

Università degli Studi Roma Tre

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

A PROPOSITO DEL DIRITTO POST-MODERNO

Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017

a cura di
GIUSEPPE GRISI
CESARE SALVI



Roma TrE-Press
2018

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

12

Quaderni del Dottorato

A PROPOSITO
DEL DIRITTO POST-MODERNO

Atti Seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017

a cura di
GIUSEPPE GRISI
CESARE SALVI



Roma TrE-Press
2018

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guacero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Editing:

Colitti, Roma

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, luglio 2018

ISBN: 978-88-94376-33-3

<http://romatypress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Immagine di copertina: Charles C. Ebbets, *Lunch atop a Skyscraper*, 1932 (part.)

Indice

<i>Prefazione</i>	7
-------------------	---

I. IL PUNTO DI VISTA DEL PRIVATISTA

CESARE SALVI, <i>Diritto postmoderno o regressione premoderna?</i>	13
GIUSEPPE GRISI, <i>Giudice e legge nell'agone del postmoderno</i>	29
ADOLFO DI MAJO, <i>Una riflessione sul diritto post-moderno</i>	51
SALVATORE MAZZAMUTO, <i>Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?</i>	63
GIULIO PALMA, <i>La responsabilità del sanitario nell'era del postmoderno</i>	75
ELISANGELA SIMON CAUREO, <i>Introduzione al dovere di verità e completezza nel processo civile</i>	91
GAETANINO RAJANI, <i>Successione mortis causa nel clima postmoderno</i>	105

II. IL PUNTO DI VISTA DEL PUBBLICISTA

FRANCESCO RIMOLI, <i>Postmodernità e diritto: appunti per uno studio introduttivo</i>	113
GIUSEPPE DI GASPARE, <i>Il diritto post moderno, dalle meta narrazioni allo storytelling</i>	135
LEONARDO DROGHINI, <i>Il "giudice-amministratore" tra sindacato per principi e valutazione dell'interesse generale</i>	147
N.E. HERBERT MILANDOU, <i>Giurisdizioni penali internazionali e sovranità statale</i>	159

III. IL PUNTO DI VISTA DEL PENALISTA

MASSIMO LUIGI FERRANTE, <i>Diritto penale post-moderno e costituzione: un rapporto problematico</i>	171
ANTONELLA MASSARO, <i>Legalità penale postmoderna</i>	185
SILVIA DE BLASIS, <i>La prevedibilità dell'esito giudiziario nel caso Contrada c. Italia</i>	193
ALESSANDRO LAURITO, <i>Legalità europea e tutela penale degli interessi finanziari: il rapporto tra disposizione e norma eurounitaria</i>	203
ARIANNA PAGANI, <i>La "materia penale" tra sanzioni penali e sanzioni amministrative</i>	215

IV. IL PUNTO DI VISTA DEL FILOSOFO DEL DIRITTO

ENRICA RIGO, <i>L'ospitalità come concetto della storia nella lettura di Rudolf von Jhering</i>	231
FRANCESCA ASTA, <i>Il ruolo del giudice nei procedimenti di espulsione. Giudice di pace e tribunale: autorità a confronto</i>	241
CARLO CAPRIOGLIO, <i>Appunti per un'analisi della "dimensione processuale" del trattenimento attraverso il concetto di status</i>	249
GABRIEL WEBBER ZIERO, <i>Postmodernità e il diritto al di là dello stato: le interazioni tra diritto internazionale e diritto transnazionale</i>	261
MARCO PICCOLI, <i>Reati di negazionismo nella giurisprudenza CEDU: il caso Perinçek</i>	267
<i>Elenco degli autori</i>	275

Carlo Caprioglio

Appunti per un'analisi della "dimensione processuale" del trattenimento attraverso il concetto di status¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La centralità del concetto di status giuridico. – 3. Da "irregolare" a "richiedente asilo": il mutamento di status giuridico e gli effetti sul procedimento di convalida del trattenimento. – 4. L'ambivalenza dello status di protezione e il trattenimento nell'interesse del(la) richiedente asilo. – 5. Note conclusive

1. *Introduzione*

Partendo dai risultati empirici della ricerca condotta presso il Tribunale di Roma nella primavera del 2016¹, l'intervento precedente ha analizzato la "dimensione processuale" del trattenimento dei migranti concentrando l'attenzione sugli organi giurisdizionali coinvolti nel procedimento di convalida, ovvero il Giudice di Pace – per i c.d. "migranti irregolari" – e il Tribunale ordinario – per i "richiedenti asilo". Le profonde divergenze emerse nell'operato dei due organi sono tali da assumere i tratti di una vera e propria disparità nella tutela offerta ai cittadini stranieri in stato di trattenimento, a seconda della loro qualificazione sul piano giuridico come "migranti irregolari" oppure "richiedenti asilo". La relazione ha quindi interpretato tale distanza attraverso gli strumenti concettuali del "campo giuridico" di Pierre Bourdieu², e delle "posizioni" che gli attori giuridici tendono a occupare all'interno del campo stesso.

¹ Il contributo presenta alcune riflessioni apparse in F. ASTA, C. CAPRIOGLIO, *Per giusta decisione. Riflessioni sul controllo giurisdizionale del trattenimento degli stranieri*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, 553-572.

La ricerca presso il Tribunale di Roma, condotta dall'autore e da Francesca Asta, è parte del più ampio progetto di "Osservatorio sulla giurisprudenza dei giudici di pace in materia di trattenimento ed espulsione dei cittadini non comunitari". I risultati della ricerca nazionale e i rapporti sono consultabili all'indirizzo: <www.lexilium.com> (ultimo accesso: 27/12/2017).

² P. BOURDIEU, *La force du droit. [Éléments pour une sociologie du champ juridique]*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, (64), 1986, 3-19, trad. ita., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Roma, 2017.

A questo punto, per riflettere sull'istituto del trattenimento nella sua "dimensione processuale", ci sembra opportuno allargare lo sguardo alle vicende che coinvolgono la sfera giuridica del "soggetto-oggetto" del trattenimento, ovvero il migrante-trattenendo, e agli effetti che esse producono sul processo di convalida. L'ipotesi è che il mutamento che si verifica nella sfera giuridica soggettiva del trattenuto a seguito della manifestazione di volontà di "richiedere asilo" – con l'acquisizione di uno status giuridico di protezione, quello di "richiedente asilo" – costituisca una chiave interpretativa ulteriore della distanza riscontrata tra l'operato del Giudice di Pace e del Tribunale in sede di convalida. La presente relazione si propone così di evidenziare il ruolo giocato dal migrante-trattenendo nel processo di convalida e, in particolare, la capacità di quest'ultimo di farsi "attore" del processo, in grado di incidere sulla decisione giurisdizionale e, in definitiva, sulla "realtà" del dispositivo del trattenimento³. L'analisi si concentra sugli effetti che l'acquisizione dello status giuridico di "richiedente asilo" da parte del migrante-trattenendo produce sul processo di convalida. Mi sembra, infatti, che sia l'ascrizione del soggetto alla categoria normativa del "richiedente asilo" a far sì che il migrante non sia più compreso come passivo destinatario di una misura di «*bassa polizia*»⁴ – qual è il trattenimento – bensì come un soggetto (portatore) di diritti da far valere dinanzi all'autorità giurisdizionale.

Vedremo però al contempo come tale cambiamento di prospettiva complichino il quadro d'analisi, rivelando l'ambiguità e le ambivalenze di cui la stessa qualificazione giuridica di "richiedente asilo" è carica. D'altro canto, come in fotografia a una diversa focale corrispondono non solo diversi soggetti e "porzioni" di spazio ma nuove e inattese linee di fuga prospettive, così, dal nostro punto di vista, il cambiamento di prospettiva che si ha quando si estende l'analisi alle vicende del migrante-trattenendo permette di "catturare" aspetti e caratteri del trattenimento a prima vista affatto evidenti.

³ Lo studio adotta un approccio per certi versi analogo a quello proposto da Alessandro Spina. Nella sua analisi normativa delle pratiche di resistenza dei migranti al trattenimento, l'autore definisce come "forme di resistenza istituzionale" quei comportamenti che, non solo sono leciti, ma si realizzano attraverso strumenti offerti dall'ordinamento giuridico stesso. A. SPINA, *Resisting Immigration Detention*, in *European Journal of Migration and Law*, 18, 2016, 201-221.

⁴ G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma, 2013, 66.

2. La centralità del concetto di status giuridico

L'attribuzione della competenza giurisdizionale al Tribunale in materia di trattenimento dei richiedenti asilo si fonda formalmente sul fatto che il riconoscimento della protezione internazionale attiene alla sfera dei diritti soggettivi individuali, e di questi ultimi com'è noto conosce il giudice ordinario. Tale giustificazione è però solo in apparenza soddisfacente. Infatti, se la cognizione del giudice ordinario in tema di ricorsi per il riconoscimento della protezione internazionale risulta coerente con la natura del diritto (soggettivo) in gioco in tali procedimenti, in tema di trattenimento il fondamento di una diversa competenza per i richiedenti asilo e i c.d. "migranti irregolari" appare problematico. Non solo, infatti, la normativa prevede la stessa procedura dinanzi ai due organi, ma soprattutto il bene giuridico, o meglio, la posta in gioco è la medesima: ovvero, la libertà personale. A ben vedere, quindi, il fondamento della differenziazione della competenza nei procedimenti di convalida dev'essere ricercato altrove. A mio avviso, alla base del riparto di competenza tra Giudice di pace e Tribunale vi è lo status giuridico dei soggetti destinatari della misura di trattenimento. Da questo punto di vista, quindi, lo statuto giuridico individuale del trattenuto diviene uno strumento necessario per l'analisi che s'intende svolgere.

Ad oggi, lo status giuridico appare un concetto centrale negli ordinamenti giuridici contemporanei, in cui si assiste a un fenomeno variamente descritto come «ritorno allo status»⁵, «moltiplicazione degli statuti giuridici individuali»⁶ e ancora «rinascita, rafforzamento e frammentazioni di status»⁷. Secondo Doglietti, le categorie su cui si fondano tali riflessioni, avanzate dalla dottrina giuridica italiana e internazionale, «sono più sociologiche che giuridiche, ma tuttavia esse sono assai utili per cogliere il senso e la prospettiva degli status»⁸. In quest'ottica, l'analisi adotta un approccio di carattere non formale e realistico che, nelle parole di Alpa, «asigna agli status una fisionomia non formale ma sostanziale, realistica e concreta»⁹.

Lo status è una tecnica con cui il diritto costruisce le differenze giuridiche tra gli individui all'interno della società. Secondo Rescigno, lo status è uno «strumento pratico [...] per creare o mantenere disuguaglianza e

⁵ R.H. GRAVESON, *Status in the Common Law*, Londra, 1953.

⁶ G. ALPA, *Status e capacità*, *La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, 23-24.

⁷ P. RESCIGNO, *Soggettività e pluralismo*, in *Persona e comunità*, Vol. III, Padova, 1988, 134.

⁸ M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Tratt. Rescigno*, vol. II, Torino, 1999, 22-23.

⁹ ALPA, *Status e capacità*, cit., 24.

zone di diritto singolare» per finalità molteplici: la protezione di soggetti vulnerabili, l'esclusione del "diverso", la tutela delle minoranze in una società pluralista. Ad ogni modo, scrive Rescigno, lo status opera «nel sistema giuridico la classificazione della società»¹⁰. Se quindi lo status rappresenta uno strumento giuridico attraverso il quale il diritto organizza la società, esso necessariamente coinvolge il fondamentale rapporto tra individuo e potere giurisdizionale. È un dato di fatto, ad esempio, che nell'ordinamento italiano in una molteplicità d'ipotesi le specifiche posizioni soggettive degli individui determinino la designazione dell'autorità giurisdizionale competente a decidere una determinata controversia. Non sorprende quindi che lo status giuridico del migrante trattenuto possa incidere sulla definizione della competenza giurisdizionale, nonché sulle concrete garanzie procedurali.

3. Da "irregolare" a "richiedente asilo": il mutamento di status giuridico e gli effetti sul procedimento di convalida del trattenimento

Quando il cittadino straniero in stato di trattenimento manifesta la volontà di chiedere la protezione internazionale – come di frequente accade nella prassi – egli acquisisce la qualificazione giuridica di "richiedente asilo". Tale mutamento nella sfera giudica soggettiva, a mio avviso, deve essere quindi compreso nei termini di un mutamento di status giuridico. Non si tratta, infatti, dell'acquisizione di uno statuto giuridico da parte di un soggetto che ne era sprovvisto. Il migrante in condizione di "irregolarità" – e in stato di trattenimento – non può dirsi escluso dall'ordinamento giuridico. La condizione di materiale esclusione e l'abbassamento delle garanzie riconosciutegli non ne fanno un soggetto "messo al bando", come è stato spesso affermato polemicamente facendo ricorso alle tesi di Giorgio Agamben sul rapporto tra "spazio-campo" e stato di eccezione¹¹. Al contrario, il trattenuto è incluso nell'ordinamento giuridico ed è titolare di una specifica posizione giuridica costruita negativamente, ovvero attraverso l'esclusione. Se «lo status è la somma dei diritti e dei doveri [...] acquisiti e imposti a un soggetto in un determinato momento storico»¹²,

¹⁰ P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 221. Analogamente, J.M. BALKIN (*The Constitution of Status*, in *Faculty Scholarship Series*, 262, 1997) ricostruisce lo status come uno strumento per l'organizzazione giuridica della società.

¹¹ G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

¹² ALPA, *Status e capacità*, cit., 204.

quello del migrante in stato di irregolarità può essere compreso come uno status "deteriore", uno «status negativo»¹³. In definitiva, quindi, ciò che si verifica nelle ipotesi qui considerate è il passaggio da uno status negativo, quello di "migrante irregolare", a uno *status* di protezione, quello di "richiedente asilo". Un passaggio, vedremo, carico di ambiguità: non di rado, infatti, gli status di protezione si trasformano in quella che Alpa definisce «una prigione giuridica»¹⁴.

Il primo e immediato effetto che consegue al descritto mutamento dello status del trattenuto è la traduzione entro 48 ore del soggetto dinanzi al Tribunale per una nuova udienza di convalida. La misura, convalidata in precedenza dal Giudice di pace, risulta così almeno formalmente rimessa in discussione. Dalla ricerca emerge come nella metà dei casi al nuovo esame da parte del giudice ordinario consegua la non convalida del trattenimento e l'immediata cessazione dello stato di trattenimento, nei confronti di cittadini stranieri rispetto ai quali, invece, il Giudice di pace si era precedentemente espresso in senso opposto. Si tratta di un dato che i diversi presupposti normativi per la convalida non sembrano da soli sufficienti a spiegare e che, al contempo, evidenzia l'importanza del mutamento di competenza giurisdizionale.

Ora, al di là degli aspetti di carattere numerico, è l'analisi delle effettive modalità procedurali seguite dal Tribunale in sede di convalida – così come rilevate attraverso i verbali di udienza – ad evidenziare lo scarto che emerge nel passaggio di competenza tra i due organi. Secondo Larry May, infatti, un'essenziale manifestazione dello status consiste proprio nel riconoscimento della capacità di rivendicare il rispetto di determinate procedure, indipendentemente dall'esito del giudizio¹⁵. Rispetto alla convalida del trattenimento, se intendiamo per "procedura" le concrete modalità di svolgimento del processo, di amministrazione dell'udienza e l'effettività delle garanzie procedurali, poco importa che la normativa italiana preveda la medesima procedura dinanzi ai due organi giurisdizionali. Le profonde divergenze nel grado di tutela emerse dalla ricerca – evidenziate nella relazione precedente – dimostrano l'impatto che ha il mutamento di status giuridico del trattenuto non solo sul riparto di competenza giurisdizionale ma soprattutto sull'andamento del processo, sulle concrete garanzie procedurali e sulla decisione finale che, giova ricordarlo, attiene alla libertà personale.

Questa prospettiva appare necessaria per evidenziare come la discrezionalità del giudice non si manifesti solamente nel momento della decisione, bensì nell'intero svolgimento del processo; ma è importante soprattutto

¹³ *Ivi*, 206.

¹⁴ *Ivi*, 19.

¹⁵ L. MAY, *Global Justice and Due Process*, Cambridge, 2011.

per evidenziare l'importanza che il passaggio di competenza giurisdizionale assume nel rendere possibile la "presa di parola" e la partecipazione alla produzione del "discorso del processo" da parte del migrante-trattenendo. Infatti, se dinanzi al Giudice di pace si assiste all'esproprio pressoché totale del potere della parola dello straniero, il Tribunale sembra riconoscergli un ruolo nella produzione "discorso del processo". Infatti, nelle parole del trattenendo il giudice ricerca gli argomenti per fondare la decisione. Ed è certo significativo che solo nel contraddittorio dinanzi al Tribunale emergano le caratteristiche e gli elementi della vicenda personale del soggetto che sono in grado di influire favorevolmente sulla decisione giurisdizionale. Elementi che, se ricercati, certamente sarebbero potuti emergere nella precedente udienza al Giudice di pace. Ad ogni modo, con ciò non si può certo dire che in Tribunale si assista al pieno riconoscimento della capacità di parola del trattenuto. Il giudice non si spoglia mai del proprio potere sulla produzione del discorso. Rimane intatto, infatti, quel meccanismo di amministrazione "sovrana" della parola da parte del giudice su cui riflette Eligio Resta, ripercorrendo alcuni passaggi di «Pour l'amitié» di Maurice Blanchot¹⁶. Anche in questo caso, alla luce di queste riflessioni appena tratteggiate, il processo conferma la sua natura di "sistema di restrizione" in cui, scrive Foucault, varie procedure di assoggettamento sono all'opera nel ritualizzare, ordinare e distribuire la parola¹⁷. Nell'analisi di Foucault, il processo, in quanto «rituale», distribuisce la parola e ne definisce valore, efficacia e limiti: in questo modo, il rituale qualifica i soggetti parlanti, assegnandogli una «posizione», «proprietà singolari e ruoli convenuti»¹⁸.

Indipendentemente da tali pratiche di ritualizzazione e assoggettamento, la possibilità stessa di prendere parola nel processo indica un "riconoscimento": il riconoscimento del migrante come soggetto portatore di diritti da far valere in giudizio. Se lo status giuridico individuale è lo strumento con cui il diritto, attraverso le differenze tra i soggetti, costruisce la gerarchia sociale, il possesso della parola è strettamente connesso alla dimensione simbolica dell'ordine sociale stesso. Secondo Jacques Rancière, l'organizzazione sociale, simbolica quanto materiale, divide i soggetti in due categorie: «coloro che vediamo e coloro che non vediamo, coloro di cui si può dire esista un *logos* – una parola memoriale, un conto da tenere –, e coloro che *logos* non hanno»¹⁹. L'argomentazione di Rancière prende le mosse dalle riflessioni di

¹⁶ E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2004, 62-65. Cfr. *Il diritto vivente*, Roma-Bari, 2008.

¹⁷ M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, 1971, trad. it. *L'ordine del discorso. I meccanismi sociali di controllo e di esclusione della parola*, Torino, 1979.

¹⁸ *Ivi*, 31.

¹⁹ J. RANCIÈRE, *La Mésentente. Politique et philosophie*, 1995, trad. it. *Il disaccordo*, Roma,

Hannah Arendt sul rapporto tra *agire*, inteso innanzitutto come discorso, e *politica*, come dimensione pubblica. Secondo Arendt, «discorso e azione sono le modalità attraverso cui gli esseri umani appaiono gli uni agli altri non come oggetti fisici, ma *in quanto uomini*»²⁰. Le riflessioni della Arendt mettono in luce la centralità della parola come strumento di rivelazione dell'unicità dell'identità personale, del "chi" contrapposto al "che cosa" delle qualità e capacità personali²¹. Nel processo di convalida la possibilità di prendere parola si accompagna all'ascolto da parte del giudice: è quello che Rancière chiama il "resoconto della parola"²², ovvero la possibilità che essa sia ascoltata e compresa in quanto tale. Ed è attraverso la parola e il "discorso" che, secondo Arendt, gli uomini rivelano se stessi come "soggetti". Nel nostro caso, prendendo parte al discorso del processo – necessariamente discorso *pubblico* – il migrante in stato di trattenimento rivela se stesso come soggetto (di diritto), e non come oggetto della misura e del procedimento di polizia. Il riconoscimento del trattenuto quale soggetto portatore di diritti, e per questo "parlante", ne rivela uno spostamento della posizione nell'ordine del visibile: da un'invisibilità a una presenza di cui "tener conto". Si tratta in definitiva di una dimensione simbolica, ma al contempo fattuale e concreta, che non si verifica dinanzi al Giudice di Pace. Nelle parole di Arendt: «Prescindere da questo rivelarsi [...] significherebbe trasformare gli uomini in qualcosa che non sono; negare, d'altra parte, che questo *rivelarsi è reale e gravido di conseguenze*, è semplicemente irrealistico [enfasi aggiunta]»²³.

4. *L'ambivalenza dello status di protezione e il trattenimento nell'interesse del(la) richiedente asilo*

Se l'acquisizione dello status di "richiedente asilo" da parte del trattenuto può rivelarsi uno strumento attraverso il quale divenire "attore" del processo e incidere così sulla misura detentiva, per altri versi, esso svela la forte ambivalenza connaturata negli status di protezione²⁴. A questo

2007, 42.

²⁰ H. ARENDT, *The Human Condition*, trad. it. *Vita Activa: la condizione umana*, Firenze, 2017, 194.

²¹ *Ivi*, 197.

²² RANCIÈRE, *Il disaccordo*, cit., 42.

²³ ARENDT, *Vita Activa*, cit., 202.

²⁴ Sull'ambivalenza dello status di protezione si veda, ALPA, *Status e capacità*, cit.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013.

In tema di politiche pubbliche "punitive" e normative restrittive nei confronti dei richiedenti asilo si veda, tra gli altri, G. CAMPESI, *Humanitarian confinement: an ethnography of*

punto, l'ipotesi è che lo status di "richiedente asilo" influenzi il modo in cui il trattenuto è compreso dal giudice e, da lì, il ruolo che quest'ultimo è chiamato a svolgere. D'altro canto, lo status giuridico definisce non solo la qualificazione giuridica del soggetto nell'ordine sociale ma anche il modo in cui esso è compreso nella (e dalla) società stessa. È la capacità "performativa" del diritto, di produrre il suo (s)oggetto, e non semplicemente di regolarne i presupposti, le condizioni e i limiti dell'azione e dell'esistenza²⁵. Per queste ragioni, il passaggio da uno "status negativo" a uno di protezione non può non avere effetti sui paradigmi attraverso i quali la figura del migrante è (ri)costruita e compresa dall'autorità. Nel caso in esame, tale effetto si manifesta nel ricorso a paradigmi argomentativi extra-normativi che orientano la decisione giurisdizionale in direzioni inaspettate.

L'analisi fa ora riferimento a una serie di provvedimenti di convalida del Tribunale di Roma in cui le motivazioni appaiono orientate da valutazioni essenzialmente personali del giudice. In particolare, nei confronti di alcune giovani donne, il giudice, ritenendo fondata la richiesta di protezione internazionale, decide di convalidare il trattenimento per tutelare i diritti e gli interessi della donna stessa mediante la misura restrittiva della libertà personale. In questi casi, infatti, è proprio l'esito favorevole del giudizio prognostico sulla fondatezza della domanda d'asilo a determinare l'esito paradossale della convalida del trattenimento.

È utile a questo punto riportare uno stralcio della motivazione di uno dei decreti in esame. Scrive il giudice, «in riferimento alla richiesta di *convalida del trattenimento ai fini del colloquio presso la Commissione per la richiesta di asilo* va evidenziato come la trattenuta che proviene da un paese a rischio (la Nigeria, N.d.R.) quale presupposto per legittimare il trattenimento in quanto non ha alcun radicamento sul territorio, è sprovvista dei mezzi necessari per mantenersi, *pertanto al fine di garantire la sua presenza davanti alla Commissione* per evitare che possa essere assorbita nei circuiti della prostituzione e dello spaccio, si ritiene *indispensabile il suo trattenimento per favorire la concessione dell'asilo*. La disponibilità di centri di accoglienza privati in cui

reception centres for asylum seekers at Europe's southern border, in *Int. J. Migration and Border Studies*, Vol. 1, n. 4, 2015; C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016, 47-73.

²⁵ «Il discorso giuridico è una parola creatrice che fa esistere ciò che essa enuncia», scrive Bourdieu in *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, trad. it. *La parola e il potere. L'economia degli scambi linguistici*, Napoli, 1988, 17. Per certi versi analoga l'affermazione di Eligio Resta (*Il diritto vivente*, cit., 2): «il diritto è quel sapere che, più di ogni altro, "fa cosa con le parole"; [una] singolare grammatica che oggi definiremmo "performativa"».

ospitare la ragazza non risulta essere documentata [enfasi aggiunta]»²⁶.

È fin troppo evidente come in questo tipo di decisioni, frutto della libertà riconosciuta al giudice nel procedimento di convalida, le motivazioni a supporto della convalida siano il prodotto di pregiudizi e valutazioni personali del giudice. Ad ogni modo, il sacrificio imposto alla libertà personale trova la sua giustificazione nell'interesse stesso della trattenuta. La restrizione all'interno del Cpr di Roma assume così le sembianze di una misura di accoglienza tesa a garantire la presenza della richiedente di fronte alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, in vista di un esito favorevole della procedura d'asilo. Una connessione, quella tra trattenimento e accoglienza, resa fin troppo manifesta dalla chiosa finale della motivazione in cui il giudice afferma che «non risulta documentata la disponibilità di centri di accoglienza privati in cui ospitare la ragazza». E non sorprende che le destinatarie privilegiate del "beneficio" di questa pratica di trattenimento-accoglienza siano in buona sostanza sempre le donne nigeriane, rispetto alle quali il giudice non ritiene di dover motivare il presunto rischio di coinvolgimento nei «circuiti dello spaccio e della prostituzione».

Come anticipato, ritengo che all'origine di tali motivazioni vi sia proprio un mutamento del paradigma con cui è compresa la figura del(la) migrante da parte dell'autorità a seguito dell'acquisizione dello *status* giuridico di richiedente. La nuova ascrizione giuridica riconduce, infatti, il soggetto alla categoria discorsiva delle "migrazioni forzate". Il richiedente asilo è un soggetto necessariamente "costretto a migrare", e che proprio per questo chiede "protezione". Non potrebbe essere più lontana la figura tipizzata di migrante che si incontra dinanzi al Giudice di pace per l'udienza di convalida del trattenimento: il c.d. "migrante irregolare". In questo caso, invece di un soggetto costretto a migrare, il migrante è compreso come colui che ha forzato i limiti dello spazio politico e giuridico nazionale. La sua presenza attiene così alle questioni di polizia, ordine pubblico e sicurezza. Ricostruita in questi termini, la figura del "migrante irregolare" non ha formalmente alcun "diritto" da opporre al trattenimento e all'espulsione, e il giudice di pace può limitarsi a presiedere un rituale di mera legittimazione del trattenimento secondo i canoni formali dello Stato di diritto. Non a caso nelle ricerche svolte non sono mai emerse decisioni di convalida del Giudice di pace motivate da finalità di protezione degli interessi del trattenuto.

²⁶ RG 14207/2015, Sez. I, Tribunale di Roma, del 16/10/2015. Ulteriori motivazioni analoghe si ritrovano in altri provvedimenti emessi dalla Sez. I del Tribunale di Roma. A titolo esemplificativo: RG 14208/15, RG 14210/15, RG 14211/2015.

Si ritiene che sia lo status di richiedente asilo, insieme da alcune caratteristiche personali, in particolare il sesso femminile, a determinare l'ingresso nel processo di convalida di quello che è stato definito il "paradigma della vittima". Accompagnato dal tradizionale corredo di motivazioni umanitarie, di protezione e presa in carico, il paradigma discorsivo della vittima, nota Giglioli, costituisce un meccanismo di "vulnerabilizzazione", poiché costruisce il soggetto come "vulnerabile"²⁷. Secondo Giglioli, il discorso vittimario espelle ogni radicalità, non tollera contraddizioni ed esclude ogni soggettivazione²⁸. E ciò appare quanto mai attuale, oggi, in un dibattito pubblico e mediatico dominato dalla retorica del "vero" richiedente asilo: ovvero, colui che accetta di narrarsi come vittima, accettando di buon grado di affidarsi al sistema di accoglienza, anche qualora quest'ultimo sia inadeguato o contrasti con i propri percorsi di vita e aspirazioni. In questi termini, ridefinito come vittima, il migrante è un soggetto "vulnerabilizzato", il cui orizzonte soggettivo è privato di ogni possibilità di autonoma determinazione: il destinatario perfetto di misure di protezione, anche radicali, della persona e dei suoi interessi. Si tratta, in definitiva, di un regime discorsivo, le cui condizioni di possibilità sembrano date proprio dall'iscrizione stessa del soggetto allo status giuridico di richiedente asilo.

L'acquisizione dello status di "richiedente asilo" da parte del migrante non ne impedisce quindi la "detenibilità". Connotato da forti tratti di ambiguità, lo status di protezione rappresenta sì per il migrante un incisivo strumento con cui influire sulla propria condizione ma, al contempo, può rivelarsi una "gabbia giuridica" che offre nuove opportunità di legittimazione del trattenimento stesso. Lo status individuale, anche quando orientato alla protezione del soggetto, non perde il suo naturale carattere di tecnica attraverso la quale il diritto costruisce la struttura sociale. Il fondamentale strumento di "distinzione giuridica" degli individui rivela così lo stretto rapporto che intrattiene con la distribuzione del potere nella società: uno strumento di "polizia" nel senso di amministrazione e distribuzione dei corpi nell'ordine possibile del «visibile e del dicibile» e fondamentale «regola del loro apparire»²⁹.

²⁷ D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Roma, 2014, 45.

²⁸ *Ivi*, 98 e ss.

²⁹ RANCIÈRE, *Il disaccordo*, cit., 48 e 114.

5. *Note conclusive*

La relazione ha toccato, seppur in maniera estemporanea e a volte implicita, alcuni temi ricorrenti nella storia del pensiero giuridico-filosofico occidentale: il tema dell'uguaglianza giuridica, intrinsecamente problematico³⁰, il rapporto con l'"altro" – il non cittadino – che svela i limiti dell'universalismo dei diritti, il ruolo e i poteri del giudice nella sua funzione di legittimazione dell'esercizio della coercizione³¹. Questioni in un certo senso "tipiche" della modernità, ma che si ripropongono cariche di immutata attualità. D'altronde, il post-moderno non è una categoria dai contorni definiti. Immaginare la post-modernità come l'esito di un percorso storico lineare e coerente che viene da lontano e che culmina nel definitivo superamento di concetti, categorie e istituzioni proprie di un'epoca precedente, espone ai rischi propri di ogni storicismo. Il post-moderno, secondo Viola, «guarda al passato almeno tanto quanto è proiettato verso il futuro [e] ciò che appare una novità è spesso il recupero della ricchezza problematica delle origini»³².

Ragionare sul "diritto post-moderno", o sulla "post-modernità", significa quindi ragionare sul presente. E mai come nell'epoca attuale il diritto si è concentrato sul controllo, ai vari livelli, della mobilità umana. In questo senso, il trattenimento dei migranti costituisce ormai una pratica ordinaria in tutte le democrazie occidentali. Questo non vuol dire però rassegnarsi ad accettarne l'esistenza; costituisce al contrario una presa d'atto necessaria per rinnovare l'attenzione e l'impegno dell'analisi critica. Da questa prospettiva, i confini e le politiche di controllo della mobilità umana rappresentano, quindi, un punto d'osservazione fondamentale per osservare le trasformazioni che investono alcuni nodi fondamentali dello Stato di diritto e delle sue narrazioni.

³⁰ E. RESTA, *Poteri e diritti*, Torino, 1996.

³¹ E. RIGO, *Spazi di trattenimento e spazi di giurisdizione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2017, 475-493.

³² F. VIOLA, *La teoria giuridica post-moderna fra tradizione e innovazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/1988, 117-131.