sup>66</sup> Corte e. d. u., 11 luglio 2000, *Jabari c. Turchia*, § 50; De Vittor, "Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. II., 2008, pp. 1-6.

<sup>67</sup> Corte e. d. u., 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*; Corte e. d. u., 26 aprile 2007, *Gebremedhin c. Francia*; Cfr. anche sentenze più recenti: Corte e. d. u., 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*; Corte e. d. u., 1 settembre 2015, *Khlaifia e altri c. Italia*.

<sup>68</sup> De Vittor, "Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione", cit. p. 3. Cfr. più avanti Cap. IV.

capitolo precedente, si tratta sostanzialmente di “due facce della stessa medaglia”, due discorsi che si intrecciano inevitabilmente, andando a integrare e “dando sostanza” alle garanzie formali del giusto processo. Difatti, così come l’impossibilità di accedere al gratuito patrocinio legale rende inconsistente il diritto di azione, la mancanza della sospensione cautelare produce l’ineffettività del ricorso contro l’espulsione. Nel caso del Giudice di Pace all’ineffettività della tutela giurisdizionale, per cui il ricorrente può essere facilmente rimpatriato prima della conclusione del giudizio sull’espulsione, corrisponde l’efficienza amministrativa. Le udienze di convalida del trattenimento si svolgono infatti, nel minor tempo possibile, al netto del rispetto delle garanzie formali imprescindibili, comunque poche, vista la generale adozione di una disciplina sommaria. Una logica che appare ribaltare le problematiche messe in evidenza anche dal Movimento sull’accesso alla giustizia: mentre in quell’ambito si era sottolineata la necessità di deformalizzare il processo per renderlo più effettivo e accessibile ai cittadini, qui, invece, la semplificazione delle forme sembra funzionale a una visione economica ed efficientistica del processo<sup>69</sup>. Prendendo in considerazione, invece, la funzione “trasformativa” ed emancipativa dell’organo giurisdizionale, evocata da diversi studiosi, rispetto alle categorie svantaggiate di soggetti, fra i quali i migranti<sup>70</sup>, l’orientamento del Giudice di Pace sembra porsi in tutt’altra ottica di discorso. Piuttosto che aprire la strada all’affermazione di nuovi diritti, la giurisprudenza dei Giudici di Pace non solo si pone più vicina all’approccio conservativo e di chiusura dell’apparato esecutivo, ma sembra condividere gli intenti essenziali, senza offrire un’adeguata tutela nemmeno ai diritti “vecchi”, dalla tradizione più consolidata nel nostro ordinamento, quali la libertà personale.

---

<sup>69</sup> Cfr. Cap. III, par. 6; Il riferimento è in particolare al fenomeno descritto da Marini, di confusione tra “deformalizzazione” del processo e “delegalizzazione”

<sup>70</sup> Cfr. Cap. III par. 4, Ci si riferisce alle osservazioni di diversi autori, trattate nel capitolo precedente sul nuovo ruolo assunto dal giudiziario nell’attuale Stato costituzionale di diritto.

## 6. Certezza del diritto, sicurezza e prevenzione del rischio: il paradigma del Giudice di Pace

Un dato molto importante emergente dalle rilevazioni è la netta prevalenza delle decisioni di convalida (o proroga) del trattenimento<sup>71</sup>, che costituiscono circa 80% del totale di tutti i provvedimenti analizzati, si riporta per esemplificazione la tabella completa dei dati:

Sedi	Convalide	Non convalide	Proroghe	Non proroghe	Non rilevabile
Bari	275 (86%)	45 (14%)	66 (71%)	27 (29%)	NR*
Roma	109 (76%)	34 (24%)	76 (68%)	35 (32%)	NR*
Torino	175 (98%)	4 (2%)	95 (97%)	4 (3%)	

Questi risultati rispecchiano quanto già osservato sulla sommarietà delle udienze, la superficialità delle motivazioni, e la generale gestione burocratica del processo. Sarebbe tuttavia riduttivo però limitarsi a bollare la giurisprudenza dei giudici di pace come “diritto illegittimo” o non conforme ai principi dello Stato di diritto. Infatti, se come visto, tale concetto può avere molteplici significati, è possibile che l’orientamento del Giudice di Pace possa esprimere esigenze di un particolare modello di Stato di diritto, caratterizzato dal perseguimento di certi fini piuttosto che altri.

Uno dei principali valori della tradizione del *Rechtsstaat*, ma anche nella visione di pensatori contemporanei<sup>72</sup>, è la certezza del diritto e la prevedibilità. Si tratta di una tradizione che può essere fatta risalire ancora più in là nel tempo a Thomas Hobbes e, soprattutto a Jeremy Bentham, che individuava nella sicurezza e nella prevedibilità

---

<sup>71</sup> Anche per quanto riguarda i procedimenti di opposizione all’espulsione, la percentuale di rigetti è molto netta, 86% a Prato e 97% a Torino. La percentuale di esiti è stata circa la stessa rispetto alle rilevazioni svolte del 2013, salvo per la sede di Roma, dove si registra una riduzione dei provvedimenti di convalida/proroga del trattenimento.

<sup>72</sup> Cfr. Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit.

incondizionate l'obiettivo del sistema giuridico<sup>73</sup>. Da questa prospettiva i procedimenti di fronte al Giudice di Pace risultano del tutto coerenti: il margine di incertezza delle decisioni è infatti molto basso. Questo parametro si lega a un altro fondamentale nell'orientare le decisioni dei giudici di pace: la previsione del rischio, che assume un ruolo centrale nel determinare le scelte del Giudice di Pace. Un esempio di come prevedibilità e sicurezza orientino le decisioni dei giudici di pace, è la prassi, osservata a Bari e Torino, di motivare in modo più esteso i provvedimenti di non convalida, che anzi, sono quasi gli unici casi in cui si riscontrano motivazioni articolate, quasi che il giudice dovesse giustificare la scelta difforme dalla normalità della convalida del trattenimento. In questo modo si genera una sostanziale inversione dell'onere della prova o meglio dell'oggetto del giudizio: da una parte la Questura non motiva l'istanza di convalida, così come il giudice non motiva l'autorizzazione del trattenimento; quando invece il giudice decide di "liberare" lo straniero, allora l'argomentazione è estesa<sup>74</sup>. Se nella previsione normativa l'udienza di convalida dovrebbe riguardare la legittimità del provvedimento restrittivo adottato, nella prassi del Giudice di Pace sembra invece riguardare la legittimità della liberazione dello straniero, presupponendo la normalità del trattenimento o comunque dell'applicazione di una misura coercitiva. Infatti, un altro elemento evidente dai dati della ricerca è la netta prevalenza del rimpatrio coattivo e in particolare, dell'applicazione del trattenimento rispetto alle misure alternative. Queste ultime vengono utilizzate solo nelle sedi del Giudice di Pace dove non c'è un centro di detenzione disponibile, suggerendo che tale circostanza materiale incida sulla valutazione del giudice, circa l'adozione della misura restrittiva adeguata al caso specifico. Da tali elementi emerge, a una prima analisi, la constatazione di un atteggiamento di deferenza verso l'Autorità amministrativa da parte dei giudici, tuttavia, una lettura non superficiale mette in evidenza anche la presenza di altri interessi e beni tutelati dall'organo giudiziario. I Giudici di Pace si conformano a un orientamento di generale presunzione del trattenimento rendendo prevedibili le loro decisioni, con evidente beneficio della

---

<sup>73</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p.330, Il riferimento è all'adozione del cosiddetto paradigma "rousseauiano montesquieuiano", ma anche alla dottrina della giuspubblicistica tedesca.

<sup>74</sup> Cfr. Rapporto unità di ricerca di Bari – <http://lexilium.it>.



certezza del diritto. Un aspetto che si pone in linea con quanto già osservato sulla connotazione burocratica di tali procedimenti, e con la concezione weberiana del potere burocratico per cui: “il capitalismo moderno si distingue da quello pre-razionalistico, per la sua organizzazione razionale del lavoro, esso richiede l’esistenza di una giustizia e di un’amministrazione il cui funzionamento possa essere calcolato razionalmente in base a norme precise, in tale contesto è impossibile accettare modelli di giustizia irrazionali, dove la decisione si basa caso per caso”<sup>75</sup>. La tutela della certezza del diritto è in stretta connessione con la valorizzazione della sicurezza, intesa quale bene primario protetto dallo Stato. Secondo questa concezione, il cui principale sostenitore è Bentham, i diritti di libertà sono fondati sulla sicurezza che si realizza attraverso il governo della legge, senza particolare riguardo a considerazioni di “giustizia”<sup>76</sup>. I diritti di libertà sono così declinati nell’ottica della sicurezza, lo Stato è in questo senso finalizzato a garantire la cosiddetta *expectation* del diritto, prodotta dalla legge e l’interpretazione del giudice è vista come una pericolosa deriva verso l’arbitrio<sup>77</sup>. Questa concezione dello Stato di diritto che possiamo considerare alternativa e parallela a quella del *Rule of law* di Dicey e del binomio *iurisdictio-gubernaculum*, è tutt’ora una delle narrazioni presenti nell’attuale Stato costituzionale di diritto. Anche oggi, infatti, la sicurezza è un valore fondamentale dello Stato e dell’attività giurisdizionale, sempre più determinante soprattutto in materia penale. Un ruolo cruciale assume la nozione di rischio, che spinge il giudiziario a prevenire gli eventuali danni alla sicurezza dei cittadini<sup>78</sup>; il pericolo non è costituito da singoli soggetti o da effettivi conflitti, ma piuttosto da generali “fattori di rischio” che possono comportare conseguenze indesiderate. In questo modo l’attività dei giudici assume una connotazione disciplinare e viene orientata alla prevenzione, invece che alla tutela dei

---

<sup>75</sup> Weber, *Economia e Società*, IV, cit. p. 486.

<sup>76</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 329; Cfr. Bentham, *Principles of the Civil Code*, in *The works of Jeremy Bentham*, a cura di Bowring, I, Edimburgh, William Tait, 1843.

<sup>77</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 330. In tal senso anche Hobbes, seppure in modo differente da Bentham, in quanto ritiene non sia possibile applicare la legge senza interpretarla, ma allo stesso tempo, individua il sovrano quale interprete corretto. Cfr. Hobbes, *Leviatano*, trad. it., Fabbri, Milano, 1996.

<sup>78</sup> L’esempio diretto è del Floud Report inglese del 1981, che afferma esplicitamente come il ruolo delle Corti non sia tutelare i diritti di libertà, ma garantire la sicurezza dei cittadini. Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 331;

diritti. Per esempio, la presenza di elementi di sospetto circa la pericolosità sociale di un soggetto, diventa il principale elemento di discriminazione nella scelta sull'applicazione di una misura coercitiva più o meno afflittiva<sup>79</sup>. Infatti, è proprio nell'ambito della giustizia penale e delle politiche pubbliche sulla criminalità che, negli ultimi decenni, sono state utilizzate pratiche e teorie di prevenzione, finalizzate a limitare i possibili danni derivanti da fattori di rischio e a contenere la paura dei cittadini, connotando la giustizia penale in senso manageriale<sup>80</sup>.

Il caso dei procedimenti di trattenimento degli stranieri è un esempio paradigmatico di questa logica: lo stesso istituto della detenzione amministrativa ha una ratio preventiva-cautelare intrinseca, essendo fondamentalmente finalizzato ad evitare la dispersione nel territorio dei migranti irregolari. La normativa poi, pone come principale presupposto dell'espulsione forzata e quindi del trattenimento, la nozione di "rischio di fuga"<sup>81</sup>, che diventa di conseguenza il perno delle motivazioni del giudice della convalida, insieme alle considerazioni sull'eventuale pericolosità sociale del soggetto<sup>82</sup>. In generale, le categorie del "rischio" e del "pericolo" permeano l'intera disciplina sull'espulsione dello straniero, potendo determinare sia il motivo di espulsione che la modalità del rimpatrio, e quindi il trattenimento<sup>83</sup>. Nell'analisi delle decisioni dei Giudice di Pace di Bari, viene osservato come questi due parametri siano valutati in modo superficiale e standardizzato in prima battuta dalle Autorità amministrative, e poi di nuovo, dai giudici, che non mettono quasi mai in discussione l'operato dell'Autorità di pubblica sicurezza, conformandovisi<sup>84</sup>. Tali osservazioni sono da collocare nella ormai consolidata correlazione fra diritto penale e diritto

---

<sup>79</sup> Santoro, *Diritto e diritti*, cit. p. 332.

<sup>80</sup> Il riferimento è in particolare alle politiche attuate in Inghilterra e negli Stati Uniti a partire dagli anni 80'. Garland, *La cultura del controllo*, cit. pp. 78-81; Cfr. Garapon, *Lo Stato minimo*, cit.; Per quanto riguarda l'Italia si veda Sarzotti, *Processi di selezione del crimine*, cit.

<sup>81</sup> D.lgs. 286/1998, art. 13 c. 4bis; si tratta di una formulazione infelice perché non sembra definire dei "criteri obiettivi", quanto piuttosto rovesciare lo schema delineato dalla direttiva rimpatri, presupponendo il rischio di fuga ogni volta che le possibili misure limitative non risultano di facile applicazione. Cfr. Savio, "La nuova disciplina delle espulsioni conseguente alla direttiva rimpatri",

<sup>82</sup> Rapporto unità di ricerca di Bari, cit. p. 24, <http://lexilium.it>.

<sup>83</sup> Fabini, Campesi, "La detenzione della pericolosità migrante", in *Materiali per una storia cultura della storia giuridica*, 2/2017, p. 517; Cfr. Guild, *Security and migration in the 21st century*, Polity Press, Cambridge, 2009.

<sup>84</sup> Fabini, Campesi, "La detenzione della pericolosità migrante", cit., pp. 521-524.

dell'immigrazione, che ha portato addirittura a coniare uno specifico termine: *crimmigration*, per indicare il processo di securitarizzazione delle migrazioni<sup>85</sup>. Processo caratterizzato dall'utilizzo delle norme amministrative sull'allontanamento degli stranieri irregolari come strumenti di controllo e disciplinamento nei confronti dei migranti, evitando però la qualificazione penale di tale disciplina e di conseguenza, il connesso apparato garantistico<sup>86</sup>.

#### 7. (In)effettività della tutela giurisdizionale e effettività della Giurisdizione

Uno degli aspetti emersi da questa analisi, è la connotazione fortemente burocratica dei procedimenti di espulsione e trattenimento dello straniero di fronte al Giudice di Pace. Nell'estrema sommarietà delle udienze la figura del giudice sembra appiattirsi su quella del funzionario amministrativo, del burocrate intento a smaltire pratiche, così che le differenze tra procedimento amministrativo e giurisdizionale si assottigliano fin quasi a scomparire. “Quasi” ma non del tutto, perché nonostante l'ineffettività della tutela giurisdizionale, osservata sotto diversi aspetti, il formale controllo del giudice conferisce legittimità all'atto coercitivo dell'Amministrazione<sup>87</sup>, mettendo in evidenza la cosiddetta dimensione istitutiva della giurisdizione. Tornando alle categorie classiche non è la dimensione negativa della *iurisdictio*, opposta al *gubernaculum* ad attivarsi, ma quella di effettivizzazione del processo di potere: la capacità della giurisdizione di intervenire come “momento istitutivo” nel passaggio dall'esercizio della mera forza all'istituzionalizzazione di un potere normalizzato<sup>88</sup>. Come osserva Costa, l'effettività del processo di potere risultando dai meri fatti, permette di indagare

---

<sup>85</sup> Spina, “La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa” in *Materiali per una storia cultura della storia giuridica*, 2/2017, pp. 475-595; Cfr. Guild, *Security and Migration in the 21st Century*, Polity Press, Cambridge 2009.

<sup>86</sup> Fabini, Campesi, “La detenzione della pericolosità migrante”, cit., p.; Cfr. Kanstrom, *Deportation Nation: Outsiders in American History*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2007; Aas, “Bordered penalty: precarious membership and abnormal justice”, *Punishment & Society*, 16 (5), 2014, pp. 520-541..

<sup>87</sup> Cfr. Luhmann, *Stato di diritto e sistema sociale*, cit. pp. 53-58.

<sup>88</sup> Costa, *Iurisdictio*, cit., pp. 84-87.

la genesi della stessa validità del potere; in questo senso è interessante notare come la detenzione amministrativa dei migranti sia un fenomeno emerso dalla prassi, piuttosto che da una disciplina legislativa organica, la quale, in Italia come in altri paesi europei è stata sottoposta al controllo giurisdizionale solo in un secondo momento<sup>89</sup>. In questo senso, l'effettività della giurisdizione emerge in modo necessario e complementare all'effettività della coercizione, subita dai migranti in stato di detenzione<sup>90</sup>.

Se da una parte si è messo in evidenza come le valutazioni pratico-economiche siano alla base di una serie di prassi osservate nei procedimenti di espulsione, nonché della stessa attribuzione della competenza in materia al Giudice di Pace, dall'altra l'efficienza complessiva dei CPR è scarsa. Diversi autori hanno fatto notare che solo una piccola parte dei migranti irregolari detenuti nei centri di detenzione viene effettivamente rimpatriata<sup>91</sup>. La razionalità efficientistica sembra dunque trovare un'increspatura se si cercano le radici fondanti dell'istituto, che sembrerebbe possano invece giustificarsi in un intento punitivo o disciplinante, riportando il focus sulla funzione della detenzione amministrativa. In quest'ottica valgono le considerazioni sull'approccio securitario delle politiche sull'immigrazione, in linea con una più generale tendenza alla prevenzione del rischio e alla tutela della sicurezza, che pervadono le politiche pubbliche delle moderne democrazie costituzionali. Un ulteriore elemento utile all'analisi può essere fornito dal confronto con l'orientamento del Tribunale, che si occupa del trattenimento dei richiedenti asilo. Interessante notare che, nonostante il passaggio di competenze giurisdizionali, in seguito al mutamento di status da migrante irregolare a richiedente asilo, molto spesso il soggetto coinvolto in entrambi i procedimenti è lo stesso.

---

<sup>89</sup> Rigo, "Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione", cit. p. 482.

<sup>90</sup> Idem, . 484.

<sup>91</sup> Cfr. in particolare nel volume monografico citato *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017 i saggi di Campesi-Fabini, Beilfuss e Kononen.

## **IV. L'orientamento del Tribunale di Roma tra discrezionalità e protezione**

### **1. Il trattenimento dei richiedenti asilo: profili normativi e metodologia di ricerca**

Il trattenimento dei richiedenti asilo è stato introdotto in modo sistematico nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 142/2015, che ha recepito le direttive UE 32 e 33 del 2013<sup>1</sup>. La disciplina rimanda alle norme sul trattenimento in generale, ma diverge per alcuni aspetti: in primo luogo sotto il profilo della competenza, attribuita al Tribunale ordinario in sede civile, per la diversa determinazione dei presupposti del trattenimento, e per la previsione di un termine di durata massima della detenzione fino a 12 mesi<sup>2</sup>. Per tutto il resto, in particolare per la modalità di svolgimento delle udienze, si rimanda alle disposizioni del Testo Unico. I presupposti del trattenimento del richiedente asilo divergono in parte da quelli degli altri migranti irregolari, dato che nel primo caso il soggetto è in possesso di un titolo legale di soggiorno, seppure temporaneo. Principio generale della normativa europea e nazionale, è il divieto di trattenere il richiedente asilo al solo fine di esaminare la sua domanda. Infatti, la detenzione amministrativa dovrebbe, come per il migrante irregolare, essere applicata solo in ultima istanza, dopo aver valutato caso per caso l'adozione di misure meno coercitive quali le misure

---

<sup>1</sup> In particolare si tratta della direttiva 2013/33/UE sulle norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, e direttiva 2013/32/UE sulle procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale. Quest'ultima è la disciplina che rileva nel caso delle procedure di trattenimento ed espulsione dei richiedenti asilo. Cfr. Morandi, Schiavone, "Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015" in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4/2015, Franco Angeli, pp. 84-117.

<sup>2</sup> D.lgs. 142/2015 art. 6 c. 8; in base alla normativa complessiva il richiedente che presenta ricorso giurisdizionale ex art. 35 d.lgs. 25/2008, contro il provvedimento di diniego della Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, è trattenuto fino all'adozione del provvedimento di sospensione del giudice e comunque per un tempo complessivo non superiore ai dodici mesi.

alternative<sup>3</sup>. I presupposti del trattenimento sono costituiti in primo luogo dalla sussistenza di alcune circostanze quali il pericolo pubblico e la generale pericolosità sociale desumibile da sentenze di condanna per reati di una certa gravità<sup>4</sup>. Gli altri due presupposti previsti in alternativa, sono la sussistenza del rischio di fuga e la strumentalità della domanda di protezione internazionale che, come si vedrà, sono i più citati nelle decisioni sul trattenimento. La formulazione del rischio di fuga diverge da quella del Testo Unico ed è più precisa e pertinente: oltre alla violazione del divieto di reingresso e l'inottemperanza a un precedente provvedimento di espulsione, il rischio di fuga è desumibile dall'aver dichiarato sistematicamente false generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione<sup>5</sup>. Ultimo presupposto del trattenimento è la strumentalità della domanda di asilo, che ricorre in caso la domanda sia presentata dal migrante in stato di trattenimento, in seguito all'emissione di un decreto di espulsione o di respingimento, se ci sono fondati motivi per ritenere che l'istanza sia strumentale a impedire o ritardare l'espulsione<sup>6</sup>. L'attuale formulazione di questa disposizione è il frutto dell'intervento del d.l. 13/2017 cosiddetto Decreto Minniti, convertito nella legge 13 Aprile 2017, n. 46, che ha introdotto esplicitamente anche l'ipotesi del respingimento, non prevista nella precedente norma.

I procedimenti riguardanti richiedenti asilo che avevano fatto domanda in stato di libertà sono estremamente rari, per cui nella quasi totalità dei casi il Tribunale è chiamato a decidere sul trattenimento in seconda istanza, dopo che già il Giudice di Pace ha svolto un controllo sulla legittimità della richiesta di convalida. In questo modo, spesso la stessa persona è coinvolta in entrambi i procedimenti giurisdizionali di fronte al Giudice di Pace e di fronte al Tribunale, prima in veste di migrante irregolare poi come richiedente asilo. Tale circostanza permette

---

<sup>3</sup> Cfr. d.lgs. 142/2015 art. 6 c. 1; Le misure alternative sono disciplinate dal d.lgs. 286/1998, art. 14bis; AAVV, *Codice dell'Immigrazione e dell'asilo*, a cura di Manzione, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 846-847.

<sup>4</sup> D.lgs. 142/2015, art. 6 c. 2, lett. a), b), c).

<sup>5</sup> D.lgs. 142/2015, art. 6 c. 2, lett. d).

<sup>6</sup> D.lgs. 142/2015, art. 6, c. 3.

l'applicazione dell'art. 6 comma 3 sulla strumentalità della domanda di asilo, che è uno degli argomenti più ricorrenti nelle motivazioni dei giudici.

Da questa breve e sommaria trattazione della normativa rilevante, necessaria ai fini dell'analisi della giurisprudenza del Tribunale di Roma in tema di trattenimento dei richiedenti asilo, emergono alcune osservazioni. L'impostazione della normativa europea, recepita dal legislatore nazionale, configura il trattenimento del richiedente asilo come un'ipotesi eccezionale, finalizzata a scongiurare un uso distorto e strumentale dell'istanza di protezione internazionale al fine di evitare il rimpatrio. Si può già anticipare, come si vedrà nell'analisi dei provvedimenti dei giudici, che questa ratio non sembra corrispondere all'applicazione reale della norma, la quale riguarda molto spesso anche persone appena entrate sul territorio o comunque alla loro prima richiesta di asilo. Del resto, è la stessa lettera della legge che, prevedendo la possibilità di trattenere anche i richiedenti destinatari di un decreto di respingimento, e quindi appena intercettati alla frontiera, induce ad interpretare in modo più estensivo la disciplina<sup>7</sup>.

Un ulteriore rilievo riguarda la previsione di un termine massimo di detenzione così superiore rispetto alla disciplina generale sul trattenimento, la quale prevede, invece, un limite di tre mesi<sup>8</sup>. Da una parte, la norma stabilisce il principio generale per cui il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda, e che le proroghe devono essere limitate al tempo strettamente necessario, tuttavia la valutazione sull'elemento temporale è in ultima istanza rimessa alle esigenze della Commissione Territoriale<sup>9</sup>. Inoltre, l'estensione dei termini avviene in seguito alla proposizione di ricorso

---

<sup>7</sup> La fattispecie del respingimento è stata reintrodotta dalla l. 46/2017.

<sup>8</sup> Tuttavia anche questa normativa è stata recentemente modificata dal d.l.113/2018 in vigore dal 5/10/2018, non ancora convertito in legge, che prevede, fra le altre cose, l'estensione del periodo massimo di trattenimento a 180 giorni.

<sup>9</sup> Nel caso in cui il richiedente sia in stato di trattenimento è prevista l'applicazione di una procedura accelerata e di un esame prioritario della domanda, tuttavia la determinazione effettiva dei tempi di svolgimento delle audizioni è in ultima istanza subordinata alle esigenze della Commissione. Virzi, "La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015", in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4/2015, Franco Angeli, p. 122.

giurisdizionale, quasi a voler disincentivare il richiedente in stato di trattenimento ad esercitare il proprio diritto di difesa. Tale elemento va letto congiuntamente all'art. 4 del d.lgs. 150/2011, per cui la proposizione del ricorso contro il diniego della protezione internazionale, non sospende automaticamente l'efficacia esecutiva del decreto impugnato, nel caso in cui il richiedente sia in stato di trattenimento. Rimane chiaramente aperta la possibilità per il giudice competente dell'impugnazione di disporre la sospensione dell'esecuzione del diniego. Tale quadro normativo presenta degli elementi di potenziale criticità, certamente amplificati da un'interpretazione estensiva da parte dell'Amministrazione delle fattispecie di trattenimento dei richiedenti asilo: in particolare, il rischio concreto prospettato è quello di rimpatriare potenziali beneficiari di uno status di protezione nelle more delle procedure di riconoscimento, o dell'emissione della sospensiva del giudice, a scapito ancora una volta del diritto a un ricorso effettivo<sup>10</sup>.

L'analisi che segue è svolta a partire da una ricerca empirica di tipo qualitativo sui provvedimenti emessi dal Tribunale di Roma, in materia di trattenimento del richiedente asilo presso il CPR di Ponte Galeria. In questo caso lo studio è stato limitato al solo Tribunale di Roma, e a un numero di provvedimenti complessivi molto inferiore rispetto a quelli raccolti negli uffici del Giudice di Pace. Tale scelta è stata resa necessaria dalla circostanza che si tratta di uno studio autonomo e non di un progetto dotato di varie unità di ricerca; inoltre, la disciplina rilevante e la giurisprudenza del Tribunale presentano degli elementi di complessità e interesse tali, da rendere più appropriata un'analisi dettagliata delle motivazioni e dei verbali di udienza. Per tali ragioni i risultati di questa ricerca non possono essere considerati equivalenti a quelli sulla giurisprudenza del Giudice di Pace, si ritiene tuttavia che lo studio delle decisioni del Tribunale, letto come un'indagine a campione e parziale, possa fornire comunque degli elementi rilevanti, oltre che per i fini generali di questo elaborato, anche in rapporto ai dati emergenti sui provvedimenti del Giudice di Pace.

---

<sup>10</sup> Sul punto si veda più avanti par. 5 e 6.



La ricerca si è composta di due fasi: una prima raccolta dati è avvenuta nella primavera del 2016, in collaborazione con il Dott. Carlo Caprioglio, e ha riguardato un campione di 100 provvedimenti di convalida emessi dal Tribunale di Roma nel trimestre ottobre-dicembre 2015<sup>11</sup>. Inoltre, nel 2015 ho svolto uno studio a campione sull'applicazione della sospensiva nei procedimenti di ricorso contro il diniego della protezione internazionale<sup>12</sup>. Una seconda fase di rilevazioni, che costituisce la maggior parte del materiale utilizzato in questa sede, è stata svolta nella primavera 2018<sup>13</sup>, e si compone di 88 provvedimenti di convalida (fra cui alcuni di proroga)<sup>14</sup> del trattenimento, emessi dal Tribunale di Roma nel periodo gennaio-giugno 2018. Mentre nella prima fase di rilevazioni nel 2015 era stato necessario svolgere una selezione del campione di riferimento<sup>15</sup>, nella seconda fase i provvedimenti raccolti costituiscono il totale delle decisioni di convalida del trattenimento di richiedenti asilo emesse dal Tribunale di Roma<sup>16</sup>.

## 2. L'udienza di convalida davanti al Tribunale di Roma: l'esercizio del potere discrezionale dei giudici

L'udienza di convalida dei richiedenti asilo si svolge secondo la stessa procedura delle udienze di fronte al Giudice di Pace, si applica perciò la disciplina dei procedimenti camerali ex artt. 737 e ss. c.p.c., insieme a tutte le altre garanzie del contraddittorio già previste per il trattenimento dei migranti in generale.

---

<sup>11</sup> I risultati di tale ricerca sono stati presentati in diverse occasioni, in particolare si rimanda a Caprioglio, Asta, "Per giusta decisione. Riflessioni sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri", in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2/2017, pp. 533-553.

<sup>12</sup> Per i dettagli su questo aspetto della ricerca cfr. più avanti, par. 5 e 6.

<sup>13</sup> Ultimo accesso 11 Giugno 2018.

<sup>14</sup> In questa seconda fase della ricerca si è avuto accesso anche ai provvedimenti di proroga del trattenimento, in quanto in seguito a una riorganizzazione della sezione competente, questi erano accessibili nello stesso fascicolo e registrati con lo stesso numero di ruolo.

<sup>15</sup> In particolare sono stati analizzati 100 fascicoli, sulla base di un "criterio di proporzionalità", al fine di formare un campione d'analisi coerente con la percentuale di procedimenti assegnati a ciascun giudice della Sezione I del Tribunale di Roma.

<sup>16</sup> Il Tribunale ha anche la competenza in materia di trattenimento ed espulsione dei cittadini dell'UE, ma tali provvedimenti non sono stati inclusi nell'oggetto della ricerca.

Nonostante la disciplina processuale sia la stessa, il giudizio di convalida davanti al Tribunale di Roma si svolge in modo molto diverso dalla prassi rilevata presso gli uffici del Giudice di Pace<sup>17</sup>, a partire dal luogo di udienza, che non è più il CPR, ma l'aula di Tribunale<sup>18</sup>. In generale, il quadro emergente dall'analisi dei provvedimenti riporta una maggiore complessità e articolazione delle udienze e delle motivazioni<sup>19</sup>. Anche in questo caso sono previsti dei moduli prestampati, per riportare più facilmente lo scambio avvenuto durante il contraddittorio, ma lo spazio riservato all'intervento dello straniero è molto più ampio e non è strutturato in base a voci fisse. Tuttavia è la compilazione dei verbali a fare la differenza: molto spesso il giudice svolge una vera e propria intervista al richiedente riguardo la sua storia personale, ai fini di valutare la strumentalità della domanda di protezione internazionale, ma anche rispetto ad altri elementi, variabili di volta in volta, come la condizione lavorativa e abitativa. La decisione sulla convalida e la relativa motivazione sono nella maggior parte dei casi contenuti in un documento separato, emesso anche alcune ore dopo la fine dell'udienza, invece che scritte in calce al verbale, come avveniva di norma di fronte al Giudice di Pace. Questa diversa impostazione si riflette anche negli esiti delle decisioni: il trattenimento non appare affatto un risultato scontato perché, mediamente, in oltre la metà dei casi il giudice decide di non convalidare. In particolare, mentre la percentuale di convalide rilevata nel 2015 era di uno su due, nel 2018 sono superiori le non convalide con 50 decisioni di rigetto su 88 provvedimenti analizzati<sup>20</sup>.

Un elemento da tenere in considerazione, su cui si ritornerà, è l'entrata in vigore del d.l. 13/2017 convertito con la l. 46/2017<sup>21</sup>, sopraggiunta tra la prima e la

---

<sup>17</sup> Tale rilievo generale vale in particolare anche per il Giudice di Pace di Roma.

<sup>18</sup> Tuttavia, i procedimenti di convalida del trattenimento non si svolgono nelle consuete aule destinate alle udienze, ma nel "gabbiotto" normalmente sede del servizio di sorveglianza del Tribunale. Uno spazio che non sarebbe pensato per svolgere delle udienze e che infatti è più piccolo delle altre aule e si trova a ridosso dell'entrata al Tribunale. In questo modo, non è possibile, per esempio, per gli avvocati aspettare il proprio turno di udienza.

<sup>19</sup> I casi di motivazione insufficiente sono un numero esiguo, in particolare nel secondo campione di rilevazioni del 2018.

<sup>20</sup> Come si è già anticipato, nel campione del 2018 sono compresi anche alcuni provvedimenti proroga.

<sup>21</sup> Il decreto legge è entrato in vigore il 18/2/2017 e convertito con la l. 18/4/2017, n. 40. In realtà, l'entrata in vigore molte delle disposizioni contenute nella normativa, era posticipata di 180 giorni.

seconda fase di rilevazioni: la norma ha infatti, fra le altre cose, previsto l'introduzione di una sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale, e libera circolazione dei cittadini UE<sup>22</sup>. A un primo rilievo di ordine pratico, la riforma ha comportato una generale riorganizzazione degli uffici giudiziari competenti, che ha avuto delle ricadute anche nella gestione dei fascicoli di udienza, adesso organizzati in un unico numero di ruolo per convalide e proroghe. In questo modo, è stato possibile per i provvedimenti del 2018, ricostruire il periodo di trattenimento dei soggetti coinvolti, almeno fino alla fine del periodo di riferimento della ricerca. Inoltre, mentre nel 2015 le udienze di convalida potevano essere svolte anche da giudici provenienti da altre sezioni, al momento la sezione si compone di un numero fisso di giudici che turnano fra loro nel tenere le udienze<sup>23</sup>. Elemento quest'ultimo che può forse avere contribuito a produrre un orientamento maggiormente uniforme su alcune questioni ricorrenti, rispetto a quanto rilevato nel 2015<sup>24</sup>. Infine, bisogna sottolineare che dal dicembre 2015 l'ala maschile del CPR di Ponte Galeria è stata chiusa in seguito a un'azione di protesta da parte di alcuni migranti, per cui fino alla data delle ultime rilevazioni svolte, nel giugno 2018, i giudizi di convalida hanno riguardato solo richiedenti asilo donne.

Dall'analisi dei provvedimenti del 2015 emerge una notevole eterogeneità nell'operato dei singoli giudici: mentre alcune decisioni riportano la cognizione dei fatti e delle eccezioni delle parti, nonché i riferimenti normativi in materia; altre invece sono solo sommariamente motivate e i verbali risultano quasi vuoti<sup>25</sup>. Considerazioni simili valgono anche per l'analisi dei provvedimenti emessi nel 2018, con alcune specificazioni: in questo caso le differenze più rilevanti, come si approfondirà più avanti, non sembrano essere determinate solo da un diverso approccio dei singoli giudici, ma trovano una corrispondenza anche nella

---

<sup>22</sup> Prima della riforma i procedimenti sul trattenimento erano attribuiti alla sezione I.

<sup>23</sup> Tali informazioni sono state acquisite durante la raccolta materiale dei provvedimenti presso gli uffici del Tribunale, anche da colloqui informali con il responsabile della cancelleria.

<sup>24</sup> Su tale aspetto cfr. più avanti par. 4.

<sup>25</sup> Rispetto al campione complessivo di 100 provvedimenti, 26 provvedimenti, quasi tutti di convalida, risultano caratterizzati da motivazione scarsa o insufficiente.

nazionalità del richiedente asilo. Dall'insieme di questi dati emerge un primo elemento: i giudici del Tribunale di Roma esercitano pienamente il potere discrezionale proprio dell'organo giurisdizionale, nel condurre l'udienza e in sede di motivazione. La differenza rispetto alla modalità operativa del Giudice di Pace è in questo senso lampante: mentre in quel caso si riscontrava la mancanza di un intervento effettivo del giudice, e quindi una sostanziale "rinuncia" alla giurisdizione, i giudici in questo caso assumono invece, un ruolo da protagonisti nella gestione dell'udienza.

La discrezionalità del giudice si esprime su un duplice fronte: da una parte in sede di interpretazione della norma e dall'altra nell'esercizio dei poteri di conduzione dell'udienza. Come già accennato, la maggior parte delle motivazioni si articolano intorno alla valutazione sulla strumentalità della domanda di asilo. Per determinare il contenuto di questa disposizione, le decisioni del Tribunale si orientano su due parametri: il fattore temporale, considerando perciò genuina l'istanza presentata "tempestivamente" rispetto all'ingresso sul territorio, e il giudizio prognostico<sup>26</sup>. Quest'ultimo merita alcune considerazioni: si tratta di una previsione implicita, talvolta formulata espressamente, sull'esito della procedura di riconoscimento della protezione internazionale, e quindi sulla fondatezza della stessa domanda. A una lettura testuale dell'art. 6 comma 3 del d.lgs. 142/2015, non risulta richiesta una valutazione di questo genere in sede di convalida del trattenimento, dovendo il giudice pronunciarsi sui "fondati motivi" che rendono la domanda strumentale, e non sulla domanda stessa. Dalle motivazioni esaminate nel 2015, emerge come di rado la prognosi prenda in considerazione la situazione del paese di provenienza del richiedente asilo<sup>27</sup>, un parametro dotato di una certa

---

<sup>26</sup>Il giudice è chiamato a svolgere un "giudizio prognostico", ovvero una previsione rispetto a eventi futuri in una serie svariata di situazioni. In ambito civilistico, questo tipo di valutazioni ricorre nei provvedimenti cautelari, come il procedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.. Cfr. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, cit., p. 329.

<sup>27</sup> Per esempio, nel provvedimento Trib. Roma, Sez. I, 9/10/15, n.r.g. 13782/15, il giudice motiva la decisione di non convalida sulla base di un giudizio di «prognosi positiva» della domanda di asilo, data la situazione di violenza diffusa nel paese di provenienza del richiedente asilo, la Nigeria. Si può già anticipare che nelle rilevazioni del 2018 lo spazio dato alla valutazione sul Paese di origine è sensibilmente maggiore.

oggettività. Nella maggioranza dei casi assumono centralità, invece, le dichiarazioni rese in udienza dallo straniero, la sua “storia” e in generale la sua credibilità. Si riportano alcuni stralci esemplificativi di provvedimenti di convalida del trattenimento: “ritenuto che il racconto della trattenuta, oltre che in parte contraddittorio, non sembra sostenere a sufficienza la concessione della protezione internazionale e pertanto la domanda può ritenersi strumentale ad impedire l’espulsione”<sup>28</sup>; e ancora “l’istanza appare strumentale ove si consideri che lo straniero ha dichiarato di essere venuto in Italia per motivi personali”<sup>29</sup>; in quest’ultimo caso, le dichiarazioni della richiedente riportate nel verbale sono limitate a pochissime righe, in cui tuttavia si fa riferimento al coinvolgimento della stessa in “storie di omosessualità”, circostanze che però non sembrano essere state approfondite nel corso dell’udienza. Così il giudizio sulla strumentalità della domanda si confonde spesso in un giudizio sul suo merito e, in definitiva, sulla stessa persona del richiedente asilo<sup>30</sup>. In quest’ultima accezione, il giudizio prognostico è tipicamente utilizzato in campo penale, nell’ambito delle misure di sicurezza, in cui la valutazione del giudice riguarda la “pericolosità sociale” del soggetto; un giudizio definito da Ferrajoli “neppure discrezionale, ma semplicemente potestativo”<sup>31</sup>. Del resto, la connotazione potestativa del giudizio è presente *ab origine*, in quanto lo “spazio” lasciato alle parole del “trattenendo” varia sensibilmente tra un procedimento e l’altro, come si evince dalla diversa consistenza dei verbali in funzione del singolo giudice decidente. Infatti, come già sottolineato, la possibilità di intervento del soggetto dipende, in definitiva, dalle concrete modalità di svolgimento dell’udienza, rimesse alla discrezionalità del

---

<sup>28</sup> Trib. Roma, Sez. I, 30/10/15, n.r.g. 14992/15.

<sup>29</sup> Trib. Roma, Sez. I, 9/11/15, n.r.g. 15530/15.

<sup>30</sup> Il giudizio prognostico come “giudizio sulla persona” è spesso utilizzato nella giustizia penale nella valutazione della personalità del reo e dell’attitudine a delinquere.

<sup>31</sup> Si tratta di un giudizio potestativo nella misura in cui il giudice non si esprime sulla base di fatti o prove ma di una previsione, come nel caso dell’applicazione delle misure di sicurezza, in cui il giudice valuta la probabilità di commissione di nuovi reati. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 818.

giudice secondo il modello del processo sommario<sup>32</sup>, nonché dal ruolo effettivamente svolto dal difensore.

Simili rilievi si riscontrano anche in alcuni provvedimenti del 2018: per esempio nella giornata del 24 gennaio 2018, lo stesso giudice ha tenuto quattro udienze di convalida, e tre di queste, riguardanti cittadine marocchine, si sono concluse con la convalida del trattenimento. In tutti e tre i casi<sup>33</sup> i verbali risultano quasi vuoti e le dichiarazioni delle richiedenti non vengono approfondite con ulteriori domande, all'affermazione di aver subito maltrattamenti e violenze in Libia non seguono altre indagini<sup>34</sup>. Di seguito alcuni stralci esemplificativi: la richiedente dichiara "ho subito maltrattamenti dalle milizie per questo sono andata via"<sup>35</sup> (dalla Libia); a tali affermazioni non seguono ulteriori domande, ma nella motivazione si legge che la richiedente non ha "rappresentato elementi idonei a giustificare il riconoscimento della protezione internazionale"<sup>36</sup>. Oppure, in un altro caso, la donna afferma di aver lasciato il Marocco per via di maltrattamenti subiti dalla matrigna e che la sua relazione sentimentale non era accettata<sup>37</sup>, ma ancora una volta questi elementi non sono oggetto di ulteriori indagini da parte del giudice, secondo cui non vengono prospettati rischi per la trattenuta in caso di rimpatrio nel paese di origine<sup>38</sup>. Nel quarto procedimento<sup>39</sup>, che ha coinvolto una

---

<sup>32</sup> In tema, si veda Carratta, "Processo camerale (dir. proc. civ.)" in *Enciclopedia del diritto Treccani*, Giuffrè, 2009; Carratta, "Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari" in *La tutela sommaria in Europa*, a cura di Carratta, Napoli, Jovene, 2012. Si segnala che il D.L. 13/2017, convertito in legge, ha riformato la disciplina del giudizio di impugnazione delle decisioni delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale. Salvo una serie d'ipotesi eccezionali, non è più prevista la comparizione personale del "richiedente asilo" in udienza: il giudice si limiterà a prendere visione della videoregistrazione dell'audizione dinanzi alla Commissione territoriale. Sul tema, A. Mangiaracina, *Una nuova forma di detenzione per l'identificazione dei migranti. Note a margine del D.L. 13/2017*, in questo volume.

<sup>33</sup> Trib. Roma, 24/1/2018, n.r.g. 1191, 1192, 1193. Nei provvedimenti 1192 e 1193 le richiedenti erano appena arrivate in Italia ed erano destinatarie di un provvedimento di respingimento.

<sup>34</sup> La situazione libica e l'aver subito delle violenze da parte delle richiedenti, è invece considerata in modo del tutto diverso da altri giudici.

<sup>35</sup> Trib. Roma, 24/1/2018, n.r.g. 1193.

<sup>36</sup> Trib. Roma, 24/1/2018, n.r.g. 1193.

<sup>37</sup> Trib. Roma, 24/1/2018, n.r.g. 1191.

<sup>38</sup> Inoltre, nella motivazione la domanda viene ritenuta strumentale anche perché sarebbe passato troppo tempo dall'ingresso in Italia, che tuttavia, è avvenuto nel 2016. Trib. Roma, 24/1/2018, n.r.g. 1191.

<sup>39</sup> Trib. Roma, 24/1/2018, n.r.g. 1194.

cittadina nigeriana, a uno svolgimento simile dell'udienza segue, invece, la decisione di non convalida, sulla base della vulnerabilità della giovane ragazza, considerata probabile vittima di tratta. La lettura di queste argomentazioni sembrerebbe suggerire che, la nazionalità di provenienza delle richiedenti precondizioni il giudice a una valutazione aprioristica sulla strumentalità della domanda, trascurando così altri elementi, che pure dovrebbero entrare nella valutazione sul trattenimento. Il procedimento di convalida rischia così di trasformarsi in una replica, molto più sommaria, del giudizio sulla protezione internazionale. Prendendo, invece, in esame l'orientamento di un altro giudice, sempre riguardo cittadine marocchine provenienti dalla Libia, l'esito è del tutto opposto: in questi casi<sup>40</sup> il racconto della richiedente occupa gran parte del verbale, le gravi violenze subite dalle donne in Libia, sono considerate un indice di vulnerabilità e fondano la decisione di non convalidare il trattenimento<sup>41</sup>.

### 3. Discrezionalità e arbitrio: alla ricerca di un criterio distintivo

Come si è visto, i giudici del tribunale esercitano i propri poteri discrezionali con esiti differenti, anche in situazioni affini, si pone perciò la questione dell'ambito legittimo di discrezionalità del giudice e della differenza tra discrezionalità e arbitrarietà. L'esercizio di poteri discrezionali nella direzione del processo e l'apporto di elementi creativi nell'attività interpretativa, sono aspetti caratterizzanti la funzione giurisdizionale<sup>42</sup>, che è sempre in qualche misura anche potestativa e discrezionale<sup>43</sup>. D'altra parte, proprio la contrapposizione tra

---

<sup>40</sup> Trib. Roma, 31/1/2018, n.r.g. 1613, 1614. Tale posizione viene ribadita dallo stesso giudice anche in diversi altri procedimenti.

<sup>41</sup> Interessante, come si vedrà più avanti, è l'orientamento del Tribunale di Roma sulla Nigeria, per cui la maggior parte dei giudici non convalida il trattenimento delle donne nigeriane sulla base dell'orientamento conforme della sezione sul riconoscimento della protezione sussidiaria alle donne provenienti dalla Nigeria. Tale prassi non è priva di eccezioni, ci sono infatti diversi casi di convalida di donne nigeriane. Cfr. par. 4 in questo capitolo.

<sup>42</sup> Cfr. Calamandrei, *Processo e Democrazia*, cit., 64.

<sup>43</sup> Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 556-557.

certezza del diritto, formalismo, prevedibilità, libertà di interpretazione, autonomia decisionale e ruolo del giudice, attraversa il panorama storico-concettuale dello Stato di diritto. Un nucleo centrale di significato di questo principio, che ricorre in svariati contesti, è costituito dai valori della generalità e astrattezza delle leggi, dalla prevedibilità ed uguaglianza nell'applicazione delle norme, dall'impersonalità e imparzialità del giudice. Questa visione viene contrapposta alla cosiddetta *equity*, caratterizzata dalla discrezionalità e dall'esigenza di mitigare il rigore della legge in funzione del caso concreto. Si tratta, in realtà, di una semplificazione che non tiene conto della vastità della questione, la quale riguarda tutti gli ordinamenti contemporanei, segnati da una continua dialettica tra l'esigenza di fondare le decisioni sulla legge, con il conseguente pericolo di formalismo, e la necessità di rendere giustizia al caso singolo, rischiando di sfociare nella disuguaglianza e nell'arbitrio<sup>44</sup>. L'applicazione meccanica della norma svolge una funzione di garanzia contro le possibili derive arbitrarie dei giudici, ma è come si è visto, tratto tipico della burocrazia, mentre l'attività giurisdizionale si presenta ad oggi molto più complessa, pur essendo comunque vincolata dalla legge. Secondo Calamandrei tale vincolo di subordinazione va inteso nel senso di una necessaria ricerca per il giudice del senso o della *ratio* del comando imposto dal legislatore, per poi tradurlo come norma concreta in base alla sua stessa coscienza<sup>45</sup>. La problematica è una delle più rilevanti nel dibattito gius-filosofico, investendo la libertà interpretativa del giudice e i limiti al suo potere discrezionale.

Fra i molti contributi sul tema, ricordiamo la definizione di discrezionalità fornita da Aharon Barak, per il quale “la discrezionalità significa il potere, conferito ad una persona dotata di autorità, di scegliere tra due o più alternative”, con la

---

<sup>44</sup> Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, cit., pp. 177-179. Cfr. anche Calamandrei, *Processo e Democrazia*, cit. 49-50, dove l'esempio del giudizio di equità è presentato come metodo alternativo alla classica visione dell'applicazione rigorosa della legge, e non è in rapporto di contrapposizione con il principio di legalità.

<sup>45</sup> Calamandrei, *Processo e Democrazia*, cit. 69-71.



specificazione che ognuna di queste è legittima<sup>46</sup>; interessante l'osservazione che il potere discrezionale non può che essere esercitato consapevolmente<sup>47</sup>. La discrezionalità si colloca dunque nell'ambito della legalità dell'ordinamento giuridico, tuttavia ciò non impedisce che di fatto il giudice, esercitando la sua autorità, opti per un'alternativa illegittima e che la stessa rimanga incontestata<sup>48</sup>. La discrezionalità viene spesso definita "per via negativa", ovvero attraverso la trattazione dei limiti nel suo esercizio, limiti che fanno da linea di demarcazione fra discrezionalità e arbitrarietà. Barak individua due tipologie di limiti, procedurali e sostanziali: i primi riguardano il modo di effettuare la scelta e vengono sintetizzati nei termini imparzialità e giustizia, i secondi, invece, vertono sugli elementi rilevanti ai fini della decisione, e possono essere riassunti nel criterio della ragionevolezza<sup>49</sup>. Il rispetto dei limiti procedurali si esprime nel rispetto delle garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa durante il processo, ma trova il suo "banco di prova" nell'obbligo di motivazione del giudice<sup>50</sup>. Il contenuto dei limiti sostanziali è più dibattuto in dottrina, dato che non esiste una teoria comune sugli elementi che devono essere presi in considerazione dal giudice; mentre alcuni evidenziano la rilevanza dei fattori soggettivi, il requisito della ragionevolezza presenta una sua verificabilità obiettiva, in quanto si basa sulla necessità di una fondazione razionale della decisione giudiziaria<sup>51</sup>. La ragionevolezza non corrisponde "alla decisione giusta", ma è in realtà un processo che porta a selezionare sempre "un ambito ragionevole di opzioni", mantenendo così integro il potere discrezionale del giudice<sup>52</sup>. Nella stessa direzione va il contributo di Michele Taruffo, che individua nella sua definizione di giudizio

---

<sup>46</sup> Barak, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 18. Questa idea parte da posizioni molto diverse da quelle, per esempio, sostenute da Dworkin, per il quale "esiste" per ciascun problema una sola soluzione giusta o corretta, Cfr. Cap. II, par. 2.

<sup>47</sup> Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit. p. 114.

<sup>48</sup> Per esempio se si tratta della corte di massimo grado in un ordinamento. Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit. p. 18.

<sup>49</sup> Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit. p. 28. Cfr. fondamentale sul tema, Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven, 1921.

<sup>50</sup> Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit. p. 30.

<sup>51</sup> Idem, pp. 31-32.

<sup>52</sup> Idem, pp. 32-33

come “metodo di decisione, un argine ai rischi di arbitrarietà. Il termine “giudizio” è spesso usato per indicare diversi fenomeni giuridici e, in particolare, con riferimento, da una parte, al “processo” e, dall’altra, alla “decisione”. Se nel linguaggio comune “giudizio” e “decisione” sono spesso considerati sinonimi, il giudizio si caratterizza in realtà in quanto speciale metodo di decisione, in funzione del “carattere articolato, possibilmente ‘visibile’ – e in una parola – razionale del giudizio stesso”<sup>53</sup>. Ancora una volta le regole processuali e l’aspirazione alla razionalità del giudizio costituiscono i parametri della decisione “non arbitraria” e quindi “giusta”, oltre ad essere, allo stesso tempo, criteri visibili ai fini del controllo esterno sull’attività giurisdizionale<sup>54</sup>. Interessante è mettere in rapporto queste definizioni con il concetto di arbitrarietà, molto meno studiato in letteratura. In un recente contributo Massimo Cuono definisce tre accezioni di potere arbitrario con un metodo simile a quello utilizzato dagli autori sopracitati per descrivere la discrezionalità, ovvero a partire da una sua determinazione in negativo<sup>55</sup>. Partendo dall’idea che arbitrario è un potere illimitato, si può intendere arbitrario come irrazionale, ovvero un potere che non tiene conto di parametri logici e del rapporto mezzi-fini. Un’altra accezione di arbitrario è il potere illegale, in contrasto con una norma giuridica superiore; una definizione molto vicina a quella di *Rule of law*, il potere limitato dal diritto. Infine, un potere può essere definito arbitrario in quanto non rispettoso del principio di eguaglianza, si parla quindi di potere discriminatorio<sup>56</sup>. In particolare, per discriminatorio non si intende banalmente una diversificazione di trattamento, ma la mancanza di un’adeguata giustificazione di tale differenziazione<sup>57</sup>. Nella difficile ricerca di un criterio di distinzione univoco fra discrezionalità e arbitrio, che non si ha la pretesa di risolvere in questa sede, i primi due significati di potere arbitrario, come illegale e irrazionale sembrano combaciare con i classici limiti della discrezionalità,

---

<sup>53</sup> Taruffo, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, cit., pp. 157-169.

<sup>54</sup> Idem, pp.170-171.

<sup>55</sup> Cuono, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

<sup>56</sup> Mindus, Cuono, “Verso una teoria del diritto per l’età delle migrazioni di massa. Una tipologia del potere arbitrario”, *Rivista di Filosofia del diritto*, 2018/1, p. 14.

<sup>57</sup> Idem, p. 23.

fornendo un ventaglio complementare di significati. La nozione di arbitrario come potere che produce esiti discriminatori sembra, invece, riportare il percorso fin qui svolto al punto di partenza: alla constatazione di una notevole diversità nelle decisioni dei giudici e di esiti differenti per situazioni simili, alla contrapposizione nella concezione del diritto fra giustizia del caso singolo e applicazione eguale della legge, rimandando nuovamente al campo semantico della discrezionalità. Un aspetto rilevante in questa sede, consiste nel determinare quali siano gli elementi che incidono nella produzione di tale differenziazione di risultati: se si tratta esclusivamente di elementi extra-giuridici, come afferma la cosiddetta teoria realista “digestiva della giustizia”<sup>58</sup>, oppure se la scelta discrezionale del giudice è determinata da elementi intra-giuridici, come la configurazione istituzionale del giudiziario nell’ordinamento, il ruolo del giudice nella società, nonché la sua auto-interpretazione di tale ruolo.

Quest’ultimo elemento non può essere ignorato nell’analisi sulla discrezionalità delle decisioni giudiziarie. Secondo Barak il paradigma fondamentale per dirimere tutti quei casi in cui la legittimità o illegittimità di una decisione non è evidente, è il riferimento alla comunità dei giuristi. Non si tratta di un criterio preciso, essendo connotato da un’inevitabile incertezza, ben potendo verificarsi l’ipotesi in cui la comunità degli interpreti è spaccata su una determinata questione di diritto; tuttavia permette al giudice la distinzione fra idee personali e la concezione del diritto della società in cui vive<sup>59</sup>. Questa idea rimanda a quanto già osservato sul diritto come pratica sociale e sui diversi valori ritenuti meritevoli di tutela dalla comunità dei giuristi, strettamente in correlazione con l’auto-percezione del ruolo del giudice nella società. Ancora una volta privilegiare la tutela della sicurezza o dei diritti fondamentali dell’individuo porterà a risultati differenti, corrispondenti a diverse visioni della società e dello Stato di diritto talvolta coesistenti contemporaneamente.

---

<sup>58</sup> Tuzet, “A short note on digestive realism” in *Revus: J. Const. Theory & Phil. Law*, 25, 2015, pp. 11-14.

<sup>59</sup> Barak, *La discrezionalità del giudice*, cit. pp. 18-19.

#### 4. Criteri decisionali dei giudici e ruolo del giudiziario

Il binomio discrezionale/arbitrario può essere utilizzato come uno strumento di lettura dei provvedimenti di convalida del Tribunale, tuttavia limitarsi a constatare l'arbitrarietà delle decisioni, in quanto illegali o irrazionali, sembra fornire una chiave di lettura riduttiva dell'orientamento dei giudici. D'altronde, a parte pochi casi, in cui per esempio la motivazione è particolarmente scarna o l'argomentazione risulta priva della cosiddetta razionalità giuridica, perché del tutto priva di motivazione o motivata in modo illogico, nella maggior parte dei provvedimenti è possibile ricondurre la scelta dei giudici nell'ambito della discrezionalità. D'altra parte, come già osservato per quanto riguarda la giurisprudenza del Giudice di Pace, anche i provvedimenti apparentemente illegittimi o irrazionali, possono essere letti come rispondenti a una logica "altra" rispetto a quella della tutela dei diritti, ma pur sempre interna allo Stato di diritto. È perciò secondo questo approccio che verranno analizzate anche le decisioni del Tribunale di Roma.

Quasi la metà delle donne coinvolte nei procedimenti studiati nel 2018 (37 donne su 88) sono provenienti dalla Nigeria<sup>60</sup>, si ritiene perciò rilevante analizzare le decisioni dei giudici relative al trattenimento delle richiedenti asilo nigeriane. In via preliminare, è opportuno sottolineare che il Tribunale di Roma ha sviluppato negli ultimi anni una giurisprudenza "garantista" e sensibile alla situazione delle donne provenienti dalla Nigeria. In particolare, con l'istituzione della sezione speciale, in seguito all'entrata in vigore della l. 46/2017, il Tribunale ha consolidato l'orientamento di tendenziale riconoscimento della protezione sussidiaria alle richiedenti nigeriane, in ragione della grave situazione sociale del paese con specifico riferimento alla condizione delle donne, spesso vittime di tratta nonché di violenze e abusi<sup>61</sup>. Tale circostanza ha influito anche sull'orientamento dei giudici in materia di convalida del trattenimento, che

---

<sup>60</sup> Si tratta di una tendenza già riscontrata nelle precedenti rilevazioni del 2015, dove i richiedenti di nazionalità nigeriana erano 77 su 100.

<sup>61</sup> Cfr. Trib. Roma. sez XVIII civ., del 03/05/2018, rel. Albano, rg 70955/2017; Cfr. anche procedimenti citati da un giudice della convalida: Trib. Roma decreto 30/12/2015 proc. 18590/2015; Trib. Roma ord. 16/2/2016, proc. Rg 32302/2015.

spesso citano esplicitamente le ordinanze dello stesso Tribunale in proposito, per giustificare la “prognosi” positiva in merito all’accettazione della domanda di protezione internazionale e quindi escluderne la natura strumentale<sup>62</sup>. In generale, può affermarsi che questo orientamento viene condiviso dai giudici della convalida, che nella maggioranza dei casi non convalidano il trattenimento delle richiedenti nigeriane<sup>63</sup>. Attraverso il riferimento alla giurisprudenza del Tribunale e quindi all’opinione giuridica “dominante” fra i loro colleghi, i giudici introducono il cosiddetto paradigma della comunità dei giuristi, di cui si è trattato sopra, quale ulteriore criterio interpretativo nell’esercizio del potere discrezionale. In questo caso specifico poi, si tratta anche di un orientamento garantista, che dimostra l’attenzione posta dal Tribunale di Roma alla tutela dei diritti individuali delle donne nigeriane. Tale opinione giuridica non è però unanime e gli stessi giudici a volte assumono posizioni differenti in diversi momenti temporali, e in relazione alla sussistenza di altri elementi considerati di maggior rilievo rispetto al paese di provenienza. Per esempio, in un caso dei primi di gennaio il trattenimento di una richiedente nigeriana viene convalidato senza prendere in considerazione la situazione del paese di origine, sulla base di altri elementi, quali l’aver già presentato una prima domanda di protezione internazionale e l’aver fornito false generalità<sup>64</sup>. Lo stesso giudice in un’udienza tenutasi a maggio, non convalida il trattenimento di una donna nigeriana, argomentando così in motivazione: “considerato che per giurisprudenza di questo Tribunale (...) devono ritenersi meritevoli di accoglimento le domande di protezione internazionale delle donne provenienti dalla Nigeria, paese ove è estremamente elevato il rischio per le stesse di essere vittima di tratta di esseri umani, sotto il profilo della protezione sussidiaria”<sup>65</sup>. Si tratta di un criterio dotato di oggettività, che per coerenza

---

<sup>62</sup> Cfr. a titolo di esempio Trib. Roma, 5/1/2018 n.r.g. 154; 21/5/2018, n.r.g. 8739.

<sup>63</sup> Su 37 casi riguardanti donne nigeriane solo in 10 procedimenti il trattenimento è stato convalidato.

<sup>64</sup> Trib. Roma, 10/1/2018, n.r.g. 358. La richiedente aveva negato di aver fornito false generalità e giustificato la mancata impugnazione del precedente diniego della Commissione a causa della una condizione di salute. Inoltre il giudice ha ritenuto la domanda strumentale considerato il notevole lasso di tempo trascorso dalla data di ingresso, nel giugno 2015. La richiedente risultava ancora in stato di trattenimento alla data del 4/5/2018, per successive proroghe in attesa di una nuova pronuncia della Commissione territoriale.

<sup>65</sup> Trib. Roma, 28/5/2018, n.r.g. 9190.

dovrebbe essere applicato non solo al primo caso citato, ma in generale a tutte le donne nigeriane richiedenti asilo in stato di trattenimento. In realtà, questo caso specifico sembra più che altro mettere in evidenza il consolidamento dell'orientamento del Tribunale di Roma sul tema, in seguito all'istituzione della sezione speciale<sup>66</sup>, circostanza che evidentemente ha influenzato la decisione del giudice. Tuttavia, nello stesso frangente temporale, un altro giudice mostra un orientamento differente<sup>67</sup>: per esempio in quattro udienze svoltesi il 21 Maggio 2018<sup>68</sup>, il trattenimento delle richiedenti nigeriane viene convalidato senza mai argomentare in merito alla giurisprudenza del Tribunale, ma prendendo in considerazione altri elementi. Inoltre, le argomentazioni svolte dal decidente nei casi citati, presentano dei profili di arbitrarietà, nel senso particolare di irrazionale e illegale, in quanto collegano in modo apparentemente illogico e non pertinente al dato normativo, determinate circostanze con la sussistenza dei presupposti del trattenimento. In particolare in due casi<sup>69</sup>, il giudice connette la valutazione sulla strumentalità della domanda di asilo alla mancanza di una “condizione di sfruttamento” attuale della richiedente. Si riportano degli stralci dei provvedimenti: “ritenuti sussistenti i presupposti applicativi del trattenimento ai sensi dell’art. 6, terzo comma (...) ravvisabili nel fatto che la richiedente risulta essere arrivata in Italia da più di un anno e di non trovarsi in alcuna condizione di sfruttamento avendo beneficiato, sin dal suo arrivo, dell’assistenza gratuita presso un campo presente in Milano e di avere, piuttosto, lamentato che nello stesso gli spazi di fruizione per l’alloggiamento sarebbero insufficienti e che l’unico elemento negativo indicato (rischio vita per diritti successori) appare poco credibile”<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Infatti, l’efficacia di molte disposizioni del d.l. 13/2017, fra cui l’istituzione delle sezioni speciali, è stata posticipata di 180 giorni, tuttavia il nuovo assetto organizzativo sembra essere entrato a pieno regime nel Tribunale di Roma a partire dal Gennaio 2018.

<sup>67</sup> Trib. Roma, 21/5/2018, n.r.g. 8738, 8739, 8740, 8741. Interessante che lo stesso giudice aveva invece citato la giurisprudenza del Tribunale sulla Nigeria, in un provvedimento di non convalida del 5/1/2018, n.r.g. 155/2018, riferendosi però alla situazione di generale pericolo e violenza della Nigeria, senza specifico riguardo alla condizione delle donne.

<sup>68</sup> Da notare che due giorni dopo, il 23 Maggio 2018, si sono svolte altre sei udienze di convalida riguardanti cittadine nigeriane, davanti ad altri giudici, e tutte si sono concluse con la non convalida del trattenimento.

<sup>69</sup> Trib. Roma, 21/5/2018, n.r.g. 8738, 8740.

<sup>70</sup> Trib. Roma, 21/5/2018, n.r.g. 8738.

E ancora: “la richiedente ha fornito un quadro di pericolo (pericolo di vita per il figlio) che non appare credibile e comunque privo di attualità dal momento che: (...) la permanenza in Italia non sarebbe stata determinata da ragioni di sfruttamento ma per finalità economiche potendo la richiedente esercitare l’attività di parrucchiere (...)”<sup>71</sup>. In entrambe le motivazioni il giudice entra nel merito della domanda di asilo, valutando la credibilità delle richiedenti, in un giudizio che sembra riguardare l’intera persona, come quando sottolinea le lamentele della richiedente circa le modalità di accoglienza. L’argomentazione ci riporta a quanto già osservato sull’esercizio della discrezionalità in senso potestativo, soprattutto in correlazione con il “giudizio prognostico” sulla domanda di protezione internazionale e in definitiva, sulla persona del richiedente.

Se l’orientamento del Tribunale di Roma sulla condizione di vulnerabilità delle donne nigeriane è sicuramente un valido criterio decisionale, rispondente al parametro della “ragionevolezza” giuridica, rimangono tuttavia escluse le richiedenti provenienti da altri paesi di origine, lasciando aperta la questione di determinare criteri interpretativi adeguati nel guidare l’esercizio del potere discrezionale del giudice. Il nodo centrale della questione non sembra essere limitato agli orientamenti sui paesi di origine dei richiedenti, ma investe l’oggetto del giudizio: infatti, il requisito della strumentalità della domanda di asilo tende naturalmente a spostare il focus del giudice dalla valutazione sulla legittimità del trattenimento al giudizio sulla domanda di asilo e sulla sua pretestuosità. In questo modo, il rischio è che una valutazione necessariamente sommaria sulla domanda di protezione diventi il presupposto della decisione di convalida, senza tenere in considerazione gli altri elementi rilevanti come il rischio di fuga, la pericolosità sociale, il radicamento sociale nel territorio della persona<sup>72</sup>, nonché la stessa necessità di applicare una misura così restrittiva quale la detenzione

---

<sup>71</sup> Trib. Roma, 21/5/2018, n.r.g. 8740. In particolare la richiedente racconta di aver subito minacce da parte del proprio compagno sull’uccisione del figlio della stessa, minacce non ritenute rilevanti dal giudice in quanto il bambino vive con la madre della richiedente in un’altra zona del paese.

<sup>72</sup> Chiaramente il discorso su ognuno di questi requisiti potrebbe espandersi; in questa sede si mette in evidenza che in diversi casi i richiedenti sono presenti da decine di anni in Italia; per esempio nei provvedimenti Trib. Roma n.r.g. 4483/2018 e 6403/2018, tale elemento non viene preso in considerazione dai giudici, che convalidano il provvedimento sulla base della strumentalità della domanda nel primo caso, e della presenza di precedenti penali a carico della donna nel secondo.

amministrativa. Si tratta di un discorso che implica una presa di posizione del giudiziario rispetto alle esigenze dell'Amministrazione da una parte e la tutela dei diritti della persona dall'altra. Se, infatti, la configurazione istituzionale vorrebbe il Tribunale quale organo di controllo sulla legittimità del trattenimento dei richiedenti asilo, non sempre tale ruolo sembra essere interpretato in senso "forte" dai giudici, che si mostrano nelle loro argomentazioni più attenti a valutare la legittimità della domanda di asilo, che la legittimità della restrizione della libertà personale. L'auto-percezione del proprio ruolo da parte del giudice acquisisce quanto mai importanza in questo tipo di procedimenti: in un caso molto interessante il giudice rivela implicitamente il suo porsi come autorità di garanzia, auto-definendo un criterio interpretativo delle norme sul trattenimento, che ritiene debbano essere interpretate restrittivamente, in quanto "si tratta di grave violazione della libertà personale di cui all'art. 13 della Costituzione"<sup>73</sup>. Leggendo la normativa alla luce di questo parametro, il giudice, in questo come in altri casi, ritiene prevalente l'elemento del radicamento sul territorio e assente il pericolo di fuga, nonostante la presenza di precedenti penali<sup>74</sup>. Inoltre, esercita i propri poteri istruttori anche oltre l'oggetto del giudizio in senso stretto, valutando astrattamente la sussistenza dei presupposti per un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

##### 5. Procedura amministrativa e procedimento giurisdizionale nel trattenimento dei richiedenti asilo

In alcuni provvedimenti raccolti nel 2018 i giudici si pronunciano in sede di motivazione sulla procedura amministrativa di presentazione ed esame della domanda di asilo. Si tratta di una novità rispetto ai dati esaminati nel 2015, che però mette in evidenza un aspetto in ogni caso presente nei procedimenti di convalida del trattenimento: l'incidenza della procedura amministrativa sul

---

<sup>73</sup> Trib. Roma, 14/2/2018, n.r.g. 2572.

<sup>74</sup> In particolare si trattava di una donna marocchina che lavorava in Italia dal 2010.



procedimento giurisdizionale, nonché il rapporto fra le due autorità, amministrativa e giudiziaria. Nel caso dei procedimenti di convalida di fronte al Giudice di Pace, è stato evidenziato come le esigenze dell'Amministrazione possano addirittura determinare il luogo di svolgimento delle udienze, e siano poi assecondate nel merito, in un giudizio di stampo burocratico<sup>75</sup>. In questo caso, invece, è la stessa legge a citare esplicitamente la procedura amministrativa, con riferimento alla presentazione e all'esame della domanda di protezione internazionale: oltre al principio generale per cui il richiedente asilo non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda, l'art. 6 comma 6 del d.lgs. 142/2015 prevede che "il trattenimento o la proroga del trattenimento non possono protrarsi oltre il tempo strettamente necessario all'esame della domanda ai sensi dell'articolo 28-bis, commi 1 e 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 (...) eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento". In questo modo la disciplina normativa introduce nell'oggetto del giudizio, la valutazione sull'adeguatezza dei tempi di definizione della procedura amministrativa. D'altra parte dal testo normativo non si evincono parametri precisi per il giudice: infatti, per l'esame delle domande dei richiedenti in stato di trattenimento è prevista l'applicazione di una procedura accelerata, i cui tempi effettivi sono però rimessi alla discrezionalità delle Commissioni Territoriali<sup>76</sup>, per cui l'unico limite veramente vincolante rimane il termine massimo di dodici mesi di trattenimento<sup>77</sup>. L'ambiguità della norma si riflette anche in fase applicativa: in alcuni provvedimenti la proroga del trattenimento viene autorizzata sulla base di esigenze poste dall'Amministrazione, relative alla necessità di svolgere ulteriori interviste per completare l'istruttoria sulla domanda di asilo. Per esempio in due procedimenti<sup>78</sup>, riguardanti richiedenti nigeriane, l'autorizzazione della seconda proroga era giustificata dalla decisione

---

<sup>75</sup> Cfr. Cap. III.

<sup>76</sup> Cfr. d.lgs. 25/2008, art. 28bis, commi 1 e 3. Virzi, "La logica dell'accoglienza", *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 3-4/2015.

<sup>77</sup> In caso di proposizione di ricorso contro il diniego della protezione.

<sup>78</sup> Trib. Roma, n.r.g. 358 e 359/2018.

della Commissione Territoriale di Roma, di convocare le donne per un'altra audizione<sup>79</sup>. Le richiedenti erano ancora in stato di trattenimento al momento dell'ultima rilevazione svolta, nel giugno 2018, dal gennaio dello stesso anno. Interessante osservare che in questo come in altri casi, gli esiti delle convalide/proroghe tendono a ripetersi nella stessa sequenza, ricorrendo gli stessi giudici negli stessi giorni di udienza; inoltre quando viene autorizzata la prima convalida nella maggior parte dei casi il trattenimento viene prorogato, in quanto i giudici successivi tendono a conformarsi a quanto deciso nella prima udienza<sup>80</sup>. In senso opposto, invece, in altri provvedimenti i giudici mettono in discussione l'adeguatezza della procedura di formalizzazione della domanda di protezione internazionale: in particolare in due procedimenti<sup>81</sup> il giudice si pronuncia sulle scelte discrezionali della Questura, che provocano un indebito ritardo per rendere formale la domanda di asilo senza prevedere tempi certi, non convalidando il trattenimento. Nel primo caso si tratta di un ritardo di due settimane rispetto all'istanza verbale del richiedente e la ufficializzazione della richiesta attraverso il modello C3 da parte della Questura. Nel secondo, il ritardo è più consistente trattandosi di una domanda presentata addirittura due anni prima al CARA di Bologna, ma mai formalizzata dalla Questura competente, in quanto la richiedente aveva lasciato il centro. Si tratta di decisioni interessanti che, oltre a mettere in rilievo l'ottica garantista assunta dai giudici del Tribunale di Roma, gettano luce sulle prassi attuate dall'Amministrazione, spesso ostative alla concreta attuazione dei diritti dei migranti<sup>82</sup>. I due esempi proposti valgono anche ad evidenziare gli effetti pratici di un atteggiamento più o meno compiacente dei giudici rispetto all'Autorità amministrativa: mentre nel primo caso, i lunghi tempi di esame della domanda di asilo sono ritenuti giustificativi del trattenimento, nel secondo, il

---

<sup>79</sup> Nei due casi sopracitati, e in un terzo di cui si tratterà in seguito con n.r.g. 360/2018, le udienze di convalida e di proroga si erano svolte negli stessi giorni dagli stessi giudici.

<sup>80</sup> Tale rilievo vale per le udienze svolte fino al 7/5/2018, in quanto le successive proroghe vanno oltre il periodo di riferimento della ricerca.

<sup>81</sup> Trib. Roma, 7/3/2018, n.r.g. 3933 e 3935.

<sup>82</sup> Sul punto Cfr. Gargiulo, Tintori "Giuristi e no. L'utilità di un approccio interdisciplinare allo studio della cittadinanza" in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2015, Il Mulino, pp. 503-520.

giudice mette in discussione la stessa modalità operativa della Questura, e non convalida il trattenimento.

D'altra parte, l'influenza dell'Amministrazione opera "a priori" del procedimento giurisdizionale, attraverso la selezione dei migranti destinatari di decreto di espulsione e della misura di trattenimento, che spesso sono soggetti arrivati di recente sul territorio, in alcuni casi da pochi mesi. Nelle rilevazioni svolte nel 2015 in 68 casi su 100 i richiedenti erano arrivati in Italia da meno di un anno, nel 2018 questo dato viene in parte ridimensionato e i soggetti arrivati negli ultimi dodici mesi sono 16 su 88, anche se il numero sale se si prendono in considerazione gli ultimi tre anni<sup>83</sup>. Come già messo in evidenza, il trattenimento dei richiedenti asilo non sembra corrispondere, "alla prova dei fatti", alla ratio della norma, che lo disciplina come un'ipotesi eccezionale da applicare per il minor tempo possibile<sup>84</sup>. Infatti, molto spesso si ritrovano in stato di trattenimento richiedenti appena sbarcati, in particolare donne, che dopo una prima convalida, hanno probabilità di rimanere nel centro anche diversi mesi in attesa della conclusione della procedura di esame della domanda di asilo. In questo modo la funzione del trattenimento dei richiedenti asilo viene connotata diversamente rispetto a quanto emergeva dall'analisi dei procedimenti di fronte al Giudice di Pace: più che un centro finalizzato al rimpatrio o al "disciplinamento", il trattenimento sembra svolgere una funzione di accoglienza in entrata dei richiedenti. I valori predominanti che emergono dall'analisi dei provvedimenti dei giudici, non sono limitati alla sicurezza o alla certezza e prevedibilità del diritto, ma comprendono anche elementi del tutto differenti come la "protezione". Da questo punto di vista la "protezione" del richiedente in quanto soggetto vulnerabile, nozione spesso richiamata dai giudici anche per la connotazione di genere delle trattenute, può diventare un'arma a doppio taglio e risultare paradossalmente in una restrizione

---

<sup>83</sup> 48 casi su 88.

<sup>84</sup> Nonostante sia la stessa normativa a permettere una formulazione poco precisa questo tipo di applicazione.

dei diritti<sup>85</sup>. Particolarmente significativi in tal senso, sono due provvedimenti emessi dal Tribunale di Roma nel 2015<sup>86</sup>, dove il giudice convalida il trattenimento pur ritenendo fondata la domanda di protezione internazionale, sulla base di criteri soggettivi del tutto estranei alla legge: “in riferimento alla richiesta di convalida del trattenimento ai fini del colloquio presso la Commissione per la richiesta di asilo va evidenziato come la trattenuta che proviene da un paese a rischio (la Nigeria, N.d.a.) quale presupposto per legittimare il trattenimento in quanto non ha alcun radicamento sul territorio, è sprovvista dei mezzi necessari per mantenersi, pertanto al fine di garantire la sua presenza davanti alla Commissione per evitare che possa essere assorbita nei circuiti della prostituzione e dello spaccio, si ritiene indispensabile il suo trattenimento per favorire la concessione dell’asilo. La disponibilità di centri di accoglienza privati in cui ospitare la ragazza non risulta essere documentata”<sup>87</sup>. La prospettiva del giudice mostra una visione distorta della detenzione amministrativa, equiparata a una situazione di accoglienza, sacrificando, paradossalmente, il bene della libertà personale della richiedente per assicurare lo svolgimento della procedura di esame della domanda e così “favorire la concessione dell’asilo”. Bisogna sottolineare che si tratta di un caso isolato, infatti, molto spesso, soprattutto nei provvedimenti del 2018, i giudici utilizzano la categoria della vulnerabilità in senso garantista, non convalidando il trattenimento delle donne<sup>88</sup>. Per esempio in un caso il giudice nega il trattenimento sulla base delle violenze subite dalla giovane donna nigeriana, nonostante la stessa sia arrivata in Italia due anni prima, facendo prevalere il criterio della vulnerabilità su quello della tempestività della domanda di asilo<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Sull’uso della categoria di “vulnerabilità” rispetto all’accesso ai diritti dei migranti cfr. Macioce, “Undocumented migrants, vulnerability and strategies of inclusion: a philosophical perspective”, in *Constellations*, Wiley online library, 2018.

<sup>86</sup> Trib. Roma, 16/10/2015, n.r.g. 14210/2015. La Cassazione ha in seguito annullato per violazione di legge tre decreti di convalida del Tribunale di Roma fondati su motivazioni analoghe a quelle descritte (Cass. Civ. n. 26177/16, Cass. Civ. n. 21423/16, Cass. Civ. n. 3096/17).

<sup>87</sup> Trib. Roma, 16/10/2015, n.r.g. 14207/2015.

<sup>88</sup> Tale aspetto emerge già da quanto osservato sopra in via generale sull’approccio dei giudici del Tribunale di Roma, a partire dallo stesso orientamento sulle donne nigeriane.

<sup>89</sup> Trib. Roma 29/1/2018, n.r.g. 1457.

D'altra parte "l'altra faccia" della vulnerabilità emerge dal risultato generale, che talvolta si produce dall'interazione fra Amministrazione e giudiziario, laddove per garantire un'istruttoria più approfondita della domanda di asilo, si autorizza la restrizione della privazione della libertà personale delle richiedenti per diversi mesi.

#### 6. Il diritto a un ricorso effettivo nella disciplina dei procedimenti di rimpatrio dei richiedenti asilo

Un altro caso emblematico per analizzare il rapporto tra i due poteri dello Stato, Amministrazione e Giudiziario, in stretta connessione con la questione dell'accesso alla giustizia, è l'attuazione del diritto a un ricorso effettivo dei richiedenti asilo.

I richiedenti asilo ricevono un trattamento giuridico "privilegiato" o comunque differenziato, rispetto agli altri cittadini di paesi terzi, soprattutto dopo le recenti modifiche legislative introdotte dal d.lgs. 142/2015 in tema di trattenimento<sup>90</sup>. La già citata direttiva 2013/32/CE, cosiddetta "direttiva procedure" dispone una serie di garanzie a tutela del richiedente, prevedendo esplicitamente il diritto a un ricorso effettivo<sup>91</sup> contro le possibili decisioni adottate nei suoi confronti. A tale fine, viene inoltre ribadito il diritto dello straniero a rimanere nel territorio dello Stato fino al termine dello svolgimento della procedura giurisdizionale di riconoscimento della protezione internazionale<sup>92</sup>, l'art. 46 comma 5 della direttiva prevede infatti: "fatto salvo il paragrafo 6, gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso". Sono previste alcune eccezioni tassative a questo principio, fra le quali i casi in cui la domanda è reiterata<sup>93</sup>, manifestamente infondata

---

<sup>90</sup>Cfr. Savio, "La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, vol. 3/4 2015.

<sup>91</sup> Direttiva 2013/32/CE art. 46 comma 1.

<sup>92</sup> Dir. 2013/32/CE art. 9 comma 1 «Diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame della domanda»; Dir. 2013/32/CE art. 46 comma 5.

<sup>93</sup> Dir. 32, art. 41

o inammissibile<sup>94</sup>; in tali ipotesi: “un giudice è competente a decidere, su istanza del richiedente o d’ufficio, se autorizzare o meno la permanenza del richiedente nel territorio dello Stato membro, se tale decisione mira a far cessare il diritto del richiedente di rimanere nello Stato membro e, ove il diritto nazionale non preveda in simili casi il diritto di rimanere nello Stato membro in attesa dell’esito del ricorso”<sup>95</sup>. Il principio dell’inespellibilità dello straniero fino alla conclusione del procedimento di ricorso ex art. 35 del d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25, è stato confermato anche dall’orientamento della Corte di Cassazione<sup>96</sup>, che ha sottolineato la rilevanza della giurisprudenza europea in materia, con particolare riferimento alla sentenza *Arslan*<sup>97</sup> della Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Secondo la Corte di Lussemburgo “l’articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2008/115/CE (...) in combinato disposto con il considerando 9 di quest’ultima, deve essere interpretato nel senso che tale direttiva non è applicabile al cittadino di un paese terzo che ha presentato una domanda di protezione internazionale (...) durante il periodo che intercorre tra la presentazione di tale domanda e l’adozione della decisione dell’autorità di primo grado che si pronuncia su tale domanda o, eventualmente, fino all’esito del ricorso che sia stato proposto avverso tale decisione”<sup>98</sup>. Per quanto riguarda la normativa interna in materia di procedimenti di opposizione al diniego della protezione internazionale, rileva l’art. 35 del d.lgs. 25/2008, e l’art. 19 del d.lgs. 150/2011, norma modificata dal sopracitato decreto 142/2015. La possibilità di sospendere l’esecuzione con ordinanza del giudice è prevista dal d.lgs. 150/2011 art. 19 comma 5, in base al quale il giudice può sospendere l’efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, ai sensi dell’art. 5 dello stesso decreto, “quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni esplicitamente indicate nella motivazione”; l’ordinanza può essere emessa anche fuori udienza in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile. L’art. 5 dovrebbe applicarsi, però, solo in via eccezionale, in quanto, in base all’art. 19 comma 4 la sospensione

---

<sup>94</sup> Dir. 32, art. 46 comma 6.

<sup>95</sup> Dir. 32 art. 46 comma 8

<sup>96</sup>Cass. Sez. VI, 30 novembre 2015, n. 24415. Cass. Sez. VI, 6 marzo 2014 n. 5306; Cass. Sez. VI, 10 maggio 2013 n. 11102. e 5306/2014.

<sup>97</sup> Corte di Gist. UE, 30 maggio 2013, C-534/11, *Arslan*.

<sup>98</sup> Corte di Gist. UE, 30 maggio 2013, C-534/11, *Arslan*, § 1.

dovrebbe avere effetto automatico nella generalità dei casi, salvo le deroghe espressamente previste dalla norma<sup>99</sup>. Si tratta di ipotesi in cui la pretesa del ricorrente si presume particolarmente inconsistente per la sussistenza di specifici elementi, quali ad esempio: la dichiarazione di inammissibilità della domanda di asilo, il rigetto della domanda per manifesta infondatezza, la presentazione della stessa al solo scopo di ritardare o impedire l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione, e infine, nel caso in cui il richiedente asilo sia trattenuto in un CPR<sup>100</sup>. Quest'ultima eccezione si discosta da quanto disposto dalla direttiva 32, e dalla disciplina dell'art. 46 comma 6, introducendo un'ulteriore deroga al principio generale della sospensione automatica<sup>101</sup>. La situazione di fatto presupposta non sembra giustificare adeguatamente tale scelta legislativa, che risulta particolarmente problematica anche alla luce del resto della normativa sul trattenimento dei richiedenti asilo. Infatti, in caso di diniego della protezione internazionale da parte della Commissione Territoriale competente e di conseguente proposizione di ricorso giurisdizionale, l'art. 6 comma 7 del d.lgs. 142/2015 prevede che il richiedente asilo in stato di trattenimento, rimanga nel centro fino a quando il giudice non disponga la sospensione cautelare, “nonché per tutto il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio in conseguenza del ricorso giurisdizionale proposto”; in questo modo l'adozione del provvedimento sospensivo non produce l'immediata cessazione del trattenimento<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> In base alla disciplina anteriore alla riforma del d.lgs. 142/2015, l'art. 19 comma 4 del d.lgs. 150/2011 prevedeva comunque la regola generale della sospensione automatica del provvedimento impugnato, in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale. Erano previste tuttavia diverse ipotesi di deroga a tale principio, che solo in parte corrispondono alla disciplina riformata dal decreto 142. In particolare, a differenza della norma attualmente vigente, non si aveva la sospensione automatica dell'efficacia della decisione della Commissione quando: il ricorrente aveva presentato domanda di asilo dopo essere stato fermato per aver eluso o tentato di eludere il controllo di frontiera, il ricorrente aveva presentato la domanda in condizioni di soggiorno irregolare, la decisione della Commissione Territoriale era stata adottata sulla base della sola documentazione disponibile senza l'audizione personale del richiedente, in quanto lo stesso si era allontanato dal Centro di accoglienza senza giustificato motivo. Cfr. Cortese, Ratti, Veglio, Vitrò, *Lo straniero e il giudice civile. Aspetti sostanziali e processuali del diritto dell'immigrazione*, UTET, 2014, 563-566;

<sup>100</sup> D.lgs. 150/2011, art. 19 comma 4.

<sup>101</sup> Si tratta di una disposizione già presente nella precedente disciplina, che il legislatore non ha modificato in occasione del recepimento della direttiva in sede di emanazione del d.lgs. 142/2015.

<sup>102</sup> Savio, “La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo, cit., pp. 156-157; Cfr. Morozzo Della Rocca, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli Editore, 2015.

## 7. L'applicazione della sospensione cautelare nei procedimenti di espulsione dei richiedenti asilo nel Tribunale di Roma

Sull'applicazione della sospensione cautelare nei procedimenti di impugnazione del diniego di protezione internazionale da parte del Tribunale di Roma, con particolare riferimento ai casi in cui il richiedente asilo si trova in stato di trattenimento, verrà illustrato un caso, che per le sue peculiarità, può essere considerato emblematico delle criticità sopraesposte nell'attuale contesto normativo. Il caso, le cui vicende si sono svolte fra agosto e settembre 2015, è stato seguito dalla Clinica Legale dell'Università Roma TRE<sup>103</sup>, che ha collaborato con diversi avvocati nella difesa di alcune delle donne coinvolte. La vicenda riguarda un gruppo di 69 nigeriane soccorse in mare e sbarcate a Lampedusa nel luglio 2015, e immediatamente portate nel centro di detenzione di Ponte Galeria sulla base di un decreto di respingimento differito. Il 25 luglio il trattenimento è stato convalidato dal Giudice di Pace di Roma, in seguito, non appena sono state informate di tale diritto, tutte le donne hanno presentato domanda di protezione internazionale. Il 17 e il 19 agosto il trattenimento è stato prorogato<sup>104</sup>, in tutti i casi, dal Tribunale di Roma, divenuto competente in virtù dell'acquisito status di richiedenti asilo. Solo poche tra le richiedenti hanno ottenuto una forma di protezione in prima istanza, quasi tutte le altre hanno impugnato il diniego della Commissione Territoriale di Roma di fronte al Tribunale ex art. 35 d.lgs. 25/2008, e quindi, in base alla legge sarebbero dovute essere considerate inespellibili. Tuttavia il 17 settembre 2015, circa venti<sup>105</sup> richiedenti asilo sono state rimpatriate in Nigeria, in pendenza o contestualmente alla pronuncia del giudice sull'istanza di sospensione proposta dalla difesa. La Clinica Legale è riuscita a raccogliere, grazie alla collaborazione con altri avvocati, otto provvedimenti sospensivi emessi dal Tribunale di Roma, relativi ad alcune delle richiedenti rimpatriate. Nelle otto ordinanze raccolte il giudice ha poi effettivamente disposto la sospensione cautelare, salvo un caso, in cui

---

<sup>103</sup> Di cui faccio parte dal 2012, svolgendo attività di collaborazione e ricerca.

<sup>104</sup> Rileva sottolineare l'importanza del giudice della convalida nell'ambito dei procedimenti in esame, come si è cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti.

<sup>105</sup> Il numero è approssimativo in quanto il rimpatrio non ha coinvolto alcuna delle richiedenti direttamente in contatto con la Clinica Legale, le informazioni sulle altre donne sono state raccolte solo tramite la testimonianza e la condivisione di materiale da parte di altri avvocati.



l'istanza è stata rigettata. In due procedimenti il provvedimento sospensivo è stato emesso lo stesso giorno dell'esecuzione del rimpatrio, il 17 settembre: il difensore ha tempestivamente inviato dei fax per comunicare all'Ufficio Immigrazione della Questura di Roma l'adozione dell'ordinanza sospensiva da parte del Tribunale, diffidando l'Amministrazione dall'esecuzione del rimpatrio, senza alcun seguito da parte dell'Autorità amministrativa<sup>106</sup>. Negli altri sei casi l'ordinanza sospensiva è stata emessa nei giorni immediatamente successivi all'esecuzione del rimpatrio. Le ordinanze sospensive raccolte sono quasi tutte fondate sul riconoscimento delle "gravi e circostanziate ragioni" e del "pericolo imminente di un danno grave e irreparabile" ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 5 d.lgs. 150/2011. Solo in un caso il provvedimento impugnato viene dichiarato automaticamente sospeso per effetto della proposizione del ricorso per tutta la durata del procedimento, in quanto non ricorre alcuna delle ipotesi eccezionali previste dall'art. 19 comma 4 dello stesso decreto. L'orientamento dei giudici in tema di sospensiva pone alcune questioni: al momento dei fatti non era ancora entrato in vigore il d.lgs. 142/2015 - tutte le ordinanze di sospensione sono state emesse fra il 17 e il 25 settembre e il sopracitato decreto è entrato in vigore il 30 settembre - mentre i termini di recepimento della direttiva procedure erano già scaduti il 21 luglio. Pertanto la norma comunitaria, dotata di sufficiente chiarezza, poteva trovare diretta applicazione nell'ordinamento interno, e quindi i provvedimenti impugnati dovevano essere automaticamente sospesi per effetto del ricorso proposto ai sensi dell'art. 46 della direttiva 32, e non dell'art. 19 comma 4 del decreto 150. A prescindere da tali considerazioni, in ogni caso, le ricorrenti non dovevano essere allontanate dal territorio dello Stato fino a quando il giudice non si fosse pronunciato sull'istanza di sospensione, una diversa interpretazione priverebbe di effettività la tutela giurisdizionale prevista<sup>107</sup>. Il caso sopraesposto non costituisce un episodio isolato: la prassi della Questura di Roma di eseguire rimpatri nei confronti di richiedenti asilo che hanno proposto ricorso contro il diniego della domanda in sede di

---

<sup>106</sup> I fax risultano correttamente ricevuti dall'Ufficio Immigrazione della Questura alle ore 14:49, non è però possibile conoscere l'orario in cui il rimpatrio è stato materialmente eseguito, e quindi sapere se la comunicazione sia stata ricevuta in tempo "utile"; resta il fatto che, in ogni caso, il rimpatrio doveva considerarsi illegittimo ai sensi della normativa vigente.

<sup>107</sup> Cortese, Ratti, Veglio, Vitro, *Lo straniero e il giudice civile*, cit., p. 566.

prima istanza, nelle more della pronuncia sulla sospensiva da parte del Tribunale e talvolta anche successivamente all'emanazione dell'ordinanza di sospensione da parte del giudice, è stata riscontrata più volte (ultimo caso rilevato nel febbraio 2016)<sup>108</sup>. Dato che non è stato possibile, per ragioni materiali, raccogliere un campione significativo di provvedimenti, non si può individuare un orientamento del Tribunale di Roma in tema di sospensione cautelare dell'atto impugnato<sup>109</sup>; tuttavia è possibile svolgere alcune considerazioni alla luce dell'analisi della disciplina vigente. L'esclusione della sospensione automatica nei casi in cui il richiedente si trovi in stato di trattenimento, ai sensi della lettera a) dell'art. 19 comma 4, presenta un elemento paradossale, in quanto proprio quando il rischio di rimpatrio in assenza di una completa valutazione dell'autorità competente è concreto, la tutela cautelare astrattamente predisposta, la sospensione automatica, non viene applicata dalla norma.

Il caso delle venti donne nigeriane illegittimamente rimpatriate sopraesposto, oltre a porre una questione di illegittimità rispetto alla garanzia dell'art. 13 CEDU, mette in evidenza una particolare dimensione del diritto a un ricorso effettivo, quella della fase esecutiva e del diritto a un rimedio adeguato, in base al quale le decisioni assunte dall'autorità competente devono essere tempestivamente e adeguatamente eseguite nell'ordinamento interno. In questo caso l'effettività della tutela giurisdizionale si intreccia con il problema del rapporto fra il giudiziario e gli altri poteri dello Stato, una tematica centrale anche nel dibattito sull'accesso alla giustizia, come già osservato<sup>110</sup>. Tale problematica diventa più evidente in quei procedimenti dove l'organo giurisdizionale assume una funzione di controllo nei confronti delle amministrazioni, e dove emerge quello che Giovanni Marini definisce "il nodo strutturale rappresentato

---

<sup>108</sup> Una prassi riscontrata in modo diretto dalla Clinica Legale, dal coinvolgimento di alcuni assistiti nelle pratiche di rimpatrio, e testimoniata anche da altri avvocati del Foro di Roma.

<sup>109</sup> Non è stato materialmente possibile per ragioni inerenti all'organizzazione della Cancelleria della I sezione del Tribunale di Roma, raccogliere un campione significativo di provvedimenti sospensivi. Tuttavia, dall'analisi di altri provvedimenti sospensivi, emessi nei confronti di alcuni richiedenti asilo, assistiti dalla Clinica Legale di Roma Tre nello stesso periodo e successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 142/2015, nei mesi settembre-ottobre 2015, (per un tot. di 13 ordinanze), emerge una distribuzione bilanciata fra sospensione disposta ex art. 5 comma 2 e sospensione automatica ex art. 19 comma 4 del decreto 150.

<sup>110</sup> Cfr. Cap. II, par. 4-6.

dal conflitto fra i poteri dello stato contemporaneo”<sup>111</sup>. In questo senso è emblematico il provvedimento emesso dal Tribunale a seguito dell’istanza ex art. 669duodecies c.p.c., dove la motivazione del giudice si risolve in una dichiarazione di impotenza nei confronti dell’Amministrazione. L’Autorità giudiziaria si autodefinisce sprovvista dei poteri necessari a intervenire: “non prevedendo la normativa modalità attuative o di esecuzione”. Il provvedimento è stato emesso<sup>112</sup> in seguito all’istanza proposta dal difensore di una delle donne nigeriane rimpatriate nonostante la disposizione della sospensione cautelare da parte del giudice<sup>113</sup>. L’istanza è stata presentata ex art. 669duodecies c.p.c., norma intitolata “Attuazione”, che disciplina l’esecuzione delle misure cautelari, attribuendo la competenza del controllo sulle modalità concrete di attuazione delle stesse, al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, il quale è competente a “dare con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti” anche su eventuali contestazioni o difficoltà.

La dichiarazione di impotenza del giudice non esaurisce però il problema del controllo giurisdizionale sul rimpatrio: la questione investe i procedimenti di convalida del trattenimento, che costituiscono il primo “filtro” di controllo dell’operato dell’Amministrazione. Forse è dunque più propriamente in quella sede, nell’udienza di convalida che trova il suo riscontro anche il diritto a un ricorso effettivo e il diritto all’accesso alla giustizia. La dimensione processuale del diritto è stata spesso trascurata dalla letteratura teorica in favore di quella sostanziale, dimenticando che si tratta di due aspetti indissolubilmente legati<sup>114</sup>, una connessione che emerge in modo più netto nella cultura giuridica anglosassone, dove il diritto viene più immediatamente identificato con il rimedio processuale<sup>115</sup>. Non a caso lo stesso *right to an effective remedy* si connota in modo differente nel contesto inglese, dove più che il potere di agire in giudizio, sono le forme di tutela, i “*remedies*”, a costituire il vero fulcro della

---

<sup>111</sup> Marini, *Giustizia accessibile a tutti*, cit., p. 607.

<sup>112</sup> Il provvedimento è stato emesso il 24 settembre 2015, mentre il rimpatrio era avvenuto il 17 settembre.

<sup>113</sup> Si tratta di uno dei casi nei quali la sospensiva era stata decisa lo stesso giorno dell’esecuzione del rimpatrio.

<sup>114</sup> Orestano, “Azione (storia del problema)”, voce in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1959.

<sup>115</sup> Santoro, “*Rule of law* e ‘libertà degli inglesi’. L’interpretazione di Albert Venn Dicey”, *Lo Stato di diritto*, cit., p. 174., Cfr. Cap. I par. 4.

tutela giurisdizionale. Partendo da tale spunto è interessante mettere a confronto l'effettività dei diritti procedurali, davanti al Tribunale e davanti al Giudice di Pace.

#### 8. *Rule of law*, diritti procedurali e status

Come già evidenziato, nonostante la disciplina processuale sia la stessa, le udienze di fronte al Giudice di Pace e al Tribunale di Roma, si svolgono in modalità molto differenti, risultato di una diversa gestione del processo da parte del giudice. Mentre nel primo caso i giudici tendono a non intervenire in udienza esercitando il proprio potere discrezionale in modo “minimale”, nel caso del Tribunale questi assumono un ruolo più attivo nella conduzione dell'udienza, così da influire sullo stesso esito del giudizio. La diversa applicazione delle norme processuali è possibile grazie all'adozione del rito sommario camerale, che permette una maggiore libertà delle forme del processo. Il rito, afferma Francesco Carrara, “è istituito a freno del giudice”<sup>116</sup>, dunque la questione delle forme processuali investe il problema dell'arbitrarietà e dei limiti al potere discrezionale del giudice. Infatti, i requisiti formali sono, da una parte, considerati delle garanzie per le parti e dall'altra, degli inutili intralci, che complicano le forme del processo e ne rendono oscuro lo svolgimento. In questa doppia natura delle forme si annida un possibile paradosso: le forme liturgiche sarebbero tanto più legittimanti proprio in quanto inutili e incomprensibili<sup>117</sup>. Le garanzie formali rischiano di essere confuse con il formalismo; i due termini, formale e formalistico non sono sinonimi e corrispondono a due significati diversi. Formale, nel suo senso associabile alla tradizione scolastica, rimanda alla forma delle cose, indicando la loro essenza, formalistico invece corrisponde a un'esteriorità formale, dietro la quale non si cela alcun contenuto. Il processo formale, rispecchia dunque un'essenza e non va equivocato con il processo formalistico; così la critica al formalismo non può essere intesa come una critica alle

---

<sup>116</sup> Carrara, *Programma di diritto penale, parte generale*, vol I, cit. in Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit., p. 638.

<sup>117</sup> Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, cit., p. 639.

forme, del resto lo stesso diritto non è altro che forma, in quanto è “l’esperienza stessa che si fissa nelle forme giuridiche”<sup>118</sup>. La distinzione operata da Salvatore Satta, tra formale e formalistico ne richiama un’altra trattata da Jeremy Waldron, tra dimensione formale e procedurale del diritto, la quale riveste una rilevante importanza nella concezione del *Rule of law*. Nella vasta letteratura su tale paradigma ci si riferisce spesso a principi formali, come la generalità e astrattezza delle leggi o la certezza del diritto; si tratta di aspetti importanti perché strumentali a proteggere altri valori come quelli della dignità e libertà della persona. Tuttavia, quando si invoca l’applicazione dei principi dello Stato di diritto, ci si riferisce soprattutto alle procedure giudiziarie, all’indipendenza e imparzialità dei giudici, al *due process of law*, tutti elementi di quella che Waldron definisce come dimensione procedurale del *Rule of law*<sup>119</sup>. Diversi autori<sup>120</sup> danno grande importanza alla distinzione tra sostanziale e formale, trascurando però questa dimensione del diritto, che invece riveste una sua autonoma rilevanza. Un aspetto che, per esempio, viene enfatizzato da Dicey, mettendo in rilievo il ruolo delle Corti e l’importanza della procedura giudiziaria<sup>121</sup>. L’inclusione di tali elementi procedurali e istituzionali è di fondamentale importanza nelle concezioni del diritto, rendendole “vive” e più vicine alla realtà<sup>122</sup>. Inoltre, esiste un legame fra procedura e dignità: l’attività giurisdizionale non si esaurisce nella risoluzione di un caso concreto, ma si sostanzia soprattutto in un “modo di procedere”, una procedura appunto, costruita per dare l’opportunità alle parti di intervenire nel processo presentando argomenti e prove a proprio favore<sup>123</sup>. Del resto, proprio questo aspetto costituisce il nucleo centrale del diritto al giusto processo, nella sua concezione attuale. Il termine giusto processo rimanda al concetto più risalente e di origine anglosassone

---

<sup>118</sup> Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, p. 83-85.

<sup>119</sup> Waldron, “Il Rule of law e l’importanza della procedura” in *Rule of law. L’ideale della legalità*, a cura di Pino, Villa, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 359-360.

<sup>120</sup> Il riferimento di Waldron è in particolare alle posizioni di Leon L. Fuller, ma più avanti si riferisce anche alla concezione di Joseph Raz.

<sup>121</sup> Waldron, “Il Rule of law e l’importanza della procedura” in *Rule of law. L’ideale della legalità*, cit., pp. 366-367.

<sup>122</sup> Idem, p. 373.

<sup>123</sup> Idem, p. 375.

*fair trial*, il cui significato ha subito delle modifiche nel tempo<sup>124</sup>. Per secoli *fair trial* ha significato un processo svolto nel rispetto delle procedure, mentre dall'inizio del XX secolo, questo termine è stato inteso come un processo in cui vengono osservati i diritti di una parte in causa. Il comune significato risalente di *fair*, prima che venisse associato al processo, era equivalente a termini come “bello”, “chiaro” e “giusto”, solo più tardi, nel diciottesimo secolo, venne aggiunto il significato di “uguale”,<sup>125</sup> inoltre la sua rilevanza in ambito processuale non era comparabile a quella attuale, come dimostrato dalle poche citazioni del termine riscontrate nei procedimenti dell'epoca<sup>126</sup>. Il significato odierno di *fair trial* ha invece una portata molto più ampia: vi è incluso il concetto di regolare procedura o di correttezza procedurale<sup>127</sup> e l'attribuzione all'individuo coinvolto in un procedimento, di una serie di diritti, di cui egli è “in possesso” al fine di garantire una parità delle armi fra le parti in causa<sup>128</sup>. Tali osservazioni terminologiche, come le distinzioni sopracitate tra concezione formale e formalistica, o formale e procedurale, sembrano riportare, ancora una volta, la questione a due visioni dello Stato di diritto. Da una parte gli aspetti formali, i requisiti della legge, la certezza del diritto, dall'altra “l'essenza” o la funzione di tali forme, che si concretizza in istituzioni e procedure finalizzate a garantire un'eguale tutela dei diritti. All'interno della dimensione procedurale non esiste un'unica “verità” giuridica, ma il diritto si sostanzia proprio nelle diverse argomentazioni; in tale ottica la necessità di argomentare implica l'idea che le persone sono esseri dotati di ragione e intelligenza, conferendogli dignità<sup>129</sup>. Questa concezione, che enfatizza il valore delle procedure e dell'argomentazione giuridica, impone un sacrificio in termini di certezza e prevedibilità, valori fondanti della cosiddetta idea formale del *Rule of law*. Le due

---

<sup>124</sup> Langford, “Fair Trial: The History of an Idea”, *Journal of Human Rights*, 2009, pp. 3-5. Lo studio citato analizza le oscillazioni del termine *fair trial* in circa centomila cause, svoltesi tra il 1674 e il 2005 in Inghilterra.

<sup>125</sup> Letterale *equal*.

<sup>126</sup> Langford, “Fair Trial: The History of an Idea”, cit., pp. 7-8.

<sup>127</sup> Rispettivamente, letterale: *regular procedure*, e *procedural fairness*.

<sup>128</sup> Un esempio dell'attuale significato del concetto di giusto processo è costituito dalle garanzie elencate nell'art. 6 della CEDU: come il diritto a una pubblica udienza e a ottenere una decisione giurisdizionale in un tempo ragionevole, il diritto a un giudice imparziale e la presunzione di innocenza.

<sup>129</sup> Waldron, “Il Rule of law e l'importanza della procedura” in *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit. pp. 380-381.

visioni rimettono al centro della discussione la concezione del giudiziario e il ruolo dei giudici, che possono essere considerati come semplici funzionari vincolati all'applicazione di regole precise, secondo un approccio formale; oppure dei funzionari "speciali", caratterizzati dal fatto di operare in un contesto istituzionale proceduralizzato, nell'ottica di un'applicazione equa della legge<sup>130</sup>. Tali osservazioni trovano un riscontro anche nell'analisi della prassi dei giudici: infatti, di fronte alla stessa disciplina processuale, i due organi Giudice di Pace e Tribunale ordinario, applicano le norme in modo differente a seconda, in definitiva, del proprio posizionamento nei confronti dell'Autorità amministrativa e rispetto alla tutela dei diritti dello straniero. Se, come osservato, l'orientamento del Giudice di Pace è abbastanza uniforme, nel senso di un approccio più vicino alle esigenze dell'Amministrazione a scapito di un sostanziale deterioramento dei diritti degli stranieri in udienza, l'analisi dei provvedimenti del Tribunale di Roma, delinea un quadro più complesso e meno univoco, in cui emergono istanze, valori e approcci differenti. In generale, le decisioni dei giudici del Tribunale mostrano una maggiore attenzione ai diritti individuali dello straniero, che in questo caso è anche richiedente asilo, a partire dal diritto di difesa e al contraddittorio. Tuttavia, anche davanti al giudice ordinario, la mancanza di forme processuali precise, permette che in alcuni casi la sommarietà processuale corrisponda a una "sommarietà" del giudizio sul trattenimento in toto, rimettendo l'attuazione dei diritti nel processo a una scelta discrezionale del giudice. La compressione dei diritti procedurali del soggetto di fronte al Tribunale di Roma, emerge in modo più evidente in sede di proroga del trattenimento: infatti, nei provvedimenti del 2018 si riscontra la prassi generale di svolgere le udienze in assenza dello straniero, evidente dalla mancanza negli stessi verbali delle udienze di proroga dello spazio riservato alla firma del trattenuto. Si tratta di una pratica riscontrata anche nella sede del Giudice di Pace di Torino, che presenta dei profili di ineffettività del diritto di difesa, privando il soggetto coinvolto di intervenire in prima persona nel contraddittorio di fronte al giudice. Sul punto si è

---

<sup>130</sup> Quest'ultimo aspetto è proprio quello che ha preoccupato il lavoro di Dicey. Waldron, "Il Rule of law e l'importanza della procedura" in *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit. p. 378.

pronunciata di recente anche la Cassazione<sup>131</sup> ribadendo il principio generale dell'estensione delle garanzie del contraddittorio previste per la convalida del trattenimento anche all'udienza di proroga, fra le quali è da annoverare la presenza in udienza del trattenuto, anche senza una necessaria istanza preventiva. A questo proposito è molto interessante un caso emerso di fronte al Tribunale di Roma, in cui la richiedente, in stato di trattenimento da diversi mesi, propone una specifica istanza di partecipazione all'udienza di proroga. La richiesta era stata avanzata dal difensore prima dell'udienza, e rimanendo inevasa, viene riproposta dalla difesa davanti al giudice, che decide perciò di rinviare al giorno successivo l'udienza, permettendo così la presenza della trattenuta<sup>132</sup>. Il procedimento si è poi concluso con la convalida del trattenimento, la donna, proveniente dal Libano era trattenuta nel CPR di Ponte Galeria da quattro mesi. Come si evince dal verbale di udienza, la richiedente interviene estesamente in udienza, mettendo in evidenza la necessità di svolgere delle analisi mediche più approfondite. Oltre a ribadire la non pretestuosità della domanda di asilo, la difesa sottolinea che la trattenuta è da diversi anni in Italia e ha disponibilità di un reddito e di un alloggio, circostanze che però non vengono considerate dal giudice in sede di decisione<sup>133</sup>. La richiesta di prendere parola può essere letta come rivendicazione di un effettivo diritto di difesa e di partecipazione al contraddittorio, strumentale alla tutela del diritto alla libertà personale dello straniero, e in definitiva come un'istanza al riconoscimento di uno status di dignità. In questo senso, sono utili le osservazioni di Larry May<sup>134</sup>, secondo cui i diritti procedurali non sono da considerarsi solo come strumentali alla tutela dei diritti sostanziali, ma costituiscono

---

<sup>131</sup> Cass. n. 29207/2018; n. 12709 e 25767 del 2016; orientamento consolidato a partire dalla sentenza Cass. n. 4544/2010.

<sup>132</sup> Trib. Roma, n.r.g. 360/2018, in particolare l'udienza di proroga citata prevista per il 4/5/2018 si è svolta il 5/5/2018, dopo l'istanza di partecipazione presentata dalla difesa.

<sup>133</sup> Il giudice motiva la convalida del trattenimento affermando che "allo stato non risulta alcuna patologia incompatibile con il trattenimento", e ritiene ancora validi i presupposti del trattenimento, sulla base della strumentalità della domanda di asilo, rigettata dalla Commissione, e della mancata sospensione cautelare del giudice competente del ricorso ex art. 35/2008.

<sup>134</sup> La proposta dell'autore si riferisce ai diritti degli stranieri in stato di privazione della libertà nel contesto internazionale, in particolare nei casi dei cosiddetti "buchi neri" legali, quali per esempio la detenzione informale la prigione di Guantanamo, proponendo l'elevazione dei diritti dell'Habeas corpus a principio generale inviolabile del diritto internazionale. May, *Global justice and due process*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.



essi stessi un meta-diritto<sup>135</sup>. L'istanza al riconoscimento di determinati diritti procedurali può essere intesa anche come istanza al riconoscimento di uno status soggettivo, che presuppone il rispetto di una serie di garanzie e tutele da parte del potere, a prescindere dai risultati<sup>136</sup>. È proprio questa la richiesta avanzata dai detenuti "informali" nel centro di Guantanamo, il caso emblema dell'argomentazione presentata da May, i quali chiedevano di essere "riconosciuti" come soggetti dotati di diritti, in primo luogo di natura procedurale, da una qualche Autorità. Si tratta di un principio che può, tuttavia, essere applicato anche alla situazione dei migranti detenuti formalmente nei centri di espulsione, sotto la giurisdizione di uno Stato; dove non si tratta di individuare un'Autorità competente per reclamare determinati diritti, ma dell'attuazione nella prassi degli stessi<sup>137</sup>. May individua nel concetto di *fairness* uno specifico bene, identificabile in un metodo per raggiungere decisioni che prevede uguaglianza e equità, principi traducibili in un trattamento imparziale dei soggetti di fronte a situazioni simili<sup>138</sup>. Ancora una volta i valori della non discriminazione e dell'equità di fronte alla legge, sono visti come una garanzia contro l'esercizio di un potere arbitrario<sup>139</sup>. Il bene *fairness* o dell'imparzialità è composto di una serie di diritti procedurali, i quali rivestono un'autonoma rilevanza rispetto ai diritti sostanziali, essendo in parte costitutivi del Rule of law<sup>140</sup>. Per questo i diritti procedurali non sono solo funzionali alla tutela dei diritti sostanziali, sebbene influiscano inevitabilmente anche su tale aspetto, ma sono soprattutto legati a un'istanza di riconoscimento, a uno status. Utilizzando tali categorie nella lettura dei dati empirici il passaggio dallo status di "migrante irregolare" a "richiedente asilo" sembra consentire l'accesso a una maggiore tutela processuale. Ciò è particolarmente evidente considerando che molto spesso è addirittura lo stesso soggetto a essere coinvolto in entrambi i procedimenti di convalida, prima di fronte al Giudice di Pace in qualità di semplice migrante, e poi di

---

<sup>135</sup> May, *Global justice and Due Process*, cit. p. 46.

<sup>136</sup> Idem, p. 47.

<sup>137</sup> L'autore fa anche specifico riferimento al diritto al non-refoulement, che può essere inteso anche come diritto procedurale nelle pratiche di rimpatri. May, *Global justice and Due Process*, cit. p. 170 e ss.

<sup>138</sup> May, *Global justice and Due Process*, cit. p. 49.

<sup>139</sup> Idem, p. 51.

<sup>140</sup> Idem, p. 52.

fronte al Tribunale, in seguito alla presentazione della domanda di asilo. I due procedimenti si dimostrano nella prassi molto differenti, una differenza che si sostanzia poi nell'esito delle decisioni, e in una tutela più effettiva della libertà personale dei richiedenti asilo di fronte al Tribunale. Tuttavia, l'accesso allo status di richiedente asilo presenta dei risvolti ambigui, come si è cercato di evidenziare, a partire dai tempi massimi di trattenimento che si allungano fino a dodici mesi, mentre le autorità competenti valutano la domanda di asilo. Del resto la disciplina processuale sommaria rimane la stessa, aspetto di per sé criticabile sotto diversi profili, in primis quello della non pubblicità dell'udienza, d'altra parte la libertà delle forme processuali permette di mettere a fuoco gli effetti concreti dei diversi approcci adottati dei giudici.

#### 9. Considerazioni conclusive: Stati di diritto e giurisdizione nell'accesso alla (espulsione dalla) cittadinanza

L'analisi dei procedimenti di convalida ed espulsione del trattenimento di migranti e richiedenti asilo, sembra mostrare un orientamento diverso da parte dei due organi giurisdizionali competenti, Giudice di Pace e Tribunale di Roma<sup>141</sup>. I giudici del tribunale si pongono, nella maggior parte dei casi, in un'ottica di tutela dei diritti degli stranieri, attraverso l'esercizio di un'"autonoma potestà normativa", che si manifesta nello svolgimento delle udienze e in sede decisionale. I giudici di pace si comportano invece, in modo più simile al modello del funzionario inserito in un sistema burocratico razionale, il cui compito principale è l'applicazione della legge al caso concreto, in modo quanto più letterale possibile. Questa distinzione può essere letta attraverso gli strumenti teorici offerti da Pierre Bourdieu<sup>142</sup> di "posizioni" e di "campo giuridico": le

---

<sup>141</sup> Come già rilevato questa ipotesi di ricerca non può dirsi convalidata a livello nazionale, visto che il campionamento dei procedimenti del Tribunale riguarda la sola sede di Roma e un numero ridotto di provvedimenti.

<sup>142</sup> Bourdieu, "La force du droit. [Éléments pour une sociologie du champ juridique]", *Actes de la recherche en sciences sociales*, (64), 1986, pp. 3 – 19, trad. it., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Armando Editore, Roma, 2017.

diverse prassi operative dei due organi esprimono in questo senso la distanza delle “posizioni” che Giudice di Pace e Tribunale tendono a occupare all’interno della giurisdizione, intesa come “sotto campo” del campo giuridico<sup>143</sup>. Una differenza di “posizioni” che – secondo Bourdieu - è strettamente correlata con la distribuzione del sapere giuridico all’interno del campo stesso<sup>144</sup>. La “posizione” indica il grado di autonomia del singolo attore giuridico, in relazione alla distribuzione di quote maggiori di “capitale giuridico”. L’analisi evidenzia la netta divergenza nelle prassi operative seguite dai due organi: una divergenza che può essere letta in termini di distanza nelle “posizioni” che le due Autorità giurisdizionali tendono ad assumere. In questa prospettiva, il giudice ordinario risulta collocarsi rispetto al Giudice di Pace con maggiore solidità all’interno del “campo giuridico”. Un organo capace, quindi di produrre pratiche e discorsi giuridici con un grado di “autorità giuridica” e, quindi, di autonomia maggiore rispetto ai condizionamenti esterni; in primo luogo, rispetto alle richieste delle forze di polizia che nel processo di convalida rivestono il ruolo di parte pubblica.

L’effettivo ruolo svolto dai giudici può essere tradotto in termini teorici, nei diversi significati attribuibili alla categoria di giurisdizione, individuabili da una parte, nel suo senso di limite negativo al potere, rappresentato dal binomio *gubernaculum-iurisdictio*, e dall’altra nella sua funzione istitutiva e legittimante. Se la dimensione “potestativa” della *iurisdictio*, intesa come esplicazione di un rapporto di potere, è in qualche modo sempre presente nell’esercizio dell’attività giurisdizionale, non è detto che lo sia anche l’altra, quella di limite al potere statale. È infatti, proprio questo

---

<sup>143</sup> Secondo Bourdieu, il “campo giuridico” è attraversato da una divisione fondamentale: fra “teorici” e “pratici”. Il primo polo è costituito dalla scienza giuridica; il secondo è formato dai professionisti e, soprattutto, dai giudici, quali interpreti autorizzati del diritto. In questo senso, la giurisdizione costituisce un “sotto-campo” del più ampio campo degli attori giuridici.

<sup>144</sup> Idem, p. 8. Per quanto riguarda l’ambito della giurisdizione, Bourdieu esemplifica la differenza di “posizioni” mediante il confronto fra i giudici della *Cour de Cassation* e quelli di un *Tribunal d’instance* parigino. Nonostante le evidenti differenze tra le autorità prese in considerazione, il confronto offre comunque una chiave di lettura delle dinamiche fin qui analizzate. Secondo l’autore, infatti, la *Cour de Cassation* esercita pienamente la propria libertà d’interpretazione del diritto, arrivando fino a limitare l’applicazione delle leggi. Al contrario, il *Tribunal d’instance* tende ad abdicare al proprio potere interpretativo, applicando a situazioni simili un’interpretazione consolidata, nel quadro di un giudizio sommario e ripetitivo, in cui addirittura la presenza dell’avvocato appare una mera «manifestazione di riverenza» verso l’autorità giurisdizionale.

elemento a distinguere maggiormente non solo le diverse esperienze storiche che hanno caratterizzato lo sviluppo dello Stato di diritto, ma anche i differenti modelli teorici. L'avvento del costituzionalismo ha avuto il merito di comporre le diverse tradizioni giuridiche in un nucleo di significati condivisibili, individuando nella Costituzione la dimensione di limite al potere, tuttavia la tensione fra differenti visioni dello Stato di diritto permane tutt'ora, e il caso di studio proposto ne è un esempio. Infatti, lo studio dei provvedimenti dei giudici restituisce un quadro complesso e sfaccettato, non identificabile in modo univoco in uno solo dei vari modelli teorici di Stato di diritto o delle due principali funzioni della giurisdizione; per cui diverse concezioni e "pratiche" sembrano coesistere contemporaneamente a più scale o livelli. Come osserva Mariana Valverde<sup>145</sup>, la giurisdizione opera delle distinzioni in modo più rilevante dei territori, distinguendo non tanto il "dove" o il "chi" del governo, ma soprattutto il "cosa" e il "come"<sup>146</sup>. La giurisdizione viene perciò distribuita e organizzata in scale e livelli differenti, non coordinate fra loro; la differenza fra un livello di giurisdizione e l'altro non è solo in termini di grandezza, ma soprattutto in termini qualitativi<sup>147</sup>. La distribuzione della giurisdizione organizza la *legal governance* inizialmente selezionando e separando; come risultato i diritti costituzionali o i diritti umani affermati a livello statale o globale non sono coordinati con il governo di livello inferiore. In questo modo si genera un "cattivo pluralismo", dove i diritti sanciti nelle scale più alte di giurisdizione sono spesso invisibili nelle altre più basse. Questo meccanismo viene spiegato attraverso l'esempio del potere esecutivo della polizia, quale organo che opera a livello locale: la polizia non agisce soltanto in una scala diversa in ordine di grandezza, ma in una scala distinta a livello qualitativo, che è lo spazio urbano. I diritti costituzionali e di cittadinanza sono affermati in un'altra scala, che è quella costituzionale. Ciò che rende una certa "scala"

---

<sup>145</sup> L'autrice elabora tale concetto a partire dal lavoro di De Sousa Santos, che definisce "interlegalità" il processo di costante interazione fra differenti ordini legali, ognuno di questi aventi il suo proprio fine, la sua logica, i suoi criteri di governo, e le sue leggi. Cfr. De Sousa Santos, "Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception", cit.

<sup>146</sup> Valverde, "Jurisdiction and scale: legal 'technicalities' as resources for theory", *Social and legal studies*, 2009, p. 144.

<sup>147</sup> Idem, p. 147, Cfr. anche Sassen, *Territory, Authority, Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2006.

di giurisdizione più o meno adatta a un determinato ambito di governo, non è semplicemente la sua grandezza, ma la sua dimensione qualitativa, che potrebbe tradursi, in altre parole, con il genere di priorità che implicitamente organizza, nel senso di privilegiare “certi oggetti” piuttosto che altri<sup>148</sup>. Questo tipo di ragionamento potrebbe spiegare le incoerenze fra il livello costituzionale di affermazione dei diritti dei migranti e quello della loro applicazione delle due differenti autorità giurisdizionali, Giudice di Pace e Tribunale ordinario, senza ridurlo al problema dell’ineffettività dei diritti. In tal senso, la contraddizione apparente fra la modalità operativa dei due organi, può essere configurata nei termini sopradescritti, di contestuale esistenza di diverse scale di giurisdizione, con priorità e logiche differenti. Mentre il Tribunale “privilegia” il linguaggio dei diritti costituzionali, il Giudice di Pace si pone in un’ottica molto simile a quella della polizia, nonostante la formale qualificazione di organo giurisdizionale, che però, in questo modo riduce la sua funzione a quella di legittimazione formale.

La differenza nella giurisprudenza del Giudice di Pace e del Tribunale di Roma si spiega anche come un diverso posizionamento di tipo valoriale, o una differente “ideologia normativa”, utilizzando la definizione di Alf Ross<sup>149</sup>: nel primo caso prevale un’ottica di prevenzione razionale del rischio e tutela della sicurezza pubblica, nel secondo viene posta maggiore attenzione alla tutela dei diritti. Il procedimento di fronte al Giudice di Pace appare comunque conforme a una certa concezione dello Stato di diritto formale o minimale<sup>150</sup>, finalizzato a tutelare la prevedibilità e la certezza del diritto, all’interno di un più generale sistema che vede al suo centro la protezione della libertà privata. In quest’ottica prevale l’idea di un’interpretazione quanto più vicina alla lettera delle legge, e il diritto viene inteso in primo luogo come comando finalizzato a guidare i comportamenti, mettendo in secondo piano l’elemento della cultura dell’argomentazione<sup>151</sup>. Le modalità operative dei giudici del Tribunale, lette

---

<sup>148</sup> Valverde, “Jurisdiction and scale: legal ‘technicalities’ as resources for theory”, cit., pp. 147-151.

<sup>149</sup> Ross, *Diritto e Giustizia*, cit., pp. 72-73. Cfr. Cap. II par. 7.

<sup>150</sup> Il riferimento è in particolare alla concezione di Hayek. Waldron, “Il Rule of law e l’importanza della procedura” in *Rule of law. L’ideale della legalità*, cit. p. 382.

<sup>151</sup> Idem, p. 385.

attraverso i verbali e le motivazioni di udienza, sembrano più vicine alla cosiddetta concezione procedurale dello Stato di diritto, illustrata da Waldron, nella quale un ruolo centrale è rivestito dall'argomentazione giuridica. Si tratta di una visione che trova il suo fondamento nella possibilità per un soggetto che subisce una privazione o l'esercizio di un potere da parte dello Stato, di presentare argomenti giuridici in suo favore. Anche questa concezione si fonda sulla tutela della libertà, ma si tratta di un tipo di libertà diverso, più vicina al concetto di libertà positiva: una libertà di partecipazione attiva nell'amministrazione pubblica, e di "prendere parola" nel modo su cui si è governati<sup>152</sup>. In questo senso, i diritti procedurali, permettendo un confronto argomentativo sul piano giuridico all'interno del processo, rappresentano uno strumento di auto-affermazione per i soggetti coinvolti, connotando il processo non solo come l'esplicazione di un mero rapporto di potere ed esercizio della forza. D'altra parte, proprio tale circostanza ha indotto diversi studiosi a individuare nel giudiziario il contesto più adatto, nell'attuale società globalizzata, di rivendicazione dei diritti da parte di soggetti emarginati, caratterizzando l'accesso alla giustizia anche come un effettivo accesso alla cittadinanza. Ciò vale tanto più nel caso dei migranti, che si trovano esclusi di default dal processo democratico, non possedendo i diritti politici. Come osserva Seyla Benhabib a proposito della normativa sull'immigrazione, qualsiasi legge per quanto ritenuta "giusta", si presenta viziata dall'elemento essenziale dell'imporsi a dei soggetti esclusi per definizione dal processo democratico di formazione legislativa<sup>153</sup>. In tale contesto il giudizio si caratterizza come l'unico spazio democratico disponibile per i migranti, per influire sul proprio "governo". Mentre nel processo di formazione delle norme sull'accesso al territorio e alla cittadinanza i migranti sono necessariamente esclusi, è nel momento dell'espulsione, attraverso il controllo giurisdizionale che hanno un'opportunità di intervento rispetto a una situazione di totale soggezione al potere sovrano dello Stato. Non si tratta però di un esito scontato, perché, come visto, la funzione giurisdizionale mantiene intatta la

---

<sup>152</sup> Waldron, "Il Rule of law e l'importanza della procedura" in *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit., pp. 381-383.

<sup>153</sup> Benhabib, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, trad. it., Raffaello Cortina, Milano, 2006, p. 12.

sua dimensione coercitiva; e in assenza di un reale contraddittorio, l'aspetto di limite al potere esecutivo perde la sua sostanza così come il ruolo di emancipazione sociale della giustizia, riconfermando i rapporti di forza preesistenti nell'affermazione delle prerogative statali. L'ambivalenza fra queste due dimensioni può essere spiegata metaforicamente come una "danza" tra la giurisdizione e il suo oggetto di giudizio, come suggerisce Richard Ford. Nello scambio fra i "danzatori" il risultato non è mai definitivo e univoco, ma si concretizza nella pratica sociale fra i diversi "attori" coinvolti, che pur rispettando i propri "ruoli" formali, si adattano continuamente gli uni ai "passi" dell'altro<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> Ford, "Law's Territory. (A history of jurisdiction)", *Michigan Law Review*, Vol. 97, 4/1999pp. 856ss.

## Bibliografia

- Aas, K.F. “Bordered penalty: precarious membership and abnormal justice”, *Punishment & Society*, 16 (5), 2014, pp. 520-541.
- Acierno, M., “Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 150/2011?”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza* XIII, 04/2011, pp. 27-57.
- Agamben, G., *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.
- Agamben, G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- Bähr, O., *Der Rechtsstaat: eine publicistische Skizze*, Scientia, Aalen, 1961 (ried. 1864).
- Barak, A., *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Barberis, M., “Esiste il neocostituzionalismo?” in *Analisi e diritto*, 2011, pp. 11-30.
- Barret-Kriegel, B., *L'État et les esclaves*, Payot, Paris, 1989.
- Bartole, S., Conforti, B., Raimondi, G., “Art 13” in *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001.
- Bartole, S., De Sena, P., Zagrebelsky, V., “Art. 13”, in *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012
- Benhabib, S., *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, trad. it., Raffaello Cortina, Milano, 2006.
- Bernardini, M.G., Giolo, O., *Le teorie critiche del diritto*, Pacini, Pisa, 2017.
- Bessone, M., *Interpretazione e diritto giudiziale*, Giappichelli, Milano, 1999.
- Bifulco, R., voce “Costituzione” in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Pomarici, U., (a cura di), Giappichelli, Torino, 2007.



- Bobbio, N., “Mosca e il governo misto”, in *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Albertoni, E., (a cura di), Giuffrè, Milano, 1983.
- Bobbio, N., *Stato, Governo, società: per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1992.
- Bobbio, N., voce “Costituzionalismo” in *Dizionario di politica*, Bobbio N., Matteucci, N., Pasquino, G., (a cura di), UTET, Milano, 1992
- Bongiovanni G., “Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori” in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero e al diritto positivo*, Pino G. (a cura di), Schiavello, Villa, Giappichelli, Torino, 2013
- Bongiovanni, G., “Democrazia” in *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Barbera, A., (a cura di) Laterza, Roma-Bari, 1997.
- Bongiovanni, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- Bosniak, L., *The citizen and the alien. Dilemmas of contemporary membership*, Pinceton University Press, 2006.
- Bourdieu, P., “La force du droit (Eléments pour une sociologie du champ juridique). Eléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales Année*, 64, 1986, pp. 3-19.
- Branno, R., *Il giudice di pace: commento alla legge istitutiva N.374/91*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
- Calamandrei, P., *Processo e Democrazia*, Padova, Cedam, 1954.
- Campesi, G., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, Carocci, 2013.
- Cappelletti, M., “Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica”, *Il Foro Italiano*, Vol. 102, 1979, pp. 53-54.
- Cappelletti, M., *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, Giuffrè, Milano, 1984.

- Cappelletti, M., *The Florence Access-to-Justice Project*, Giuffrè & Sijthoff and Noordhoff, 1978-1979.
- Caputo, A., “La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri”, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2000, pp. 51-63.
- Caputo, A., Pepino, L., “Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull’immigrazione”, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2004, pp. 13-28.
- Cardozo, B.N., *The nature of the judicial process*, Yale University Press, New Haven, 1921.
- Carratta, A., “Processo camerale (dir. proc. civ.)” in *Enciclopedia del diritto Treccani*, Giuffrè, Milano, 2009.
- Carratta, A., *La tutela sommaria in Europa*, Jovene, Napoli, 2012.
- Carrè de Malberg, R.C., *La legge espressione della volontà generale*, trad. it., Giuffrè, Milano, 2008.
- Chalesworth, “Justices of the Peace”, in *The Oxford international encyclopedia of legal history*, Vol. 6, Katz, S.N., (a cura di), Oxford university press, Oxford, 2009.
- Chevallier, J., “Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1998, pp. 659-714.
- Chiarloni, S., “Il giudice di pace”, in *Digesto delle discipline Privatistiche*, IX, Torino, UTET, 1993.
- Cole, P., *Philosophies of exclusion: liberal political theory and immigration*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000.
- Comoglio, L.P., “Art. 24” voce in *Commentario alla Costituzione*, Branca, G., (a cura di), Zanichelli, Roma, 1981.
- Comoglio, L.P., “L’effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea” in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Taruffo, M., Varano, V., (a cura di), Giappichelli, Milano, 2001.

- Comoglio, L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970.
- Cortese, E., Ratti, G., Veglio, M., Vitrò, S., *Lo straniero e il giudice civile. Aspetti sostanziali e processuali del diritto dell'immigrazione*, Torino, UTET, 2014.
- Costa, P., *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- Costa, P., *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.
- Costa, P., Zolo, D., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- Cuono, M., *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- D'Avack, L., *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Giuffrè, Milano, 2000.
- Dalfino, D., "Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale", in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè vol. 68 n. 3, 2014, pp. 907-941.
- De Sousa Santos, B., "Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law", *Journal of Law and Society*, 1987, pp. 279-302.
- Dicey, A.V., *The law of the Constitution*, Mac Millian and Co., Londra, 1885.
- Diciotti, E., *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999.
- Dworkin, E., *I diritti presi sul serio*, trad.it, Il Mulino, Bologna, 1982.
- Dyzenhaus, D., "Austin, Hobbes, and Dicey", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 24(2), 2011, pp. 409-430.
- Fassò, G., *La legge della ragione*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Ferrajoli, L., "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2010, pp. 2771-2816.
- Ferrajoli, L., *Diritto e ragione*, Laterza, Bari, 1989.
- Ferrajoli, L., *La sovranità nel mondo moderno*, Anabasi, Milano, 1995.

- Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia vol. 1.*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- Ferrarese, M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- Fisher, N., *Le territoire de l'expulsion. La rétention administrative des étrangers et l'Etat de droit*, ENS Editions, Paris, 2017.
- Ford, J., "Law's Territory. (A history of jurisdiction)", *Michigan Law Review*, Vol. 97, 4/199, pp. 839-930.
- Frank, J., *Law and modern mind*, Brentano's publishers, New York, 1963 (ried. 1930).
- Fraser, N., *Scales of justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Polity Press, Cambridge, 2008.
- Garapon, A., *I custodi dei diritti*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1997.
- Garapon, A., *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano, 2012.
- Garland, D., *La cultura del controllo: crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004.
- Goldoni, M., "Montesquieu and the French Model of Separation of Powers" in *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, 4, (1), 2013, pp. 20-47.
- Grabenwarter, C., "Art. 13" in *European Convention on Human Right commentary*", Beck, C.H., Hart A., (a cura di), Nomos, 2014.
- Guild, E., *Security and migration in the 21st century*, Polity Press, Cambridge, 2009.
- Habermas, J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 1999.
- Hart, H.L.A., *Il concetto di diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1991.
- Hayek, F.V., *Legge, legislazione e libertà*, trad. it., Il Saggiatore, Milano, 1989.

- Heuschling, L., “Etat de droit” in *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Auby, J.B. (a cura di), Dalloz, Parigi, 2010.
- Heuschling, L., “Why Should Judges Be independent? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence” in *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Baranger, D., Ziegler, K., Bradley, A.V., (a cura di), Hart, Oxford, 2007.
- Heyman, J. M., “Trust, Privilege, and Discretion in the Governance of the US Borderlands with Mexico”, *Canadian Journal of Law and Society*, Volume 24, Number 3, 2009, pp. 367-390.
- Hobbes, T., *Leviatano*, trad. it., Fabbri, Milano, 1996.
- Jhering, R.V., *La lotta per il diritto*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 1960.
- Kanstrom, D., *Deportation Nation: Outsiders in American History*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2007.
- Kelsen, H., *Lineamenti di una dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1966.
- Kennedy, D., *A critic of adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- La Torre, M., *Il giudice, l’avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino Editore, 2002.
- Llewellyn, K. N., *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, Oceana Publication, New York, 1978 (ried. 1930).
- Luhmann, N., *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983.
- Luhmann, N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida Editori, Napoli, 1978.
- MacCormick, N., *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Macioce, F., “Undocumented migrants, vulnerability and strategies of inclusion: a philosophical perspective”, in *Constellations*, Wiley online library, 2018, pp. 87-100.
- Mandrioli, C., *Corso di diritto processuale civile. Vol. II.*, Giappichelli, Torino, 2013.

- Manzione, D., *Codice dell'Immigrazione e dell'asilo*, Giuffrè, Milano, 2018
- Marini, G., "Giustizia accessibile a tutti", in *Politica del diritto*, 11, IV, 1980, pp. 580-615.
- May, L., *Global justice and due process*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- Mazzaresse, T., *Neocostituzionalismo e Tutela sovranazionale dei diritti*, Giappichelli, Torino, 2002.
- McIlwain, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. Il Mulino, Bologna, 1990 (ried. 1947).
- Millard, E., "Alf Ross and Realist Conceptions of Legislation", *The Theory and Practice of Legislation*, 1:1, 2013, pp. 77-89.
- Mills, C.W., *The sociological imagination*, Oxford University Press, Oxford, 1959.
- Mindus, P., "Global harmony and the rule of law: an empirical analytic approach", paper from Proceedings to the 24th IVR World Congress, Thomas Bustamante & Oche Onazi, eds., 2011.
- Mindus, P., Cuono, M., "Verso una teoria del diritto per l'età delle migrazioni di massa. Una tipologia del potere arbitrario", in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2018/1, pp. 11-32.
- Mohl, R.V., *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Laupp, Tubinga, 1872.
- Morandi, N., Schiavone, G., "Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4/2015, pp. 84-116.
- Morozzo Della Rocca, P., *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli Editore, Roma, 2015.
- Mortati, C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.
- Orestano, R., "Azione (storia del problema)", in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1959.

- Orestano, R., *Azione, diritto soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- Palombella, G., “Il Rule of law. Argomenti di una teoria giuridica istituzionale”, in *Sociologia del diritto*, 2009, pp. 27-66.
- Passerin D’Entreves, A., *La dottrina dello stato*, Giappichelli, Torino, 2009.
- Pepino, L., “Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)”, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2000, pp. 11-25.
- Perelman, C., Olbercht-Tyteca, *Trattato dell’argomentazione*, trad. it., Einaudi, Torino, 1966.
- Perleman, C., *Logica giuridica. Nuova retorica*, trad. it., Giuffrè, Milano, 1979.
- Picardi, N., “Il Conciliatore”, *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, Giuffrè 1984, p. 1072 e ss.
- Pino, G., Villa, V., *Rule of law: l’ideale della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- Portinaro, P., *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Il Mulino, 2007.
- Rajaram, P.K., Grundy-Warr, C., “The Irregular Migrant as Homo Sacer: Migration and Detention in Australia, Malaysia, and Thailand”, in *International Migration*, 42, 2004, pp. 33-64.
- Ramji-Nogales, J. Schoenholtz, A.L., Schrag, P.,G. “Refugee roulette. Disparities in asylum adjudications”, *Stanford Law Review*, 2007, pp. 60-295.
- Raynaud, P., “La démocratie saisie par le droit”, *Dans Le Débat*, (n° 87), 5/1995 pp. 80-98.
- Raz, J., *The authority of law. Essays on law and morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- Ridolfi, G., *Rechtsstaat: percorsi nella cultura giuridica tedesca del 19. Secolo - Logon Didonai XVI*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.
- Rigo, E., *Europa di confine*, Meltemi, Roma, 2007.

- Ross, A., *Diritto e Giustizia*, trad.it. Einaudi, Torino, 1953.
- Sager, A., “Immigration Enforcement and Domination: An Indirect Argument for Much More Open Borders”, *Political research Quarterly*, 2016, pp. 42-54.
- Santoro, E., *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- Sarzotti, C., *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2007.
- Sassen, S. “Regulating immigration in a global age: a new political landscape”, *The annals of the American academy*, 2000, pp. 65-77.
- Sassen, S., *Territory, Authority, Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- Satta, S., “Giurisdizione” voce in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970.
- Satta, S., *Il mistero del processo*. Milano: Adelphi, 1994.
- Savio, G., “La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, vol. 3/4 2015, pp. 142-161.
- Scamuzzi, L., “Conciliatore e conciliazione giudiziaria”, in *Il Digesto Italiano*, VIII, parte prima, UTET, Torino, 1986.
- Schiavello, A. *Ripensare l’età dei diritti*, Mucchi Editore, Modena, 2016.
- Schiavello, A., “Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?”, *Diritto & Questioni pubbliche*, 3/2003, pp. 3-37.
- Schiavello, A., *Il positivismo giuridico dopo Herbert LA Hart. Un’introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004.
- Spina, A., “La crimmigration e l’espulsione dello straniero-massa” in *Materiali per una storia cultura della storia giuridica*, 2/2017, pp. 495-514.
- Spire, A., “L’asile au guichet. La dépolitisation du droit des étrangers par le travail bureaucratique”, *Le seuil, actes de la recherche en science sociales*, 2007/4 n. 169, pp. 4-21.



- Spire, A., Alpes, M.J., “Dealing with law in migration control: the powers of street-level bureaucrats at French consultaes”, *Social & Legal Studies*, Vol. 23,2, 2014, pp. 261-274.
- Tamanaha, B.Z., *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1980.
- Taruffo, M., *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Il Mulino, Bologna, 2002.
- Treves, R., “Una ricerca sociologica sull’amministrazione della giustizia in Italia”, *Rivista di Diritto Processuale*, II, 1965, pp. 231-255.
- Treves, R., *Giustizia e giudici nella società italiana*, Laterza, Bari, 1972.
- Trocker, N., “Dal “giusto processo” all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Rivista Trimestrale di diritto processuale civile*, vol. 1-2, Giuffrè, 2007, pp. 35-66 e 439-460.
- Tuzet, G., “A short note on digestive realism”, *Revus: J. Const. Theory & Phil. Law*, 25, 2015, pp. 11-14.
- Vallinder, T., “The judicialization of Politics: Meanings, Forms, Backgrounds, Prospects”, in *Festfrit tillagnad Hakan Stromberg*, Lund, 1992.
- Valverde, M., “Jurisdiction and scale: legal ‘technicalities’ as resources for theory”, *Social and legal studies*, 2009, pp. 139-157.
- Viola, F., *Il diritto come pratica sociale*, Jovene, Milano, 1990.
- Viola, F., *Rule of law: il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011.
- Viola, F., Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma, 1999.
- Virzi, “La logica dell’accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4/2015, pp. 117-141.

- Weber, L., Landman, T., “Deciding to detain. The organisational context for decisions to detain asylum seekers at UK ports”, in Criminal Justice, Borders and Citizenships research papers, 2002.
  - Weber, M., *Economia e società*, trad. it. Edizioni di comunità, 1981.
- 

*Ringrazio tutti i ricercatori che nel corso degli anni hanno lavorato nelle varie unità di ricerca e fatto crescere il progetto: “Osservatorio sulla giurisprudenza del Giudice di Pace”, che ha costituito il punto di partenza del mio percorso di ricerca. In particolare ringrazio il Dott. Carlo Caprioglio che ha svolto con me parte della raccolta dati presso il Tribunale di Roma.*

*Un ringraziamento necessario alla Presidenza della sezione XVIII civile del Tribunale di Roma e ai funzionari della cancelleria per la loro essenziale collaborazione durante la ricerca.*

*Ringrazio la Prof.ssa Patricia Mindus, per il suo fondamentale contributo scientifico nell’elaborazione della tesi e per la calorosa accoglienza durante il mio soggiorno presso l’Università di Uppsala.*