

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 1/2022

RIPARTO DI GIURISDIZIONE E IMMIGRAZIONE: NOTE CRITICHE SUL “NOMADISMO GIURISDIZIONALE”

di Giuseppe Tropea

***Abstract:** Il saggio è dedicato ai molteplici problemi che sussistono in tema di riparto di giurisdizione nell'ambito della tutela del migrante. Tali questioni, che riflettono problemi teorici più generali come quello dell'indegradabilità del diritto fondamentale o della distinzione tra atto discrezionale ed atto vincolato, condizionano la qualità e l'effettività della tutela del migrante, provocando ulteriore incertezza. Si ritiene che in tale contesto il giudice amministrativo debba recuperare un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisori e per l'ormai accettato principio di atipicità delle azioni dinanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura l'effettività della situazione giuridica del migrante.*

***Abstract:** The essay is addressed to the multiple problems that exist in terms of the division of jurisdiction in the area of migrant protection. These issues, that deal on a general level on theoretical problems such as the indegradability of the fundamental right or of the distinction between a discretionary act and a bound act, impact the quality and effectiveness of the migrant's protection, causing further uncertainty. We believe that in this context the administrative judge must play a fundamental role, not only for the complexity of his decision-making powers and for the principle of atypicality of the actions available prior to him, but mostly because of the peculiar capacity to investigate the intrinsic rationality of selective choices, which are those of a very demanding society but with limited economic resources and where the juridical situation of the migrant is assessed.*

RIPARTO DI GIURISDIZIONE E IMMIGRAZIONE: NOTE CRITICHE SUL “NOMADISMO GIURISDIZIONALE”

di Giuseppe Tropea*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il groviglio del riparto. – 3. Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento. – 4. (Segue) Il coordinamento delle giurisdizioni come problema di effettività e concentrazione della tutela. – 5. Il tema della incomprimibilità del diritto fondamentale. Premessa generale. – 6. (Segue) Nell’ambito specifico della tutela del migrante. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Esistono dei settori nei quali oggi si evidenzia uno strano paradosso: a fronte dell’urgenza della tutela di quelli che vengono pressoché unanimemente riconosciuti come diritti fondamentali¹, vi è una persistente incertezza quanto al giudice competente, specie dopo la nota presa di posizione della Corte costituzionale con la sentenza n. 140 del 2007 sulla compatibilità tra diritti fondamentali e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, incertezza da cui derivano serie lacune in termini di effettività e concentrazione della tutela (art. 7, co. 7, c.p.a.).

L’immigrazione rientra certamente fra i detti settori, assieme ad altri ambiti delicatissimi, quale quello relativo ai disabili, specie nel campo dell’istruzione.

In questo come in quel caso i suddetti problemi processuali spesso derivano da molteplici questioni irrisolte già a livello sostanziale, come il carattere discrezionale o vincolato dell’atto, la nozione di condotta discriminatoria, la crisi (e la *critica*) dell’età dei diritti², che va ripensata³, specie a fronte di un contesto giurisdizionale che – almeno dalla nota sentenza della Consulta n. 85 del 2013 sul caso Ilva – tende a rifuggire dall’idea di un diritto “tiranno” rispetto agli altri, come ha evidenziato in modo plastico la vicenda del Covid-19⁴.

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

1. Sia pure con approcci parzialmente diversi al tema. Si vedano, ad es., da un lato A. Ruggeri, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell’esperienza*, dall’altro G.U. Rescigno, *Migranti, stati, diritti umani*, entrambi in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, Atti dei Convegni di Siracusa, 4 maggio 2017 - Torino, 27 ottobre 2017, Torino, Edizioni Università degli Studi di Torino, 2017.

2. R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018.

3. A. Schiavello, *Ripensare l’età dei diritti*, Modena, Mucchi, 2016.

4. Si ricordi che il contenzioso relativo al Covid-19 ha portato il giudice amministrativo ad affermare *praeter legem* l’appellabilità del decreto cautelare monocratico «nei soli, limitatissimi, casi in cui l’effetto del decreto presidenziale del

Dal canto suo anche la filosofia contemporanea ha colto – a suo modo – tali aspetti, nella misura in cui ha genealogicamente evidenziato le insidie concettuali che si nascondono dietro la “sacertà” della persona⁵, e il fitto reticolato di poteri pastorali e disciplinari prima, neoliberali poi, che fanno muovere il meccanismo governamentale del potere⁶. Come si è cercato di argomentare in altra sede⁷, le frontiere costituiscono una variegata segmentazione, a livello sociale e spaziale, sul modello proposto da Deleuze e Guattari⁸, che va oltre la mera segmentazione binaria (cittadino/straniero, migrante economico/migrante forzato, etc.), e coinvolge il migrante (in particolare: il richiedente asilo) in una segmentazione lineare fatta di processi e “strutture di accoglienza”, secondo un potere che è anche biopolitico, nella misura in cui diviene prima disciplinare poi connotato da segmentarietà addirittura circolare, coinvolgendo operatori del terzo settore, Onlus, etc. La segmentazione della frontiera, in buona sostanza, si collega alla rinnovata attenzione verso la gestione amministrativa come cartina di tornasole euristicamente più appropriata a cogliere l’operare dell’istituzione non tanto sul piano della sovranità classica, quanto della regolazione e gestione di flussi umani, popolazioni⁹. L’aumento della popolazione per migrazione costituisce un evento critico, che pone prima di tutto un problema dinamico e complesso di organizzazione e di azione pubblica, ovvero di gestione amministrativa¹⁰.

Tar produrrebbe la definitiva e irreversibile perdita del preteso bene della vita, e che tale “bene della vita” corrisponda ad un diritto costituzionalmente tutelato dell’interessato» (cfr. ad es. Cons. St., sez. III, dec. 30 marzo 2020, n. 1553). Non è questa la sede per rilievi su tale giurisprudenza; sicuramente essa dà per ormai scontata la compatibilità tra diritti fondamentali e giurisdizione amministrativa.

5. G. Agamben, *Homo sacer I. Il potere sovrano e la nuda vita*, ora in Id., *Homo sacer (versione integrale, 1995-2005)*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 11 ss. Per una revisione critica L. Garofalo, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, Jovene, 2009.

6. M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005; Id., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005.

7. G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, in pubblicazione negli *Scritti in onore di M. Immordino*. Ovviamente non menziono in questa sede, perché sarebbe distonico rispetto agli scopi qui prefissati, la numerosa dottrina costituzionalista che continua meritoriamente a mettere al centro lo Stato costituzionale e i suoi progressivi successi anche in questo settore. Cfr. per tutti, da ultimo, A. Ruggeri, *Cittadini, immigrati e migranti al bivio tra distinzione e integrazione delle culture (note minime su una spinosa e ad oggi irrisolta questione)*, in www.dirittifondamentali.it, n. 3/2021, p. 393 ss. Prevengo così l’obiezione – che invero mi è già stata rivolta – sul fatto che questa impostazione dimentichi il resto della dottrina oltre che il ruolo dei diritti fondamentali tutelati a livello del diritto costituzionale. È fin troppo ovvio che l’impostazione sostenuta nel testo, che pone al centro la persistenza dello Stato amministrativo anche in questo campo, non sia del tutto allineata all’impostazione *mainstream*.

8. G. Deleuze-F. Guattari, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Paris, 1980, trad. it., *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Napoli-Salerno, Orthotes, 2017. Ci si riferisce, in particolare, al cap. 9, intitolato *Micropolitica e segmentarietà*, anche se gli autori tornano più volte nel testo su tali concetti. Sul migrante come simbolo della deterritorializzazione, della fluidità del passaggio, dell’ibridazione di identità, aspetti che mettono in crisi – o addirittura «smascherano» – lo Stato, v. D. Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, p. 20.

9. S. Zorzetto, *Funzione biopolitica delle frontiere nell’accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, in *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, VI, 12, 2016 (online).

10. F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 435 ss.

Sul versante più *mainstream* della filosofia analitica, appaiono convincenti i rilievi sulla inevitabile conflittualità fra diritti fondamentali, nonostante i tentativi di riduzione/eliminazione di tale conflitto¹¹. È stato osservato, in questo senso, che «non c'è alcuna gerarchia fra diritti e interessi perché entrambi non sono altro che tecniche apprestate dall'ordinamento per la tutela in forma specifica di beni della vita, i quali a loro volta sono l'esito, in modo più o meno prossimo, del bilanciamento di principi costituzionali. Alla luce del moderno costituzionalismo per principi non ha senso discorrere di incomprimibilità dei diritti fondamentali: anche gli interessi legittimi, in base allo specifico bilanciamento fra principi che presiede alla norma attributiva del potere, partecipano della tutela di posizioni soggettive riconducibili ai diritti fondamentali»¹².

Ciò nonostante, la situazione continua a presentarsi frastagliata e complessa.

La crisi della teoria dell'indegradabilità, a far data dalla nota sentenza n. 140/2007 della Corte costituzionale¹³, non è stata seguita dalla definitiva affermazione di una solida impostazione alternativa. Anche nel diritto dell'immigrazione ciò dà luogo a persistenti incertezze, e a un velato tentativo di resurrezione della preminenza del diritto fondamentale nell'individuazione del giudice o attraverso il recupero dell'antica tesi del riparto fondata sul carattere discrezionale o meno del provvedimento o attraverso la devoluzione a una sorta di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario fondata sulla tutela antidiscriminatoria, come si verifica nell'affine caso della tutela del disabile in ambito scolastico. Senonché sia l'opposizione discrezionalità/vincolatezza del potere sia il richiamo alla tutela antidiscriminatoria, come puntelli della declinante teoria del diritto indegradabile, costituiscono persistente fonte di incertezza e potenziale *vulnus* al principio di concentrazione delle tutele, corollario dell'effettività (art. 7, co. 7, c.p.a.).

In questa sede, dopo alcuni rilievi critici intorno alla politica legislativa in tema di riparto di giurisdizione sulle controversie relative alla frastagliata e complessa materia migratoria (§ 2), si valuteranno una serie di questioni di carattere ermeneutico inerenti invece il modo in cui le norme in materia sono state applicate (§§ 3, 4), per poi considerare più nello specifico la delicata questione dell'indegradabilità del diritto fondamentale, sia nei suoi risvolti teorici generali (§ 5) sia nell'ambito della tutela del migrante, con una serie di riflessioni conclusive critiche sul fenomeno del nomadismo giurisdizionale (§ 6).

11. Cfr., ad es., G. Pino, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2010, p. 287 ss.

12. G. Montedoro, E. Scoditti, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 2021, p. 13.

13. Sulla quale cfr. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 12/2020; M. Ramajoli, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 141 ss.

Come si vedrà, l'angolo visuale prescelto non è tanto quello, pur meritorio, dell'inquadramento di tali questioni secondo la chiave di lettura ormai classica dello Stato costituzionale, ma quello che teorizza una persistente – se non crescente – rilevanza anche in questo settore dello Stato amministrativo. Le ragioni di questa inedita prospettiva verranno illustrate nel corso dello scritto.

2. Il groviglio del riparto

Anche solo abbozzare un quadro generale risulta sconcertante¹⁴. Del resto, non è un caso che la prima pietra miliare in tema di riparto della giurisdizione in Italia risale alla nota decisione *Laurens* del 1891, quando a migrare eravamo noi italiani¹⁵.

Al giudice amministrativo vengono devoluti i provvedimenti sfavorevoli all'ingresso o alla permanenza dello straniero, compreso diniego di regolarizzazione del permesso di soggiorno.

Al giudice ordinario, invece, i provvedimenti connessi ad esigenze umanitarie o a tutela delle relazioni familiari, o in caso di discriminazione¹⁶. Quanto a quest'ultimo aspetto, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il giudice ordinario è giudice esclusivo della discriminazione, questo prima ancora dell'indicazione normativa, perché il diritto a non essere discriminati è un diritto fondamentale, tutelabile solo dal giudice dei diritti¹⁷. Alla luce di quanto rilevato sulla non incompatibilità fra diritto fondamentale e giurisdizione esclusiva, appare chiaro come in realtà è proprio la devoluzione espressa del legislatore (art. 44 d.lgs. 268/1998) al giudice ordinario che in tal caso prevale. Tuttavia, ciò non evita profili di concorrenza della giurisdizione, ad esempio nei casi in cui sussista un provvedimento amministrativo discriminatorio, vicenda nella quale lo straniero potrà chiederne l'annullamento al giudice amministrativo, che tende però a dichiararsi sfornito della giurisdizione con riguardo alle censure relative al carattere discriminatorio della condotta dell'amministrazione.

I provvedimenti espulsivi, se del prefetto, sono attribuiti al giudice ordinario; se invece vengono adottati dal Ministro, per ragioni di ordine e sicurezza pubblica (art. 13 TUI),

14. Per questo motivo, per ragioni di spazio e di concisione, in questa sede non verranno affrontati *funditus* altri ambiti, come: a) la giurisdizione in materia di accoglienza del richiedente asilo, attribuita al giudice amministrativo; b) le varie giurisdizioni differenziate per competenza (tra sezione specializzata del Tribunale ordinario e giudice di pace) in materia di trattenimento e di espulsione; c) quelle del Tribunale per i minorenni che riguardano pure l'autorizzazione al soggiorno in deroga ai familiari adulti nei casi indicati nell'art. 31, comma 3 TUI. Per un approfondimento su questi punti si rinvia a G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera-A. Rauti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 674 ss.

15. Lo ricorda R. Cavallo Perin, *Migrazioni, diritti dell'uomo e circolazione tra ordinamenti giuridici*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 137.

16. L'azione prevista dall'art. 44 TUI è stata poi rivista e sostituita dall'art. 28 d.lgs. 150/2011.

17. Cass. civ., SU, 30 marzo 2011, n. 7186 e Id., 15 febbraio 2011, n. 3670.

ovvero di prevenzione dal terrorismo (l. n. 155/2005), spettano al giudice amministrativo, e vengono devoluti alla competenza funzionale del Tar Lazio (art. 135 c.p.a.).

D'altra parte, sono attribuite ancora al giudice ordinario, in particolare alle sezioni specializzate del Tribunale ordinario aventi sede nel capoluogo in cui ha sede la Corte d'appello, le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari per motivi imperativi di pubblica sicurezza e per gli altri motivi di pubblica sicurezza di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 30/2007 (art. 3, co. 1, lett. b), d.l. n. 13/2017). Viceversa, quando si tratta di provvedimenti di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato o per motivi di ordine pubblico, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, come prevede l'art. 22, co. 1, d.lgs. n. 30/2017. Tale distinzione appare non sempre agevole, e comporta evidenti difficoltà applicative in sede di riparto.

Con riferimento ai giudizi di convalida delle misure di esecuzione dell'allontanamento la giurisdizione del giudice ordinario si può considerare *in re ipsa*, nella misura in cui essi si ritengono coperti dalla riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, co. 3, Cost., anche se ciò non è stato inizialmente scontato ed è stato necessario l'intervento della Consulta¹⁸. Peraltro, qui il fondamento della giurisdizione ordinaria viene ravvisato nella natura di diritto soggettivo della libertà personale, senza che rilevi in contrario la discrezionalità insita nella possibilità di scegliere tra le diverse modalità esecutive¹⁹.

Quanto ai respingimenti, di cui all'art. 10 TUI, in origine mancava una previsione normativa espressa sulla giurisdizione.

La questione è piuttosto interessante, perché mostra come, soprattutto in questi casi, i criteri elaborati dalla giurisprudenza si rivelino piuttosto opinabili e di incerta applicazione. Nel silenzio della legge, la materia era considerata originariamente attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo, sia per il carattere autoritativo del provvedimento che per la ritenuta natura eccezionale dell'art. 13, co. 8, TUI²⁰, senonché in seguito la Cassazione ha smentito tale interpretazione, muovendo dalla qualificazione della situazione giuridica soggettiva incisa dal respingimento in termini di diritto soggettivo²¹.

Invero, dopo la sentenza monito della Corte costituzionale n. 275/2017, con la quale nonostante l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza si è preannunciata una

18. Si v. Corte cost., sent. n. 105/2001 e sent. n. 222/2004.

19. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 572.

20. Cons. St., sez. I, 4 febbraio 2011, n. 571.

21. Cass. civ., SU, ord. 10 giugno 2013, n. 14502. In dottrina v. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 553; M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in www.federalismi.it, n. 5/2018, p. 6.

dichiarazione di incostituzionalità in mancanza di innovazioni normative²², il d.l. n. 113/2018 ha introdotto un nuovo co. 2-*bis* all'art. 10 TUI, disponendo di fatto la giurisdizione del giudice di pace per la convalida del respingimento disposto dal questore (applicandosi al caso di specie le procedure di convalida previste dall'art. 13, co. 5-*bis*, 5-*ter*, 7 e 8).

Altra incertezza aleggia nell'ambito della concessione della cittadinanza. Qui la giurisprudenza²³, fondandosi sul criterio di riparto del *petitum* sostanziale, afferma che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (nella composizione delle sezioni specializzate in materia di protezione internazionale dei Tribunali, di cui all'art. 3, co. 2, d.l. 13/2017, come modificato dalla l. 46/2017) i casi relativi all'acquisto della cittadinanza *iure sanguinis* e per matrimonio (artt. 1 e 5 l. 91/1992), mentre rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo i casi in cui si manifesta il potere discrezionale dell'amministrazione, come ad esempio la concessione di cittadinanza per naturalizzazione.

Tutte queste vicende, e altre ancora che considereremo in seguito, mostrano come il tema del riparto di giurisdizione sulla tutela dei migranti sconti una serie di persistenti incertezze di ordine più generale, sulle quali mi soffermerò in breve qui di seguito. Non toccherò invece, se non quando strettamente necessario, altre delicate questioni processuali, come quelle relative alla competenza del giudice e al rito previsto²⁴.

3. Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento

La prima questione che si intende porre è quella del riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero. Essa rifluisce nell'ambito del più ampio tema della natura della situazione giuridica soggettiva di quest'ultimo, e fa da sfondo, come si dirà, al connesso problema del coordinamento tra le diverse forme di tutela.

22. Cfr. S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2019, p. 201 ss.

23. Cfr., ad es., Trib. Brescia, ord. 7 gennaio 2019; Tar Lazio, sez. III, 18 marzo 2019, n. 3556; Tar Toscana, sez. II, 9 gennaio 2019, n. 25.

24. Si pensi alla situazione del richiedente asilo, per il quale il d.l. n. 13/2017 ha introdotto talune novità per accelerare il contenzioso in caso di impugnazione delle decisioni della Commissione territoriale sul riconoscimento della protezione: l'adozione del rito camerale, la sostituzione dell'audizione del richiedente con la sua videoregistrazione presso la Commissione territoriale, l'eliminazione della impugnabilità della decisione, ricorribile solo in Cassazione per motivi di legittimità. Basti qui ribadire come si tratti di misure che nel complesso incidono fortemente sui diritti di difesa della persona. *Amplius* sul tema: G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. p. 683 ss.

Si ha a che fare con una pluralità di criteri diversi senza una base unitaria e convincente²⁵.

Taluni hanno proposto la discutibile distinzione fra migrante volontario (o economico) e migrante involontario. Essa non avrebbe carattere meramente descrittivo, ma inciderebbe sulla stessa posizione giuridica dello straniero e sulla tutela giurisdizionale a lui assicurata nel nostro ordinamento²⁶, in quanto è precipuamente al migrante volontario che, nelle sue linee essenziali, si applica la disciplina del TUI relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia, mentre al migrante involontario si applica la disciplina dettata dal d.lgs. n. 251/2007, relativamente ai rifugiati e alle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, dal d.lgs. n. 25/2008, quanto alle procedure relative al riconoscimento e alla revoca dello *status* di rifugiato, e dal d.lgs. n. 142/2015, quanto alle misure di accoglienza destinate ai richiedenti asilo²⁷.

Invero, anche ai fini del riparto di giurisdizione la distinzione tra migrante volontario (o economico) e migrante involontario appare opinabile. Innanzitutto, perché volontario è anche l'asilante, il familiare, lo studente. Inoltre, essa non trova adeguato fondamento giuridico, mentre resta rilevante la distinzione legata alle posizioni giuridiche soggettive incise: tra interessi legittimi e diritti soggettivi (libertà personale, diritto all'unità familiare, diritto di asilo, libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE, *status* di apolide, *status* di cittadino).

Al netto del dato normativo, nei casi di persistente incertezza o di mancata disciplina i criteri proposti dalla giurisprudenza sono, come detto, piuttosto eterogenei: il carattere discrezionale o vincolato del provvedimento lesivo, la natura di diritto soggettivo o interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva dello straniero, la qualificazione dei diritti di quest'ultimo come "indegradabili".

Si tratta, tuttavia, di criteri che prestano il fianco a critiche.

Alla prima tesi, ad esempio, si è obiettato da un lato che la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste anche su casi di attività amministrativa vincolata, dall'altro che la giurisdizione ordinaria si ha, talvolta, su provvedimenti pienamente discrezionali²⁸.

Neanche la seconda impostazione è del tutto appagante. In base ad essa, infatti, si dovrebbe ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie relative ad autorizzazioni (visto d'ingresso, permesso di soggiorno) ed alle espulsioni

25. Si tratta di una constatazione diffusa in letteratura. Cfr. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592; M. Interlandi, *Fenomeni immigratori tra potere amministrativo ed effettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 89; M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 4.

26. M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione*, cit., p. 4.

27. Sul punto v. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli status di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2/2017, p. 393 ss.

28. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 579.

ministeriali, in quanti attinenti interessi legittimi, mentre tutte le altre (ingresso e soggiorno per motivi di protezione internazionale o di unità familiare, espulsioni prefettizie, respingimenti, misure di esecuzione dell'allontanamento, comportamenti discriminatori) dovrebbero essere coerentemente devolute al giudice ordinario, in quanto attinenti diritti soggettivi. Senonché, in molti casi in cui si prospetta la sussistenza di diritti soggettivi (es. unità della famiglia, protezione umanitaria), la legge prevede poteri amministrativi idonei a ridurne o limitarne la portata, sì da poter far ritenere che in tali casi si abbiano piuttosto questioni sulla legittimità degli atti di esercizio del potere, conoscibili generalmente dal giudice amministrativo²⁹.

Né persuade fino in fondo che, con riguardo all'espulsione, la situazione giuridica soggettiva dello straniero possa cambiare a seconda dell'autorità procedente, spettando al giudice amministrativo l'espulsione ministeriale e al giudice ordinario quella prefettizia³⁰. Peraltro la giurisdizione spetta oggi al giudice amministrativo, in particolare alla competenza funzionale del Tar Lazio ai sensi dell'art. 135, co. 1, lett. l) c.p.a., nel caso di allontanamento, per motivi di ordine pubblico e sicurezza, di cittadini comunitari o dei loro familiari, con ulteriore complicazione della materia³¹. Invece spetta al giudice ordinario, sezioni specializzate, la giurisdizione sulle controversie concernenti gli altri provvedimenti di allontanamento per motivi di sicurezza pubblica.

Infine, posto che in molti casi di diritti "estinti" o "ridotti" dal potere la giurisdizione è stata affidata al giudice ordinario, anche qui in apparente contrasto alla teoria della *causa*

29. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 583.

30. M. Interlandi, *Fenomeni immigratori*, cit., p. 92.

31. A questo proposito la giurisprudenza ha precisato, anche antecedentemente al c.p.a. del 2010, che «trattandosi di atto che è rimesso all'organo di vertice del Ministero dell'interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa. Alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà» (Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88). Nel testo attuale l'art. 20 d.lgs. n. 30/2007 prevede che il diritto di ingresso e soggiorno dei cittadini dell'Unione o dei loro familiari, qualsiasi sia la loro cittadinanza, possa essere limitato con apposito provvedimento solo per motivi di: sicurezza dello Stato, motivi imperativi di pubblica sicurezza, altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. L'art. 22 d.lgs. n. 30/2007 già aveva previsto che avverso il provvedimento di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato di cui all'art. 20, co. 1 e 2, e per motivi di ordine pubblico, potesse essere presentato ricorso al Tar Lazio, sede di Roma.

petendi o del *petitum* sostanziale, si è prospettata la tesi dei “diritti indegradabili”, che però è molto controversa in dottrina³² e non ha ricevuto l’avallo della Corte costituzionale³³.

Nessuno dei sopra indicati criteri, quindi, consente di spiegare in modo coerente e unitario le scelte del legislatore³⁴.

Si è di recente proposto di ricostruire il sistema rilevando che al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali questi, nel valutare il corretto o meno esercizio di un potere pubblico, è chiamato a sindacare, oltre che la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, inteso a regolare l’ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale per limitati periodi o l’ottenimento di uno *status* a tempo indeterminato (quello di lungo soggiornante UE, ai sensi dell’art. 9 TUI, o, addirittura, di cittadino), in presenza di determinati requisiti, predisposti dal legislatore, o nella valutazione di situazioni anche non tipizzate, affidate alla discrezionalità amministrativa, che rivelino la pericolosità della sua presenza per l’ordine pubblico o la sicurezza nazionale³⁵.

Le controversie affidate al giudice ordinario si connoterebbero, invece, perché la valutazione circa la correttezza del potere esercitato, imprescindibile anche in molte di tali controversie, incide *direttamente* su tali situazioni fondamentali (i permessi di soggiorno per motivi familiari, le condotte discriminatorie a danno dello straniero di cui all’art. 43 TUI, i respingimenti e le espulsioni e, in generale, tutte le misure limitative della libertà dello straniero, la posizione dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, i permessi per motivi umanitari³⁶, la posizione giuridica soggettiva dei cittadini UE), e per questo l’incisione diretta, da parte del provvedimento, radica la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti. In entrambi i casi, pur essendo diverso il punto di partenza e la prospettiva di lettura, il risultato, sul piano effettuale e, soprattutto, della tutela giurisdizionale, non sarebbe diverso, poiché si perverrebbe comunque all’esito di rimuovere

32. Cfr., sul tema, N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la “relativizzazione” dell’inviolabilità*, Pisa, Pisa University Press, 2013; più di recente, L. Galli, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, p. 978 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

33. Cfr. Corte cost., sent. n. 140/2007; sent. n. 35/2010. Con la sentenza Cass., SU, 28 dicembre 2007, n. 27187, in tema di provvedimenti emessi dal Commissario straordinario di governo per l’emergenza rifiuti in Campania, la Cassazione si è uniformata all’impostazione della Consulta.

34. S. D’Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592.

35. M. Nocelli, *Il diritto dell’immigrazione*, cit., p. 13.

36. Con d.l. n. 113/2018, come noto, la protezione umanitaria è stata sostituita da dettagliate ipotesi di «speciali permessi di soggiorno temporanei» che nelle intenzioni del legislatore sarebbero *tassative*. Corte cost. n. 194/2019 ha dichiarato inammissibile la questione relativa a tale previsione, ritenendo fra l’altro che il legislatore fosse intervenuto sull’istituto della protezione umanitaria, senza incidere sulla protezione dovuta in base agli obblighi europei e internazionali. Infine, il più recente d.l. n. 130 del 2020 (art. 1, co. 1, lett. a)) ha esplicitato nel Testo unico che in ogni caso la possibilità di rifiutare o revocare il permesso di soggiorno incontra un limite nel «rispetto degli obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano», disponendo per alcune tipologie di permessi di soggiorno (tra cui quello per protezione speciale e per calamità) la convertibilità in permessi di lavoro (art. 1, co. 1, lett. b)).

l'effetto pregiudizievole dell'atto nei confronti del soggetto leso, rientrando nella discrezionalità del legislatore, come la Corte costituzionale ha più volte affermato, "dosare" le tecniche di tutela tra l'una e l'altra giurisdizione e nell'una o nell'altra giurisdizione³⁷.

Tale spiegazione del criterio di riparto non risolve i molteplici problemi in campo. Semmai conduce ad un'altra delicata operazione: verificare se il riparto di giurisdizione, seppure mancante di una ferma base teorica, sia quantomeno legittimo proprio dal punto di vista costituzionale³⁸.

In tal senso non è sufficiente il richiamo appena fatto alla giurisprudenza della Consulta sulla discrezionalità legislativa in merito ai criteri di riparto, entrando in gioco altre variabili, in quanto tale devoluzione va misurata alla stregua dell'effettività di tutela che viene in concreto assicurata dal giudice competente. Ed infatti, dall'analisi della giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale in tema di *translatio iudicii*³⁹ è possibile trarre un filo conduttore comune: esse sono giunte alla medesima conclusione, seppure per strade diverse, traendo le loro argomentazioni dal principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. e da una precisa concezione di questo. Non è più tanto la scelta della pluralità dei giudici ad essere contrastata, quanto l'idea che questa implichi incomunicabilità e separazione, risolvendosi in un'inaccettabile diminuzione della tutela. I principi di effettività e certezza della tutela giurisdizionale impongono una lettura del rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo non in termini di separazione, ma in termini di specialità tra giudici appartenenti allo stesso ordine⁴⁰.

Altrettanto espressamente la Corte costituzionale ha riconosciuto allo straniero, anche se irregolare o clandestino, il pieno esercizio del diritto di difesa con riferimento alla garanzia del contraddittorio, all'assistenza linguistica, al gratuito patrocinio, al reingresso in Italia per partecipare al processo penale, ai giudizi di convalida relativi ai provvedimenti espulsivi ed alle relative modalità di esecuzione⁴¹. Quanto, più in generale, alla tutela giurisdizionale, ha riconosciuto che «il diritto a un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano

37. V. Corte cost., sent. n. 275/2001 e ord. n. 414/2001.

38. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592.

39. Si tratta delle note sentenze Cass. civ., SU, 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte cost., n. 77/2007, che hanno ricevuto numerosi commenti. V. ad es. R. Oriani, *È possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1013; G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2007, p. 796.

40. Per tale rilievo, sia consentito il rinvio a G. Tropea, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela del migrante*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 887. Più di recente G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, cit., spec. p. 680 ss. In generale, per un tentativo di dimostrare tale relazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, e la persistente attualità di quest'ultimo, sia consentito il rinvio a G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1 ss.

41. G. Sorrenti, *Giusto processo (e diritto di difesa)*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., p. 205 ss.

legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale»⁴².

Sotto questo aspetto si pongono due problemi fondamentali, tra loro peraltro strettamente connessi: *a*) la legittimità costituzionale della devoluzione al giudice ordinario di poteri costitutivi (sentenze di annullamento, revoca, modifica, etc.), che rischierebbero di determinare il superamento del c.d. limite esterno, *ab antiquo* preservato dall'art. 4 della l. n. 2248/1865 (abolitiva del contenzioso amministrativo: l.a.c.); *b*) la conformità a Costituzione di un sistema che, non garantendo adeguate forme di coordinamento fra le due giurisdizioni, arreca spesso un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale se e in quanto declinato nel senso della concentrazione delle tutele (arg. *ex art.* 7, co. 7, c.p.a.).

Il primo profilo non sarà affrontato *funditus* in questa sede: esso piuttosto riguarda gli ambiti di riconosciuta competenza del giudice ordinario, chiamando direttamente in causa la questione della c.d. “giurisdizione piena” di quest’ultimo⁴³. Qui, se è vero che l’art. 113, co. 3, Cost., ha determinato il superamento della riserva di amministrazione contemplata dall’art. 4 l.a.c., prevedendo la possibilità per il legislatore di affidare al giudice ordinario il potere di annullare atti amministrativi, è altresì vero che in taluni casi, fra i quali proprio la disciplina della tutela del migrante, tale *espressa* devoluzione non sempre si è avuta⁴⁴, con quanto ne deriva in termini di problematico rispetto della riserva di legge in materia. Sicché per raggiungere l’obiettivo di una tutela piena ed effettiva appare inoltre opportuno che il superamento dei limiti della giurisdizione ordinaria nei confronti del potere amministrativo sia dotato di un esplicito fondamento legislativo, in ossequio alla riserva di legge contenuta all’art. 113, co. 3, Cost.⁴⁵.

Sul secondo profilo, relativo al coordinamento delle tutele, è il caso di dedicare un breve approfondimento.

42. Corte cost., sent. n. 198/2000, la cui centralità è sottolineata, fra gli altri, da A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AIC, *Annuario 2009*, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, p. 338.

43. Cfr. sul tema F. Figorilli, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

44. Con le debite eccezioni. Si consideri l’ordinanza che accoglie il ricorso in opposizione contro il diniego del nulla-osta al ricongiungimento familiare, la quale può disporre il rilascio del visto anche in assenza del nulla-osta (art. 20, co. 3, d.lgs. n. 150/2011), e il decreto contro il provvedimento di diniego della protezione internazionale, nel quale il giudice riconosce al ricorrente lo *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria (art. 35-*bis*, co. 13, d.lgs. n. 25/2008).

45. Così, da ultimo, S. D’Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 609, con richiamo a F. Figorilli, *Giurisdizione piena*, cit., p. 325.

4. (Segue) Il coordinamento delle giurisdizioni come problema di effettività e concentrazione della tutela

Si è parlato, sul punto, di sistema “a *matrioska*”. Si pensi al seguente caso emblematico: il provvedimento finale del trattenimento presso i CIE (oggi, dopo il d.l. n. 17/2017, i Centri di permanenza per il rimpatrio, CPR) presuppone il provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera, che a sua volta presuppone il provvedimento di espulsione, che a sua volta presuppone un decreto amministrativo che ha negato, revocato o annullato il titolo legittimante il soggiorno dello straniero sul territorio italiano. Il cortocircuito nasce dalla prescelta ripartizione della competenza giurisdizionale: sul decreto alla base dell’edificio si pronuncia il giudice amministrativo, su tutti gli altri provvedimenti il giudice di pace⁴⁶. Con il risultato che la legittimità delle modalità esecutive dell’allontanamento viene accertata molto prima della legittimità circa il diniego o la revoca del permesso di soggiorno (magari disapplicato *incidenter tantum* ad opera del giudice di pace), con inevitabili problemi di coordinamento tra le due giurisdizioni. Si hanno così due circuiti a due velocità, «proceduralmente indipendenti l’uno dall’altro, ma consecutivamente e consequenzialmente tutti incidenti sulla libertà dello straniero»⁴⁷.

Si è posto il problema se il giudice ordinario, adito con il ricorso avverso il decreto di espulsione dello straniero emesso dal prefetto, abbia o meno la possibilità di sindacare incidentalmente, e quindi di disapplicare, l’atto amministrativo presupposto. Ovvero se sia almeno possibile l’impiego dell’istituto della sospensione del giudizio civile, in attesa dell’esito di quello amministrativo, *ex art. 295 c.p.c.*⁴⁸.

Un restrittivo, e tuttora maggioritario, orientamento della Cassazione ritiene «non consentito al giudice dell’opposizione all’espulsione sindacare *incidenter tantum* la legittimità di un atto assunto a premessa della stessa espulsione»⁴⁹.

In genere la giurisprudenza fa leva sui seguenti passaggi argomentativi:

a) il giudizio relativo al permesso di soggiorno riguarda interessi legittimi, in quanto il provvedimento impugnato esprime esercizio di discrezionalità amministrativa; il giudizio avverso l’espulsione sottende invece diritti soggettivi, in quanto è in gioco non solo la libertà di circolazione ma anche la libertà personale;

b) l’espulsione rappresenta un’attività vincolata della pubblica amministrazione, esercitabile nei casi tassativamente previsti dalla legge;

c) i due giudizi riguarderebbero piani giuridici distinti e il giudicato amministrativo comporterebbe solo effetti materiali sull’espulsione ma non ne costituirebbe l’antecedente

46. Per un’analisi dei limitati poteri del giudice di pace in tali ambiti, cfr. M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 261 ss.

47. A. Pugiotto, «*Purché se ne vadano*», cit., p. 376.

48. Sul tema v. più approfonditamente G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 888 ss.

49. Cass. civ., SU, 16 ottobre 2006, nn. 22217 e 22221.

logico-giuridico. L'atto di espulsione produce effetti che durano nel tempo, e su tali effetti soltanto avrà efficacia la decisione dei giudici amministrativi in ordine al permesso, consentendo all'espulso, in caso di esito positivo del suo ricorso, di domandare nuovamente il permesso stesso e chiedere la revoca dell'espulsione e comunque rientrare in Italia prima del termine finale di divieto posto dalla legge;

d) il giudice ordinario deve limitarsi ad attestare l'esistenza della revoca (o comunque del diniego o dell'annullamento del titolo di soggiorno), posto che questa, in via immediata, e quand'anche penda ricorso innanzi al giudice amministrativo sulla sua legittimità, ha fatto venir meno il diritto dello straniero a trattenersi in Italia. Il giudice ordinario non potrebbe quindi sindacare né disapplicare l'atto presupposto, sottoposto alla cognizione del Tar, ed ignorare i limiti del proprio sindacato, attestati sulla presenza di una condizione legittima ed efficace di inesistenza in capo allo straniero di alcun titolo di soggiorno;

e) da qui l'esclusione di qualsiasi rapporto di pregiudizialità del processo amministrativo⁵⁰ rispetto a quello pendente innanzi al giudice ordinario e avente ad oggetto la verifica della legittimità dell'espulsione; da qui, anche, la non configurabilità della sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*

Tale indirizzo giurisprudenziale ha fatto parlare di «giudice notaio», e di una giurisprudenza che trascura la portata della storica sentenza n. 105/2001 della Corte costituzionale, la quale ha invece affermato che il controllo giurisdizionale sull'espulsione e sul trattenimento deve essere «pieno, e non un riscontro meramente esteriore», in quanto afferisce a misure incidenti sulla libertà personale dello straniero⁵¹.

Peraltro, sempre la Consulta⁵² ritiene non incostituzionale la devoluzione al giudice ordinario dei provvedimenti espulsivi del prefetto in quanto ne riconosce la piena giurisdizione, senonché in concreto non è stato spesso così nei rapporti fra disapplicazione del previo provvedimento questorile (es. diniego di rinnovo del permesso di soggiorno) e conseguente espulsione prefettizia.

Sulla spinta di tali indicazioni le Sezioni unite, investite di un ricorso con cui la prefettura lamentava che il giudice ordinario – chiamato a decidere della legittimità del decreto di espulsione, avendo conosciuto, attraverso il sindacato sull'archiviazione dell'istanza di regolarizzazione, del provvedimento con il quale si era concluso il procedimento di rilascio del permesso di soggiorno – avesse superato i limiti della propria giurisdizione invadendo la sfera riservata al giudice amministrativo, hanno così statuito:

50. Sul tema, da ultimo, G.A. Primerano, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2018.

51. Sia consentito il rinvio a G. Tropea, *Homo sacer?*, cit., p. 889.

52. Corte cost., ord. n. 414/2001.

«ben può il giudice adito, chiamato a pronunciarsi su un ricorso proposto avverso un atto amministrativo che investa diritti soggettivi, sindacare in via incidentale l'atto che costituisca presupposto dell'atto impugnato, senza che ciò comporti il superamento dei limiti della sua giurisdizione»⁵³. Peraltro, un indirizzo minoritario consente invece al ricorrente di chiedere la sospensione del giudizio civile nelle more di quello amministrativo⁵⁴.

Senonché tale orientamento non è condiviso dalla giurisprudenza più recente, che ribadisce la preclusione per il giudice di pace di valutare la legittimità del provvedimento del questore, che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno, ovvero abbia negato il rinnovo⁵⁵.

La dottrina maggioritaria contesta tale indirizzo restrittivo.

È importante che il giudice ordinario possa conoscere incidentalmente, ai fini della disapplicazione, la eventuale illegittimità dell'atto presupposto⁵⁶, tanto più se si esclude la pregiudizialità e dunque la possibilità di sospendere il giudizio civile nelle more di quello amministrativo⁵⁷. L'esame della giurisprudenza costituzionale evidenzia il ruolo centrale che nella disciplina della materia svolge il principio di effettività della tutela giurisdizionale. A ben guardare, l'orientamento della Cassazione non pare in linea neanche con la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha riconosciuto la stretta connessione giuridica esistente tra l'accertamento dell'irregolarità del soggiorno e l'adozione di una decisione di rimpatrio⁵⁸.

Il problema è più ampio, e riguarda i limiti di un percorso argomentativo più generale della Cassazione, caratterizzato da un nuovo arretramento della giurisdizione civile ove entri in gioco un atto amministrativo⁵⁹. Trattasi di un orientamento che contrasta sia coi casi di vertenze fra privati sia con casi di vertenze fra privato e amministrazione in cui si ammette con ampiezza la disapplicazione (es. sanzioni amministrative di cui alla l. 689/1981 e oggi al d.lgs. 150/2011). In questo modo, di fatto, il giudice ordinario finisce per superare la

53. Cass. civ., SU, 18 ottobre 2005, n. 20125.

54. Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7867.

55. Cass. civ., SU, 13 luglio 2015, n. 14610, sez. VI, 22 giugno 2016, n. 12976, sez. II, 10 settembre 2020, n. 18788.

56. Cfr. N. Zorzella, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in questa *Rivista.*, n. 4.2006, p. 27 ss.; Id., *Il diritto di difesa dello straniero nel rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio ordinario. Commento alle recenti pronunce della Corte di cassazione*, *ivi*, 1.2001, p. 71 ss.; L. Gili, *Ancora sul diritto di difesa dello straniero, nel rapporto tra il giudizio ordinario e quello amministrativo*, *ivi*, 2.2001, p. 28 ss.; P.L. Di Bari, *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino*, *ivi*, 1.2002, p. 101 ss.

57. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 602.

58. D. Strazzari, *Access to Justice, e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, in *Dir. cost.*, n. 3/2018, p. 170, con richiamo a CGUE, 5 novembre 2014, C-166/13, *Mukarubega*.

59. A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 3 ss.

prospettiva che assegnava all'istituto della disapplicazione una rilevanza attinente i limiti interni della giurisdizione, e ricostruisce la figura "in negativo" rispetto all'ampiezza della giurisdizione amministrativa. Al contrario il vincolo che deriva al giudice ordinario dall'atto amministrativo dovrebbe essere subordinato all'osservanza del principio di legittimità amministrativa.

Anche per questi motivi, merita adesione l'orientamento che ammette la disapplicazione del giudice ordinario dell'atto presupposto. Questo sia per argomenti che riguardano nello specifico il potere di disapplicazione del giudice ordinario, sia per la già rilevata ragione che fa leva sulla compatibilità costituzionale di un sistema di doppia giurisdizione che garantisca l'effettività del diritto di difesa, in quanto le due giurisdizioni possano "comunicare" tra loro proprio attraverso l'esercizio del potere di disapplicazione. Si tratta di un modello che, nella misura in cui persegue una riduzione delle interferenze fra giurisdizioni, perde seccamente in termini di completezza e generalità della giurisdizione civile sui diritti soggettivi.

Si ricorda che la Corte costituzionale, investita, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., di una questione di legittimità costituzionale nella parte in cui il TUI del 1998 non devolve ad un unico giudice (segnatamente, al giudice amministrativo), le controversie relative al soggiorno degli stranieri in Italia, con ord. n. 414/2001 ha significativamente rilevato che, «dovendosi escludere l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata, il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione davanti al giudice ordinario, che avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo del permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena, ovviamente se ritualmente adita».

Peraltro, tali criticità solo in parte possono oggi essere aggiornate e riviste alla luce del caso *Shalabayeva*⁶⁰, in esito al quale nel 2014 si affida al giudice di pace anche il sindacato della manifesta illegittimità dell'atto presupposto del trattenimento dello straniero espulso o respinto, nel giudizio di convalida del trattenimento⁶¹. Ciò in quanto questa pronuncia non riguarda propriamente il caso che si sta considerando (atto presupposto di rifiuto, revoca o annullamento del permesso di soggiorno e successivo provvedimento di espulsione), ma la fattispecie relativa alla sindacabilità da parte del giudice della convalida del provvedimento presupposto (l'espulsione).

In via subordinata, almeno il limite relativo alla sospensione del processo andrebbe rivisitato.

60. Per un aggiornamento sulla vicenda, anche con riguardo ai suoi profili penalistici, v. L. Ricci, A. Vallini, *L'affaire Shalabayeva, ovvero l'espulsione come paravento ad una extraordinary rendition. Profili penali*, in questa *Rivista*, n. 3.2021, p. 248 ss.

61. Cfr. Cass. civ., sez. VI, 30 luglio 2014, n. 17407, ove si ha un'interessante apertura circa la possibilità per il giudice di pace di rilevare la manifesta illegittimità del provvedimento espulsivo.

Si è detto, infatti, che in questi casi è ragionevole ammettere che, quando sia stata proposta una impugnazione avanti al giudice amministrativo, il coordinamento dei giudizi richiede in linea di principio l'applicazione dell'istituto della sospensione del processo civile; soluzione questa rispettosa delle prerogative di entrambe le giurisdizioni e da escludere solo nei casi in cui ciò è espressamente previsto, come nel caso di rito del lavoro *ex art. 63, co. 2, d.lgs. 165/2001*, la cui *ratio* è quella di privilegiare la celerità nella definizione della causa civile⁶². L'istituto della sospensione del processo, così, viene rivitalizzato a garanzia di un giusto processo che esige – per quanto possibile – verità processuale⁶³, da assicurarsi nei casi in cui le “ragioni” del riparto non consentano la decisione in capo ad un unico organo giudicante⁶⁴.

5. Il tema della incomprimibilità del diritto fondamentale. Premessa generale

Declinato in generale, il tema del riparto in caso di diritti fondamentali è molto ampio e va quindi in questa sede necessariamente circoscritto. Ci si potrebbe chiedere, in tal senso, se si tratta di un problema di aggiornamento del criterio costituzionale di riparto. E se quindi vada convogliato in quel filone di riflessione che ne auspica il superamento, o in chiave di abolizione del giudice amministrativo o in chiave di ridefinizione del suo ambito di giurisdizione⁶⁵.

Sorge però il dubbio che il tema sia più ampio. Possiamo dire senza troppi giri di parole che la categoria nasce da una duplice preoccupazione, sia di tipo processuale che sostanziale. Quella di ordine sostanziale è così compendiabile: che il “contatto” con il potere comporti una *deminutio* dell'effettività della tutela, rendendo il diritto suscettibile di bilanciamento e quindi di compressione/sacrificio. Quella processuale, invece, suona così: che la transizione verso il g.a. determini un secco impoverimento delle tutele. La tradizionale risposta a questa preoccupazione ha portato in giurisprudenza alla tesi della indegradabilità dei diritti fondamentali. Indegradabilità che però presuppone di fatto l'implicita adesione alla teoria della degradazione, cioè del “contatto” con il potere come fenomeno di corruzione/impovertimento, non come percorso di attuazione/svolgimento della situazione soggettiva attiva.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 140/2007, pronunciata sulla giurisdizione esclusiva, ha smentito la tenuta teorica della categoria dei diritti fondamentali come “super

62. A. Travi, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, cit., p. 18.

63. Cfr., da ultimo, V. Berlingò, *Fatto e giudizio. Parità delle parti e obbligo di chiarificazione nel processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

64. E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 144.

65. Cfr. G. Tropea, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, cit., *passim*.

diritti” sottratti all’incontro/scontro con il potere. Ma le parole della Corte non hanno fatto tramontare le resistenze e il retaggio della indegradabilità ha continuato a serpeggiare.

Basti considerare due emblematici sintomi di ciò, presenti anche nel contenzioso in tema di immigrazione.

Da un lato quell’approccio ermeneutico volto a negare l’esistenza del potere a fronte di fattispecie vincolate. Si sposta qui il piano del discorso sulle caratteristiche del potere. Emblematico il caso delle scelte della scuola post PEI in materia di assistenza ai disabili⁶⁶. In questo modo di fatto il diritto fondamentale all’istruzione viene comunque sottratto all’incontro con il potere e quindi alla giurisdizione del g.a., con una serie di conseguenze di non agevole giustificabilità.

Al g.o. resta riservato, infatti, il segmento meno delicato della fattispecie, quello post Piano educativo individualizzato, mentre il segmento ante PEI, quello delle scelte educative maggiormente connesso al diritto istruzione, resta al giudice amministrativo⁶⁷. Sul piano teorico la tesi appare perplessa, nella misura in cui sottovaluta l’effetto costitutivo proprio anche dei poteri vincolati. Infine anche sul piano pratico, tale impostazione ci immette nel circuito delle difficoltà di capire quando davvero c’è vincolo che sterilizza ogni discrezionalità e rischia di far entrare l’interprete in un ginepraio contrassegnato da grande soggettivismo.

Dall’altra parte ci imbattiamo spesso in norme *ad hoc* che in certi ambiti consegnano al g.o. la tutela antidiscriminatoria, con la procedura prevista ai sensi del d.lgs. 150/2011. Quasi una sorta di giurisdizione esclusiva del g.o., in cui la materia devoluta sarebbe la discriminazione. Oltre all’appena cennato tema dell’assistenza ai disabili⁶⁸, abbiamo proprio quello qui trattato del contenzioso in materia di immigrazione. E anche qui la soluzione appare impegnativa, come vedremo meglio fra poco.

Sul piano pratico tale profilo implica frammentazione della tutela, *vulnus* ancora al principio di effettività, e incertezza, in quanto molto dipende da come viene formulata la domanda in giudizio dall’attore.

66. A far data dal 2014 le Sezioni unite della Cassazione superano radicalmente il proprio precedente indirizzo interpretativo, riconoscendo un vero e proprio diritto soggettivo dello studente portatore di handicap ad un supporto didattico adeguato. La nota pronuncia n. 25011 del 2014 afferma infatti che «il diritto all’istruzione è parte integrante del riconoscimento e della garanzia dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella pari dignità sociale che consente il pieno sviluppo e l’inclusione della persona umana con disabilità».

67. Sulla base della impostazione della Cassazione indicata nella nota precedente, si ripartisce la medesima materia controversa tra le due giurisdizioni: se restano affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI), vengono invece attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le liti insorte dopo che il piano è stato adottato e relative alla sua attuazione concreta. Una volta redatto il piano educativo individualizzato, cesserebbe il potere discrezionale dell’amministrazione e sorgerebbe in capo al minore disabile il diritto «già pienamente conformato» al servizio di sostegno così come configurato dal piano.

68. Ove si richiama il caso della discriminazione indiretta, vietata dall’art. 2, co. 3, della l. n. 67/2006.

Peraltro, come vedremo, molto spesso il ruolo del g.o. che si vorrebbe valorizzare è in realtà minimo e meramente accessorio, proprio in termini di tutela erogata. Ma anche sul piano teorico, siamo sicuri che la discriminazione possa funzionare come criterio per materia volto all'individuazione del giudice? Al contrario, esso pare più correttamente da inquadrare come mero risvolto empirico di un cattivo uso del potere organizzatorio/selettivo con riguardo a prestazioni che spesso toccano il servizio pubblico. Stiamo quindi considerando una controversia che rientri nell'ampio novero della nozione di servizio pubblico, devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 c.p.a., e che può esserlo – ormai – anche ove siano in gioco diritti fondamentali. Solo una malintesa, e antica, riproposizione della teorica ormai superata della teoria dell'indegradabilità del diritto da parte del potere⁶⁹ fa restare ancorati molti interpreti all'idea che in questi casi non sia in alcun modo configurabile discrezionalità amministrativa quanto piuttosto una discriminazione illegittima perché non prevista dalla legge ma creata dall'amministrazione.

In buona sostanza tutti questi tentativi hanno dei limiti, sono fragili e anacronistici, e forse il vero banco di prova è rappresentato dal confronto con il dato di realtà. Confronto che impone di chiederci: l'incontro con il potere, è un pericolo o un'opportunità?

Non sembra un pericolo sul piano dello strumentario delle tutele erogate dal g.a., sempre più sofisticato e emancipato dall'egemonia della tutela demolitoria, come ha detto sempre Corte cost. n. 140/2007.

Inoltre, appare addirittura un'opportunità sul fronte delle possibilità di esercizio dei diritti in questione. I diritti, quanto più sono fondamentali, paradossalmente tanto più sono condizionati.

Su almeno due fronti. Quello organizzativo: in uno Stato a prestazioni sociali, molto spesso c'è diritto effettivo se ci sono adeguate scelte organizzative e idonee procedure, frutto di esercizio del potere⁷⁰. Emblematico il caso *Englaro*: dopo che la Cassazione aveva riconosciuto che diritto alla salute è anche diritto alla interruzione delle cure, il diritto alla salute è stato declinato in una veste particolare quando il giudice amministrativo ha annullato il diniego dell'ospedale di individuare una struttura e un percorso procedurale per

69. Sul fatto che la tesi dell'indegradabilità del diritto sia il risvolto logico giuridico di quella della degradazione, v. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 12/2020, p. 182.

70. Anche nel diritto dell'immigrazione l'effettività di tali diritti si misura nell'esercizio delle funzioni amministrative di programmazione, accoglienza e rimpatrio, sovente nell'ambito spesso negletto, ma delicatissimo, della regolazione dei confini. In tal senso M. Savino, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 123. In generale, sulla rilevanza della questione organizzativa con riferimento ai diritti fondamentali v., da ultimo, i contributi presenti nel numero 1/2021 della Rivista *PA – Persona e Amministrazione*.

gestire la cessazione delle cure⁷¹. Quello economico: nel settore delle prestazioni, il diritto alla salute è, come noto, settore di “scelte tragiche”⁷². Il tema della limitazione delle risorse economiche costringe all’esercizio di un potere di discernimento, che garantisce il diritto fondamentale di esistere, sia pure nell’ambito della cd. riserva del possibile.

In questa prospettiva il dato sostanziale si coniuga con quello processuale: il g.a. ha un ruolo chiave nel sorvegliare che il potere di selezione sia esercitato seguendo criteri razionali e ragionevoli, scongiurando le illegittime disparità di trattamento, che altro non sono che la variante lessicale del concetto, forse più accattivante ma meno plastico, di discriminazione.

6. (Segue) Nell’ambito specifico della tutela del migrante

Una serie di perplessità deriva pure dal modo in cui anche in questo settore è stata declinata la teoria dei diritti incomprimibili o indegradabili.

Qui bisogna distinguere i casi in cui vi siano forme di giurisdizione “esclusiva” del giudice ordinario, locuzione qui usata in termine assolutamente atecnico e nella piena consapevolezza della disputa generale sul punto, e i casi in cui il legislatore taccia.

Come si è notato, una vicenda di silenzio legislativo ha riguardato la questione dei respingimenti differiti. Qui, dopo una prima linea giurisprudenziale volta a ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, si è imposta la tesi della Cassazione,

71. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214, secondo la quale: «Sulla questione dianzi indicata sussiste, senza alcun dubbio, la giurisdizione *ratione materiae* di questo Tribunale ai sensi dell’art. 33 d.lgs. n. 80/1998. Difatti, la valutazione della Amministrazione regionale, nella qualità di soggetto titolare della funzione amministrativa di organizzazione del Servizio pubblico sanitario regionale, avente ad oggetto l’identificazione dei compiti allo stesso pertinenti, si inserisce in una fase del rapporto amministrativo attinente al momento prettamente organizzativo del servizio pubblico, concretatesi nello svolgimento del potere ad esso assegnato. Nessun rilievo, sul punto, può avere qualsivoglia considerazione sul formante di diritto soggettivo ovvero sul rango costituzionale della posizione soggettiva dedotta, dal momento che, in tema di diritti fondamentali tutelati dalla Carta costituzionale, ove si versi nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva (come, per l’appunto, in caso di servizio pubblico), compete ai giudici naturali della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica la cognizione delle relative controversie in ordine alla sussistenza dei diritti vantati ed al contemperamento degli stessi in rapporto all’interesse generale pubblico sempreché, beninteso, la loro incisione sia dedotta come effetto di una manifestazione di volontà o di un comportamento materiale espressione di poteri autoritativi di cui si denunci la contrarietà alla legge (cfr. Cass., SU, 28 dicembre 2007, n. 27187). Nessun principio e norma, infatti, riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti (Corte cost., 27 aprile 2007 n. 140). Invero, gli argomenti della difesa regionale dedicati alla nullità dell’atto rimandano alla teoretica del carattere incomprimibile dei diritti fondamentali che, all’unisono, il diritto positivo ed il pensiero giuridico non ritengono più valido criterio discriminante gli ordini giurisdizionali ove il riparto sia fissato dal legislatore per materie, unicamente rilevando, in quest’ultimo caso, che la pubblica amministrazione si contrapponga all’individuo nella sua veste di autorità (Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204). Il giudice amministrativo, in definitiva, detiene nella presente vicenda tutti i poteri idonei ad assicurare piena tutela, per equivalente o in forma specifica, alla lesione dei diritti fondamentali asseritamene sofferta in dipendenza dell’illegittimo esercizio del potere pubblico».

72. Si allude al noto lavoro di G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*, trad. it., Milano, Giuffrè, 2006, tornato in auge con la drammatica vicenda del Covid-19, su cui v. l’intervista di R.G. Conti a P. Bobbit, *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 17 maggio 2020.

che ritiene sussistente la giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di diritto costituzionalmente garantito.

Emblematico caso di espressa previsione normativa è invece quello della tutela antidiscriminatoria, ai sensi dell'art. 44 TUI.

In caso di mancata previsione devolutiva della giurisdizione continuare a sostenere la giurisdizione del giudice ordinario appare anacronistico. Per effetto di questa regola di riparto la realtà italiana è unica ed isolata in Europa, dove spesso i provvedimenti in materia di respingimenti vengono sindacati, in tempi brevissimi⁷³ dai giudici amministrativi⁷⁴. Come si è già rilevato, la sussistenza di poteri conferiti dalla legge alla pubblica amministrazione, anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un diritto fondamentale, trova conferma nel riconoscimento, ad opera della Corte costituzionale, della idoneità del giudice amministrativo «ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa». Non vi è «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario escludendone il giudice amministrativo la tutela dei diritti costituzionalmente protetti»⁷⁵. Peraltro, lo stesso giudice del riparto talvolta riconosce la compatibilità della figura dei diritti costituzionalmente tutelati con la giurisdizione amministrativa. In una vicenda relativa a un diritto inviolabile quale la libertà religiosa, le Sezioni unite⁷⁶ affermano che la controversia avente ad oggetto la contestazione della legittimità dell'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, e successive modificazioni, venendo in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che, attuativi di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità.

È anche per questa ragione che la Cassazione, nel caso del respingimento alla frontiera dello straniero, per rafforzare le proprie argomentazioni a sostegno della giurisdizione del giudice ordinario, abbina alla teoria dei diritti incompressibili quella, altrettanto perplessa, relativa all'attività meramente vincolata dell'amministrazione. La controversia avverso il provvedimento di respingimento alla frontiera dello straniero che chieda la protezione di cui all'art. 10 Cost. ricade nella giurisdizione del giudice ordinario anche perché il relativo provvedimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, essendo rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte

73. G. Tulumello, *Il riparto di giurisdizione in tema di immigrazione*, in *Questione giustizia*, 23 luglio 2013.

74. Sull'esperienza francese, si veda l'indagine di B. Even, *Les mutations du contentieux administratif des étrangers*, in *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, 2009.

75. Sent. n. 140/2007.

76. Ord. 10 luglio 2006, n. 15614.

dell'amministrazione, all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge e a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale⁷⁷. Come si è detto sopra, peraltro, oggi questa giurisprudenza trova il crisma della positivizzazione alla luce del d.l. n. 113/2018, a sua volta intervenuto sul punto dopo la severa sentenza monito della Consulta n. 275/2017.

Una simile commistione di criteri è rinvenibile con riguardo allo *status* di rifugiato e al diritto di asilo: «il diritto alla protezione umanitaria ha, alla pari del diritto allo “*status*” di rifugiato e al diritto costituzionale di asilo, consistenza di diritto soggettivo, da annoverare tra i diritti umani fondamentali, come tali dotati di un grado di tutela assoluta e non degradabili ad interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere rimesso solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione, nell'esercizio di una discrezionalità tecnica»⁷⁸.

Il tema meriterebbe una trattazione a parte.

In questa sede interessa maggiormente evidenziare i tratti di Stato amministrativo che emergono anche nella fase della tutela. Lo Stato amministrativo (in senso *organizzativo*) è lo Stato nel quale le autorità amministrative non solo governano e amministrano, ma pongono regole di comportamento e giudicano intorno alla loro applicazione. Inoltre (in senso *funzionale*) è lo Stato in cui anche legislazione e giurisdizione si trasformano in amministrazione: la legge e la sentenza perdono la loro funzione tipica e divengono anch'esse misure amministrative⁷⁹.

Orbene un primo intreccio amministrazione/giudice lo troviamo sin dal momento della presentazione della domanda di asilo, che va inoltrata all'ufficio di polizia di frontiera o alla questura. Quel che spesso si verifica è che la questura rifiuta la verbalizzazione sulla base della dichiarata insussistenza dei requisiti. Tale prassi appare illegittima in quanto invade le competenze delle Commissioni territoriali e in questo senso ha portato spesso il giudice ordinario a ordinare in via cautelare la verbalizzazione, sulla base di un affermato diritto soggettivo dell'aspirante.

77. Fra le prime Cass., SU, 26 maggio 1997, n. 4674, più di recente Cass., SU, 17 giugno 2013, n. 15115; Cass., SU, 13 novembre 2019, n. 29459. Si reputa comunemente che da un sistema in cui per lungo tempo è rimasto centrale il TULPS del 1931 e il l'infra-diritto delle circolari amministrative (cui si accompagna la coppia concettuale discrezionalità/interesse legittimo), grazie all'art. 10 della Costituzione e alla Convenzione di Ginevra del 1951 ci sarebbe stato un ribaltamento di modello. Cfr., da ultimo, S. Tuccillo, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 124.

78. Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 23 dicembre 2019, n. 3064; id., 16 settembre, n. 2202; Tar Toscana, sez. II, 21 marzo 2019, n. 402; Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 1 marzo 2019, n. 209; Tar Piemonte, sez. I, 16 agosto 2017, n. 1019; Cons. St., sez. III, 23 maggio 2017, n. 2412; cfr. anche Cass. SU 29 gennaio 2019, n. 2441; id., 19 dicembre 2018, n. 32774; id., 27 novembre 2018, n. 30658; Tar Brescia, n. 15/2021.

79. M. Nigro, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986., p. 479.

Si ritiene infatti che la posizione del richiedente asilo sia qualificabile come diritto soggettivo perfetto e che la pronuncia sul riconoscimento del diritto di asilo sia di stampo dichiarativo e non costitutivo, con le conseguenze del caso sulla giurisdizione del giudice ordinario⁸⁰. Sicché si reputa che da un sistema in cui per lungo tempo è rimasto centrale il TULPS del 1931 e il l'infra-diritto delle circolari amministrative⁸¹ (cui si accompagna la coppia concettuale discrezionalità/interesse legittimo), grazie all'art. 10 della Costituzione e alla Convenzione di Ginevra del 1951 ci sarebbe stato un ribaltamento di modello⁸².

A me pare che tale impostazione *mainstream* vada in parte rettificata.

Senza disconoscere i meriti del giudice ordinario, e semmai criticando sul punto i recenti interventi legislativi che toccando il rito limitando fortemente le tutele dello straniero⁸³, preme qui insistere sulla necessità di superare la “retorica dei diritti umani” anche in questo settore⁸⁴. Si deve infatti considerare il problema in una chiave più ampia, sia perché la presenza – anche sul piano delle fonti – di uno Stato amministrativo non viene affatto meno, sia perché alla prospettiva dei diritti e delle libertà fondamentali va affiancata quella legata a valori meta-individuali pur sempre sussistenti, come la coesione e la sicurezza delle collettività locali e nazionali.

Esistono poi ambiti che intercettano talune materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come nei casi del welfare locale nel settore⁸⁵: si pensi al tema dei finanziamenti pubblici in materia di accoglienza dei richiedenti asilo e alla loro eventuale revoca. Qui, evidentemente, entra in gioco un ulteriore fattore di complicazione, connesso al

80. Fra le prime fra le prime Cass., SU, 26 maggio 1997, n. 4674, più di recente la già citata Cass., SU, 13 novembre 2019, n. 29459.

81. Sul punto sia consentito il rinvio a G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, cit.

82. S. Tuccillo, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, cit., p. 124.

83. C'è da considerare, in estrema sintesi, che il d.l. n. 13/2017 ha introdotto talune novità per accelerare il contenzioso in caso di impugnazione delle decisioni della Commissione territoriale sul riconoscimento della protezione: l'adozione del rito camerale, la sostituzione dell'audizione del richiedente con la sua videoregistrazione presso la Commissione territoriale, l'eliminazione della impugnabilità della decisione, ricorribile solo in Cassazione per motivi di legittimità. Inutile qui ribadire come si tratti di misure che nel complesso incidono fortemente sui diritti di difesa della persona. Cfr. *amplius* G. Tropea, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. p. 683 ss.

84. M. Savino, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, cit., p. 123; in generale v. R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

85. Cfr. M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, n. 19/2014, p. 2 ss.; AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. le voci dedicate all'*Abitazione* (di E. Vivaldi), all'*Assistenza* (di E. Longo), all'*Istruzione* (di L. Ronchetti), al *Lavoro subordinato* (di L. Calafà), alla *Previdenza* (di W. Chiaromonte e M.D. Ferrara), alla *Salute* (di F. Biondi Dal Monte). Sull'effettività dei diritti sociali dei migranti e sul ruolo centrale delle amministrazioni sul punto v. anche M. Immordino, L. Giani, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 74 ss.

se far ricadere nel modello privatistico o meno gli accordi fra amministrazioni propedeutici al finanziamento stesso⁸⁶.

Peraltro, come detto, lo schema diritto soggettivo/giudice ordinario viene spesso rafforzato, in punto di decisione sulla giurisdizione, dall'equivoco criterio del richiamo all'attività vincolata e di mero accertamento di fatti svolta in questi casi dell'amministrazione.

Orbene, non solo la tesi dei diritti incomprimibili ma anche quella della discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione appare controvertibile. Vi sono una serie di riferimenti di diritto positivo (art. 21-*octies* legge 241/1990, art. 31, co. 3, c.p.a.) che attestano un collegamento tra giurisdizione amministrativa e provvedimenti vincolati. Per non parlare delle condivisibili tesi dottrinali che, nella ricostruzione del rapporto fra norma e amministrazione o della nozione di potere, attribuiscono ai provvedimenti vincolati valore costitutivo degli effetti ed espressione del potere amministrativo⁸⁷.

Impostazioni di questo genere finiscono per superare la stessa mancanza di una disposizione specifica nella quale possa essere fatta rientrare *ex art. 133 c.p.a.* una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e avanzano oggi una radicale critica alla vigente tassonomia di giurisdizioni del giudice amministrativo di cui all'art. 7 c.p.a.⁸⁸, magari prefigurando una giurisdizione amministrativa, anche di legittimità, *ratione materiae* in caso di rapporti di diritto pubblico⁸⁹ e magari parlando di interessi legittimi fondamentali o costituzionali⁹⁰.

Nel caso della tutela antidiscriminatoria, invece, abbiamo una situazione che può essere definita, riprendendo quanto osservato in relazione all'affine questione della tutela del disabile nella scuola, paradossale per un "eccesso" di tutela giurisdizionale⁹¹.

Anche nel caso dei disabili, infatti, ove pure sussiste la legge n. 67/2006 che devolve le ipotesi di discriminazione diretta e indiretta al giudice ordinario, al richiamo alla teoria dei diritti indegradabili si accompagna spesso quella relativo all'atto vincolato, finendo ciò per ingenerare però ulteriori confusioni, anche perché non è chiaro se il giudice della giurisdizione si fondi sulla devoluzione normativa al giudice ordinario, sulla base della *causa*

86. Nel senso della giurisdizione amministrativa Cons. St., sez. III, 28 maggio 2020, n. 3375, con nota di M. Calabrò, *Revoca finanziamenti pubblici per la realizzazione di progetti di accoglienza di rifugiati e richiedenti asilo: la giurisdizione è del giudice amministrativo*, in www.giustiziainsieme.it, 17 giugno 2020.

87. Cfr. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 ss.; F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in www.federalismi.it, n. 7/2017.

88. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, cit.

89. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 gennaio 2020.

90. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit.

91. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 275 ss.

petendi dedotta dall'interessato, ovvero se faccia appunto ricorso al diverso, e anche contraddittorio⁹², criterio della sussistenza/insussistenza del potere discrezionale. Sicché a far data dal 2014 le Sezioni unite della Cassazione riconoscono un vero e proprio diritto soggettivo dello studente portatore di handicap ad un supporto didattico adeguato. La pronuncia n. 25011 del 2014 afferma infatti che «il diritto all'istruzione è parte integrante del riconoscimento e della garanzia dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella pari dignità sociale che consente il pieno sviluppo e l'inclusione della persona umana con disabilità». E d'altra parte si ripartisce la medesima materia controversa tra le due giurisdizioni: se restano affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI), vengono invece attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le liti insorte dopo che il piano è stato adottato e relative alla sua attuazione concreta. Non stupisce che tale incerta impostazione non abbia convinto il giudice amministrativo, il quale ha affermato chiaramente che la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali non sono estranee all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa «nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine»⁹³.

Una simile serie di problemi si ripropone per la tutela antidiscriminatoria in materia di immigrazione.

Si ritiene che il giudice ordinario sia, innanzitutto, il giudice che assicura la tutela contro il divieto di discriminazioni anche quando la pubblica amministrazione ha attuato la discriminazione in relazione a prestazioni rispetto alle quali il privato non fruisce di una posizione di diritto soggettivo. In presenza di una procedura di stabilizzazione che potrebbe essere scrutinata dal giudice amministrativo, quando l'esclusione di un candidato avvenga sulla base di una norma del bando discriminatoria con riguardo alla nazionalità, la controversia deve essere esaminata dal giudice ordinario in quanto attinente alla violazione dei diritti fondamentali⁹⁴.

A prevalere in questa esegesi è ancora la teoria dei diritti incompressibili, poiché l'art. 44 d.lgs. n. 286/1998 in realtà dispone che «quando il *comportamento* di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria

92. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, cit., *passim*.

93. Cons. St., Ad. plen. n. 7/2016.

94. Cass., SU, 30 marzo 2011, n. 7086.

ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione».

In questo modo le Sezioni unite e la giurisprudenza di merito⁹⁵ fanno discendere dalla suddetta normativa un diritto soggettivo assoluto ed indegradabile all'antidiscriminazione, così da ritenere che qualsiasi provvedimento amministrativo che neghi un'utilità allo straniero (la stabilizzazione contrattuale, il bonus bebè, ecc.) debba degradare a comportamento illecito, con conseguente riespansione dell'originaria posizione di diritto soggettivo e radicamento della giurisdizione ordinaria.

Ad avviso di chi scrive va invece superata l'idea di un astratto diritto fondamentale all'antidiscriminazione, sganciata dalla distinzione tra comportamenti discriminatori (riconducibili nell'alveo della giurisdizione ordinaria) e provvedimenti discriminatori (impugnabili innanzi al giudice amministrativo)⁹⁶; proprio alla luce di tale assunto, seguendo la logica della Cassazione, si giungerebbe, ad esempio, a ricondurre irragionevolmente nell'alveo della giurisdizione ordinaria anche l'impugnazione di un bando discriminatorio⁹⁷. Anche il principio di uguaglianza non vive nel nostro ordinamento sempre come un diritto soggettivo; in realtà anche il principio di uguaglianza e la relativa pretesa antidiscriminatoria possono assumere la consistenza di interessi legittimi costituzionali⁹⁸.

Inoltre, si delinea il medesimo problema della tutela dei disabili: la possibilità che la tutela antidiscriminatoria sia concorrente, in base a non meglio specificati criteri aggiuntivi (es. atto vincolato/atto discrezionale), con la tutela dinanzi al giudice amministrativo, specie se la questione ricada potenzialmente in una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si pensi a una questione⁹⁹ in cui dapprima si è adito il Tar Lombardia¹⁰⁰, per l'annullamento di un'ordinanza sindacale con la quale si vietava lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico o aperto al pubblico in lingua diversa da quella italiana, poi si chiedeva al giudice ordinario la cessazione del comportamento discriminatorio del Comune. A tale complicato assetto corrisponde anche una ripartizione delle azioni esperibili e dei motivi di ricorso adducibili: dianzi al giudice amministrativo si chiedeva l'annullamento dell'ordinanza e questo veniva concesso per vizio di incompetenza del sindaco nell'adottare l'atto in

95. Cfr. Tribunale Roma, sez. II, 28.1.2019, n. 798.

96. Cfr. F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017, p. 1 ss.

97. Cass., SU, 20 aprile 2016 n. 7951.

98. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, cit., p. 195.

99. Richiamata da L. Galli, *Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in www.diritto.it, 2017.

100. Tar Lombardia, Brescia, 15 gennaio 2010, n. 19.

questione, mentre il Tar si dichiarava sfornito di giurisdizione sulla condotta discriminatoria. Il Tribunale di Brescia¹⁰¹, invece, fornito di giurisdizione sulla condotta discriminatoria, si limitava – dopo il pressoché satisfattivo annullamento del Tar – a ordinare la misura aggiuntiva della pubblicazione a spese del Comune della sentenza, al fine di stigmatizzare la condotta dell’ente.

Più di recente, in una vicenda non dissimile il Tar dichiara la nullità di un atto per difetto assoluto di attribuzione per violazione del riparto di competenze *ex art. 117 Cost.* (in tema di ordinanza contingibile e urgente limitante la possibilità di collocamento nel territorio comunale di migranti), ma al contempo ritiene che il tema antidiscriminatorio andrebbe affrontato dal giudice ordinario, considerato fornito di tutti i poteri per una piena tutela. E che effettivamente sia così lo dimostrano varie vicende, come ad esempio quella relativa al bonus bebè originariamente concesso ai soli cittadini italiani e per questo giudicato discriminatorio dal giudice ordinario, che ha quindi condannato il Comune a reintrodurre la misura in questione e a concederla a tutta la popolazione comunale, per quanto l’amministrazione giustificasse detta revoca sulla base dell’insostenibilità economica di un’elargizione così allargata.

Taluni ritengono su questa base che l’effettività della tutela possa dirsi sussistente¹⁰², nonostante il fatto che resti ripartita fra due ordini giurisdizionali; e tuttavia, come si è detto, l’effettività si estrinseca anche nella concentrazione delle tutele (art. 7, co. 7, c.p.a.).

7. Conclusioni

Tutto mi pare militi a favore di una unificazione delle tutele del migrante presso un’unica giurisdizione, che allo stato sarebbe preferibile fosse quella del giudice amministrativo. Viceversa, la concentrazione dinanzi al giudice ordinario richiederebbe un incisivo e globale intervento del legislatore anche sui limiti interni di tale giurisdizione, ovvero sulle azioni esperibili e i relativi poteri del giudice.

Dal punto di vista sostanziale non regge più la teoria dei diritti incompressibili o indegradabili, anche alla luce di una più generale consapevolezza della compatibilità – positiva e teorica – tra diritto soggettivo, organizzazione servizi pubblici e attività amministrativa: la controversia di diritto pubblico implica, così, la riconfigurazione di un dinamico interesse legittimo *fondamentale* o *costituzionale*, più in linea con le società pluralistiche e multiculturali e i loro ordinamenti, nei quali il conflitto e il bilanciamento fra diritti e diritti, e fra diritti e interessi, è la regola. Quanto al diritto dell’immigrazione, questa esigenza si traduce in una condivisibile prospettiva di superamento della retorica

101. Tribunale di Brescia, 29 gennaio 2010, n. 71.

102. L. Galli, *Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, cit.

“universalista” che pervade la letteratura sul tema: l’assolutezza dei diritti umani e il mero approccio antidiscriminatorio, infatti, non tengono in debito conto della multiforme dimensione amministrativa del conflitto¹⁰³, come emerge in questioni nodali anche sul tema della tutela quali la regolazione del confine¹⁰⁴.

In questo modo si potrebbe pure evitare di invocare *de iure condendo* l’inserimento di una materia di giurisdizione esclusiva in tema di tutela del migrante nell’art. 133 c.p.a., o andare volta a volta a cercare in quella disposizione materie che possano incrociare il contenzioso, come il potere sindacale di ordinanza o il servizio pubblico.

Correlativamente, anche la distinzione fra atto discrezionale e atto vincolato perde forza euristica nella definizione della giurisdizione: il suo fascino, da tempo minoritario in dottrina, a maggior ragione deve attenuarsi in giurisprudenza, presso la quale invece persiste sia pure come argomento di contorno o rafforzamento. Come si è visto, tuttavia, di vero e proprio rafforzamento a favore della giurisdizione del giudice ordinario non si può parlare, nella misura in cui il criterio del potere discrezionale entra in contraddizione con quello della *causa petendi*, e rischia di trasformare quest’ultimo nella “corsa” alle giurisdizioni concorrenti, riesumando l’ormai archiviata – e comunque altrettanto incerta – teoria della prospettazione. Il contenzioso antidiscriminatorio appare emblematico.

Dal punto di vista processuale la concentrazione dinanzi al giudice amministrativo sarebbe soprattutto opportuna a causa della persistenza del giudice ordinario, e soprattutto della Cassazione, a ricostruire la figura della disapplicazione “in negativo” rispetto all’ampiezza della giurisdizione amministrativa. Corsi e ricorsi storici si dirà, solo che in questo caso il *self restraint* è doppiamente esecrabile, in quanto va a danno dei più deboli e meno tutelati.

Solo a patto dell’affermazione della piena giurisdizione del giudice ordinario (magari sul modello della tutela antidiscriminatoria) la scelta legislativa dell’unificazione delle tutele potrà orientarsi verso il primo, magari con una istituenda sezione specializzata sull’intero contenzioso in materia di immigrazione¹⁰⁵. La pur riconosciuta discrezionalità del legislatore nel “dosare” le tecniche di tutela tra l’una e l’altra giurisdizione¹⁰⁶ incontra ormai il limite invalicabile della pienezza ed effettività della tutela, troppo spesso sacrificate in questa

103. Sulla crisi migratoria come problema soprattutto di organizzazione e di azione pubblica, di gestione amministrativa, v. F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, cit. In particolare, sul tema della gestione amministrativa del rifugiato, rinvio a G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, cit.

104. Si v. M. Savino, *Per una visione non irenica del diritto dell’immigrazione*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 113 ss.

105. Completando il percorso avviato col d.l. n. 13/2017 e poi proseguito con d.l. n. 113/2018, che ha attribuito a questa sezione specializzata del giudice ordinario le controversie in materia di trasferimento dei richiedenti asilo in altro Stato dell’UE competente, e di rilascio e rinnovo del permesso di soggiorno per protezione speciale, per calamità, per casi speciali, per motivi di salute.

106. V. Corte cost., sent. n. 275/2001 e ord. n. 414/2001.

materia, in cui a politiche pubbliche di corto respiro e unilateralmente securitarie spesso corrisponde un simulacro di processo.

Con ciò si vuole dire, dunque, che non si è pregiudizialmente contrari alla devoluzione dell'intero contenzioso in materia di immigrazione al giudice ordinario, e anzi si invoca tale misura come soluzione per superare i numerosi casi di nomadismo giudiziario che si sono individuati, con i detti persistenti pregiudizi a danno dei principi di effettività e certezza del diritto. È ben noto, inoltre, che l'azione antidiscriminatoria non sia mai stata posta in dubbio, stante l'espressa devoluzione legislazione al giudice ordinario sin dal 1998. Quel che qui si cerca di evidenziare, senza preconcetti ideologici, è la necessità di una scelta legislativa finalmente netta e chiara, che devolva anche pieni poteri al giudice ordinario, come nel caso della tutela avverso i dinieghi di protezione internazionale. In mancanza di ciò, invocare l'ambito antidiscriminatorio non sembra sufficiente, di per sé solo, per scongiurare ipotesi di persistente incertezza e conflitto interpretativo.

È anche per queste ragioni che si ritiene che, se si dovesse esprimere un'opzione fondata sui rilievi di stampo sistematico sopra prospettati, non sia quella del giudice ordinario la strada migliore per superare le persistenti insidie del nomadismo giurisdizionale. Ma questo discorso, che si lega a quanto detto sull'importanza della gestione amministrativa nelle questioni migratorie, sposta il *focus* su temi di politica del diritto. In tale quadro pare che la centralità del giudice amministrativo possa ricostruirsi attraverso due concorrenti prospettive, una processuale, l'altra – più radicale – sostanziale.

In base a quella processuale il giudice amministrativo deve considerarsi ormai dotato delle medesime tecniche di tutela del giudice ordinario, secondo quello che è l'indirizzo già presente nella più volte richiamata sentenza n. 140/2007 della Consulta. Tuttavia, questa linea esegetica resta giocoforza circoscritta nella connessione biunivoca fra tutela dei diritti soggettivi fondamentali e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In base alla più coraggiosa e dirimente prospettiva sostanziale, fondata sull'assunto secondo cui nelle società complesse contemporanee nessun diritto è "tiranno", è ormai possibile configurare la sussistenza di interessi legittimi *costituzionali* o *fondamentali*, la cui tutela è affidata al giudice amministrativo a prescindere dalla devoluzione alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo. Diversi segnali portano a ritenere che è questa la prospettiva verso la quale ci si sta avviando, anche se forse ciò condurrà alla definitiva sparizione della giurisdizione esclusiva a favore di un più moderno criterio di riparto fondato sulla distinzione fra controversie di diritto pubblico e rapporti di diritto privato¹⁰⁷.

L'incontro con il potere non è né un privilegio né pericolo, è semplicemente una realtà. La negazione di questa realtà rappresenta, a ben vedere, il pericolo. I diritti fondamentali,

107. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, cit.

se li intendiamo come intangibili e non irrelati con il potere, diventano diritti virtuali non esercitabili, mere enunciazioni programmatiche.

L'indegradabilità è categoria che nasce indubbiamente a fini di maggiore protezione, ma, come spesso avviene, l'eccesso di protezione concretizza il pericolo che si voleva scongiurare.

I diritti c.d. fondamentali, cioè quelli con forti premesse costituzionali, vivono solo nella dialettica del bilanciamento/condizionalità, intesa non in accezione compromissoria e "diminutiva", ma come irrinunciabile sede di traduzione della norma di principio in dato di realtà, e quindi come sede di inveramento e concretizzazione. Il pubblico potere non va banalmente inteso come limite ma come presidio di effettività. In questo senso, anche il giudice amministrativo recupera un ruolo fondamentale, non solo e non tanto per la ricchezza dei suoi poteri decisori e per l'ormai consolidato principio di atipicità delle azioni dinnanzi a lui esperibili, ma ancor prima per la peculiare capacità di indagare la razionalità intrinseca delle scelte selettive, che sono quelle in cui, in una società di crescenti bisogni e non infinite risorse economiche, si misura, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l'effettività della situazione giuridica considerata.

A me pare che vi sia una persistente centralità dello Stato amministrativo in una materia che si vorrebbe più di altre pervasa di Stato costituzionale e del carattere umanitario del diritto internazionale contemporaneo, specie nel settore dei richiedenti asilo¹⁰⁸.

Invero, la pervasività dell'infra-diritto a livello di fonti, dalle classiche circolari alla *tweeting governance*¹⁰⁹, il carattere "lineare-disciplinare" (bipolitico) della procedura e "circolare" del sistema di accoglienza, la crisi del concetto di diritto indegradabile nel riparto di giurisdizione e quindi sul piano della tutela, sono tutti fattori che confermano l'inadeguatezza della logica binaria della sovranità classica nel cogliere questi fenomeni, e dell'impostazione liberale classica nell'arginare discriminazioni e violenze a danno degli ultimi in fuga da guerre e persecuzioni.

Di fatto più o meno consapevolmente nei discorsi anche dei nostri giuristi continua ad essere presente la lettura benjaminiana del potere come *violenza*¹¹⁰, anomia senza alcuna veste giuridica¹¹¹, dunque nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo. In realtà il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei

108. G. Tropea, *La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*, cit.

109. I. Gjergji, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2020, p. 323 ss.

110. Cfr. L.R. Perfetti, *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *PA – Persona e Amministrazione*, n. 2/2020, p. 51 ss.

111. L. Buffoni, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato di eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>, p. 477.

poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, “corpo docile” che si auto-limita e controlla¹¹².

Solo così si potrà cogliere il meccanismo di biopotere che opera sul richiedente asilo, e più in generale sul migrante, che varca la frontiera, ed entra in un percorso a tappe, scandito attraverso il passaggio da una struttura di accoglienza all'altra e da una prassi burocratica all'altra¹¹³.

Pur consapevole della opinabilità dell'approccio, mi pare tuttavia che premesse sistematiche di questo genere autorizzino le conseguenze che ho cercato di trarre sopra anche in punto di tutela e di rapporti tra ordini giurisdizionali in materia. Il nomadismo giurisdizionale non si è rivelato un arricchimento ma una fonte di incertezza e di ritardo nella tutela del migrante, e per tale ragione va superato.

112. M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, cit., p. 240 ss.; tale spunto costituirà poi l'oggetto specifico dell'intero corso dell'anno successivo: M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, cit. Come è stato dimostrato di recente la stessa traiettoria della concezione foucaultiana del potere va dall'accezione conflittualista e ultra-radicalista della prima metà degli anni '70, in cui si approfondisce soprattutto il disciplinamento, a quella neutrale e pragmatica della fine degli anni '70 e dei primi anni '80, in cui si esplora invece il potere governamentale, più pervasivo e multiforme. Cfr. M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, 2019.

113. S. Zorzetto, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, cit., p. 223.