

La condizione amministrativa del rifugiato, nella segmentarietà della frontiera*

di Giuseppe Tropea

SOMMARIO: 1. Premessa: Stato amministrativo e segmentarietà delle frontiere. – 2. Circolari amministrative e rifugiati. – 3. La gestione amministrativa dell'accoglienza. – 4. Criticità nella tutela giurisdizionale dell'asilante. – 5. Conclusioni.

1. Premessa: Stato amministrativo e segmentarietà delle frontiere

È stato osservato che fra i diritti relativi alla condizione giuridica dello straniero quello all'asilo manifesta i valori nei quali lo Stato costituzionale trova legittimazione sul piano storico-culturale¹. E tuttavia si è nel contempo notato come il diritto d'asilo rientri a pieno titolo fra i casi di Costituzione “dimenticata” trattati in una recente ricerca pubblicata sulla *Rivista trimestrale di diritto pubblico*².

A me pare che questo scollamento, che si è ancor più manifestato nella protratta fase dell'emergenza pandemica³, imponga un'indagine che vada oltre il dato meramente costituzionale o di esegesi della normativa internazionale ed europea in materia, sia essa di *hard law* oppure di *soft law*⁴.

È necessario, quindi, inquadrare la condizione del rifugiato anche con la lente dell'amministrativista⁵, e ciò per una serie di ragioni.

La prima, più evidente e banale, è rappresentata dal fatto che l'aumento della popolazione per migrazione costituisce un evento critico, che pone un problema dinamico e complesso di organizzazione e di azione pubblica, ovvero sia di gestione amministrativa⁶.

* Il presente saggio è destinato alla pubblicazione negli *Scritti in onore di Maria Immordino*.

¹ M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. PANZERA, A. RAUTI, Napoli, 2020, 17; *amplius* ora C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020.

² S. TUCCILLO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 117 ss. Sullo scollamento fra modello costituzionale e prassi v. 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*, 2021, 410.

³ Cfr. M. MARCHEGIANI, *Il principio di non refoulement ai tempi del Covid-19*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3/2021, 29 ss.

⁴ Parla di combinazione di *hard law* e *soft law* nel sistema di asilo, con particolare riguardo alla disciplina europea, e osservando riguardo ad essa che il sistema comune di asilo mira a recepire di fatto il regime internazionale della Convenzione di Ginevra, C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, cit., spec. 43.

⁵ A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'“altro” diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 688.

⁶ F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 435 ss.

La seconda consiste nella necessità di superare la “retorica dei diritti umani” ben presente negli studi giuridici sull’immigrazione, acquisendo la consapevolezza che bisogna andare oltre la mera prospettiva individualista dei diritti e delle libertà fondamentali, e guardare anche all’effettività di tali diritti, che si misura nell’esercizio delle funzioni amministrative di programmazione, accoglienza e rimpatrio, riprendendo il tema spesso negletto, ma delicatissimo, della regolazione dei confini⁷.

La terza è, invero, un presupposto teorico-generale (*ergo*: di teoria dello Stato) delle prime due, e sottende una rinnovata centralità dello Stato amministrativo di schmittiana memoria⁸, che ultimamente tende ad essere vieppiù rivalutato nelle più meditate indagini sul tema dell’emergenza, anche pandemica⁹.

Infine, ampliando ancora di più il compasso speculativo, vi è un tema filosofico-politico svelato dalla questione del diritto d’asilo. Come cercherò di argomentare, le frontiere costituiscono una variegata segmentazione, a livello sociale e spaziale, sul modello proposto da Deleuze e Guattari¹⁰, che va oltre la mera segmentazione binaria (cittadino/straniero, migrante economico/migrante forzato, etc.), e coinvolge 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

⁷ M. SAVINO, *Per una visione non irenica del diritto dell’immigrazione*, 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, 2017, 123. Coglie la questione, con la consueta lucidità, R. ESPOSITO, *Immunità comune, Biopolitica all’epoca della pandemia*, Torino, 2022, 51: «è come se la modernità, invece di riunificare le divisioni di casta, di ceti o di classe che separavano le società premoderne, le iscrivesse sempre di nuovo al proprio interno, separando non solo diverse popolazioni, ma diversi strati sociali in ciascuna di esse. In questo senso né i diritti che si dichiarano ‘umani’ né la categoria giuridica di ‘persona’ sono riusciti a bloccare tale processo di scissione, ma hanno finito anzi per potenziarlo attraverso nuove esclusioni. Si tratta di dispositivi, allo stesso tempo giuridici e biopolitici, che lavorano sul confine tra interno ed esterno, opponendo in maniera sempre diversa i protetti agli esposti».

⁸ C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität. Achte, korrigierte Auflage*, Berlin, 2012, trad. it., *Legalità e legittimità*, Bologna, 2018.

⁹ Cfr., ad es., A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *www.rivistaaic.it*, 2021, 746 ss.

¹⁰ G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, Parigi, 1980, trad. it., *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Napoli-Salerno, 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 «mascherano» – lo Stato, v. D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, 2017, 20.

appropriata a cogliere l'operare dell'istituzione non tanto sul piano della sovranità classica, quanto della regolazione e gestione di flussi umani, popolazioni¹¹.

Questa serie di ragioni mi sembrano sufficienti per spiegare perché di seguito mi occuperò criticamente – seppure in breve – di tre aspetti che sembrano confermare tali spunti: il tema della teoria delle fonti e della rilevanza nel settore del cd. *soft law*, specie di circolari amministrative (§ 2); la questione dell'organizzazione e dell'attività amministrativa in materia di rifugiati (§ 3); il tema delle tutele, agglutinato nella radicata interpretazione della Cassazione del diritto d'asilo come diritto soggettivo perfetto (§ 4).

2. Circolari amministrative e rifugiati

Nell'anniversario della Convenzione di Ginevra del 1951, *hard law* per eccellenza che parla solo di “rifugiato”¹², specie per il fondamentale (e sempre più atipico) principio di *non refoulement* ivi enunciato all'art. 33, può far specie menzionare il tema del cd. *soft law* e delle circolari¹³. Eppure, come si è già detto, il modello concreto di asilo è ben distante dal suo figurino costituzionale, anche al netto del sostanziale fallimento registrato negli ultimi anni dal sistema europeo comune di asilo, che ha riportato al centro del dibattito la necessità di una riforma strutturale, a sua volta percorsa attraverso strumenti di *soft law* (es. l'Agenda europea sulla migrazione del 2015) sottratti alla *rule of law* sovranazionale e alla sfera di intervento della Corte di Giustizia¹⁴.

Venendo al nostro ordinamento, da un lato vi è la riserva di legge prevista all'art. 10, co. 3, Cost., pacificamente considerata assoluta¹⁵, dall'altro la tendenza radicata ad “amministrativizzare” la regolazione dell'immigrazione e dell'asilo su aspetti che incidono in modo significativo sulla sostanza del diritto in esame, oltre che sulla libertà personale.

Il modello dello Stato amministrativo, in cui la legislazione si trasforma in amministrazione¹⁶, contribuisce a spiegare l'evoluzione di questa tendenza del Governo a farsi legislatore. Tendenza che storicamente si riscontra già nelle cir-

¹¹ S. ZORZETTO, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, in *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, VI, 12, 2016 (online).

¹² Sulle differenze tra nozione di asilante e di rifugiato v. C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, cit., 41.

¹³ È pur vero che il *soft law* contemporaneo nasce proprio nel diritto internazionale. Si v., con diversi accenti, AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. SOMMA, Torino, 2009.

¹⁴ Sul punto v. ora la efficace sintesi di C. PANZERA, *Il diritto d'asilo. Profili costituzionali*, cit., 45 ss., che approfondisce pure le deludenti proposte della Commissione Juncker del 2016 (Regolamento Dublino IV) e il nuovo Patto per le migrazioni e l'asilo della Commissione von der Leyden.

¹⁵ M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, cit., 35.

¹⁶ M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 479.

colari riguardanti l'attuazione delle leggi razziali¹⁷ e nel diritto coloniale¹⁸, casi che evocano facilmente la questione migratoria oggi. In tal senso il Governo non va più inteso nel senso giuridico-formale della sovranità classica, ma foucaultiano, come “prassi”, strabordante rispetto a qualsiasi tentativo di limite¹⁹. Questo tipo di *soft law* attesta non tanto la crisi della legge, quanto la crisi del diritto come sistema di “veridificazione” del potere, sempre restando a Foucault²⁰.

Consideriamo alcuni esempi.

i) La circolare talora ha anticipato la legge, come nel *soft law* cd. pre-law²¹. Prima del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, col quale la protezione umanitaria è stata sostituita da dettagliate ipotesi di «speciali permessi di soggiorno temporanei» che nelle intenzioni del legislatore sarebbero *tassative*, una circolare del Ministro degli interni del 4 luglio 2018 sulla concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari forniva un'interpretazione restrittiva della previsione legislativa giustificandola, da un lato, mediante una discutibile lettura della giurisprudenza della Corte di cassazione e, dall'altro, in base alla considerazione che il permesso di soggiorno per motivi umanitari sarebbe un istituto “residuale” puramente di diritto interno, non codificato dal diritto europeo. Senonché essa non tiene conto del fatto che il permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 trova fondamento diretto, coerentemente con quanto affermato dalla giurisprudenza consolidata della Cassazione, proprio nelle norme costituzionali, ed in particolare nel diritto d'asilo, consacrato all'art. 10, comma 3, della Costituzione²².

Dopo il d.l. n. 113/2018 la giurisprudenza ha assunto posizioni non univoche. La Corte di Cassazione ha chiarito che la normativa introdotta con il d.l. n. 113/2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari, sostituendola con la previsione di casi speciali di permessi di soggiorno «non trova applicazione in relazione alle domande di riconoscimento di un permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore della nuova legge»²³; d'altra parte la Corte

¹⁷ S. GENTILE, *Le leggi razziali. Scienza giuridica, norme, circolari*, Milano, 2010. Cfr. anche, tra gli amministrativisti, R. LOMBARDI, *Effetti e risonanza della concezione fascista dello Stato nelle circolari antiebraiche: storia, diritto e letteratura*, in *Io perpetratore io vittima. Una prospettiva giusletteraria*, a cura di R. LOMBARDI, A. PROVERA, Torino, 2020, 85 ss.

¹⁸ I. GJERGJI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2020, 323 ss.; ID., *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, 2013.

¹⁹ B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 426.

²⁰ R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 31.

²¹ Per tali distinzioni v. M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss., spec. 155.

²² M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *www.rivistaaic.it*, 2018, 73.

²³ Corte di cassazione, sez. un., 13 novembre 2019, n. 29459.

costituzionale 24 luglio 2019, n. 194 ha dichiarato inammissibile la questione, ritenendo fra l'altro che il legislatore sia intervenuto sull'istituto della protezione umanitaria, senza incidere sulla protezione dovuta in base agli obblighi europei e internazionali. Sul punto in dottrina si è chiarito come una lettura costituzionalmente orientata e conforme al diritto internazionale e UE possa stemperare le criticità del d.l. n. 113/2018²⁴. E, in tal senso, anche il più recente d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (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)).

ii) In altri casi la circolare ha fornito un'interpretazione restrittiva della disposizione. Dopo che il d.l. n. 113/2018 ha introdotto vari accorgimenti per rendere più spedito l'iter di esame della richiesta di asilo, con circolare del Ministro degli Interni²⁵ si è interpretata la previsione dell'inammissibilità automatica di domande "reiterate" in fase di esecuzione di un provvedimento di allontanamento nel senso di una presunzione *iuris et de iure* di inammissibilità, indipendentemente dagli elementi rappresentati dall'interessato, e in deroga al sistema di riparto di competenze tra questure e Commissioni territoriali.

iii) si consideri, poi, il tema del soccorso in mare. Qui vi è stato dapprima il cd. Codice "Minniti" ("*Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare*"), che non è altro che una circolare amministrativa, e in seguito l'infra-diritto, sempre più *soft*, rappresentato dalla "tweeting-governance"²⁶ dell'ex ministro Salvini: se è vero che il Consiglio di Stato si è espresso per il carattere non provvedimentale dei messaggi sui social media²⁷, tuttavia l'enunciato performativo²⁸ della *governance* cinguettante²⁹ è stato un infra-diritto molto efficace nella nota vicenda "Diciotti", conclusasi con una discutibile³⁰ presa di

²⁴ M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, cit., 53.

²⁵ Circolare del 18 gennaio 2019, n. 400/A/2019.

²⁶ La dottrina giuridica inizia a trattare tali questioni sul piano della teoria delle fonti. C'è chi evidenzia come esse siano da inquadrare nel carattere sempre più "solido" della rete, anche se prospetta la possibilità di un ritorno a una sorta di "medioevo sistemico", in questo caso nel senso che poteri tradizionalmente pubblici vengono esercitati dalle reti e dalle organizzazioni che le dominano. Cfr. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020, 137.

²⁷ Sez. VI, n. 769/2015.

²⁸ Cfr. J. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962, trad. it., *Come fare cose con le parole*, Milano, 2005; J. R. SEARLE, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969, trad. it., *Atti linguistici. Saggi di filosofia del linguaggio*, Torino, 2009.

²⁹ I. GJERGJI, *Immigrazione e infra-diritto: dal governo per circolari alla tweeting-governance*, cit., 337.

³⁰ A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'"altro" diritto*, cit., 689.

posizione del Parlamento a favore del carattere politico della presa di posizione del ministro. Ciò non è sfuggito alla più sensibile dottrina³¹, che ha stigmatizzato il fatto che i migranti fossero trattenuti sulla nave attraverso dichiarazioni rilasciate per mezzo social network che non assurgevano neppure alla statuto giuridico della decisione amministrativa.

iv) Vi è infine il tema dell'accoglienza del richiedente asilo. Emblematica la vicenda degli hot-spot, "punti di crisi" istituiti nei Paesi di confine dell'Unione al fine di affrontare sfide migratorie specifiche e sproporzionate caratterizzate dall'arrivo di ampi flussi migratori la cui genesi e la cui conseguente disciplina è caratterizzata, tanto a livello interno quanto a livello europeo, dal ricorso a fonti atipiche o di rango sub-primario, in materie coperte da riserve di legge (artt. 10 e 13 Cost.).

Il riferimento agli hot-spot compare, per la prima volta, nella c.d. *Agenda europea sulla migrazione*, adottata dalla Commissione europea nel maggio del 2015. Quindi, una circolare del Ministero dell'Interno del 28 settembre 2015 definisce gli hot-spot non solo come mero "metodo" di accoglienza, ma come luoghi fisici "chiusi", ove «sono disponibili strutture di prima accoglienza [...] per effettuare le attività di preidentificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici». In seguito, la circolare del Ministero dell'Interno contenente le *operational standards rules* fissa una vera e propria sequenza operativa che deve essere messa in atto dal personale delle strutture. Le prime attività, precisate dalla stessa circolare, riguardano il salvataggio e lo sbarco dei migranti. In seguito, la circolare impone alle autorità presenti negli hot-spot di procedere allo screening sanitario e all'informativa sui diritti in materia di immigrazione e asilo. Inoltre, il personale delle strutture è incaricato delle procedure di pre-identificazione (mediante foto identificativa o l'uso dei braccialetti identificativi); procedure che devono ritenersi propedeutiche al controllo sulle banche dati di polizia.

Si è notato che la circolare del Ministero dell'Interno che ha dato avvio all'approccio hot-spot abbia di fatto prodotto effetti giuridici di rilievo esterno, istituendo un nuovo metodo e nuovi luoghi di accoglienza, estranei all'ordinamento e non previsti in alcun modo dalle fonti primarie³². Solo successivamente, in base all'art. 10-ter t.u.i., si è previsto che lo straniero, rintracciato alla frontiera o giunto in Italia a seguito di operazioni di salvataggio in mare «è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi» allestiti sul territorio. La disposizione, introdotta dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, offre una base legale agli hot-spot, ma omette di regolare in modo compiuto le attività che ivi si svolgono. La finalità della novella del 2017 è di adeguarsi al cambio di passo imposto dalla Agenda Europea sulla migrazione, con obiettivo le migliori *performance* nell'effettività dei reimpatri.

³¹ L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2021, 130.

³² M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, cit., 69.

Cosa concretamente avvenga negli hot-spot è ancora oggetto di regolamentazione informale (in particolare, nelle *Roadmap* e *Standard Operating Procedures*), benché si tratti di misure chiaramente incidenti sulle garanzie costituzionali relative all'asilo e ad altri diritti fondamentali (*in primis*, la libertà personale); misure la cui base legale resta pertanto ancora insufficiente³³.

L'efficienza prevale sulla legalità, come nella migliore tradizione della *soft law* secondo il vaticinio foucaultiano³⁴. L'irruenza del flusso viene incanalata in varchi istituzionalizzati, smorzandone la forza dirompente attraverso la sua segmentazione lineare. È quindi nelle strutture di accoglienza (frontiera in senso circolare) che si attua il vero e proprio "corpo a corpo" col migrante, che ne smorza l'andamento di flusso. Le diverse sfaccettature della frontiera messe in evidenza operano pertanto all'unisono ed in modalità sinergica per bloccare il flusso migratorio e, quando il blocco è stato superato, per rallentarlo e ri-territorializzarlo³⁵.

La difficoltà organizzativa del processo di identificazione e indirizzamento dei richiedenti asilo ha quindi determinato la nascita non solo di un *soft law* parallelo sovente in spregio alle riserve di legge costituzionali di cui agli artt. 10 e 13, ma anche una meta-amministrazione che bypassa le strutture esistenti e rinomina funzioni, personale, *expertise*³⁶.

3. *La gestione amministrativa dell'accoglienza*

È il tema dell'accoglienza del richiedente asilo quello che ha determinato le maggiori problematiche con riguardo ai profili organizzativi³⁷.

Qui, come noto, abbiamo tre fasi che spesso si intrecciano e si confondono, lasciando il richiedente in una prolungata condizione di incertezza e di attesa, in un limbo, o per dirla con Agamben in una "soglia" di indistinzione³⁸, un percorso a tappe che trasforma la frontiera in senso lineare in frontiera in senso circolare.

Vi è una fase di primo soccorso, nei punti di crisi, dove si misura la prima grave criticità dei già considerati hot-spot.

Vi è poi la fase della prima accoglienza, che scatta dal momento in cui si esprime l'intenzione di beneficiare della protezione. Qui entrano in gioco

³³ M. NICOLINI, C. PANZERA, *Asilo*, cit., 58.

³⁴ R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, cit., 38.

³⁵ S. ZORZETTO, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, cit., 223.

³⁶ F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, cit., 441.

³⁷ Sulle strutture di accoglienza v., con accenti molto critici, D. LOPRIENO, "Trattenere e punire". *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, 2018, e più di recente F. MANGANARO, *Principio di solidarietà e strutture di accoglienza dei migranti*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, III, Napoli, 2021, 2533 ss.

³⁸ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Edizione integrale (1995-2015), Macerata, 2018.

le strutture come i Centri governativi di prima accoglienza (CPA), istituti con decreto ministeriale ed affidati alla gestione di enti locali o di enti pubblici o privati che operano nel settore. Ciò sempre se vi è disponibilità di un centro simile, altrimenti – a proposito di segmentarietà circolare – si impiegano le strutture temporanee (CAS) funzionali a soddisfare esigenze essenziali di accoglienza. Si consideri, inoltre, come il d.l. n. 113/2018 ha grandemente compresso la posizione del richiedente asilo, prevedendo che il permesso di soggiorno costituisca sì documento per il riconoscimento ma non anche titolo per l'iscrizione all'anagrafe, con le prevedibili conseguenze su molti diritti sociali della persona. A fronte di una pluralità di *escamotage* suggeriti dalla dottrina³⁹ e giurisprudenza per aggirare tale previsione, è poi giunta la sentenza 31 luglio 2020, n. 186 della Corte costituzionale con la quale l'art. 13 del d.l. n. 113 è stato dichiarato illegittimo per irrazionalità intrinseca, poiché la norma non agevola il perseguimento delle finalità di controllo del territorio, e per irragionevole disparità di trattamento, in quanto rende ingiustificatamente più difficile ai richiedenti asilo l'accesso ai servizi che siano ad essi garantiti.

Infine, la fase di seconda accoglienza. Qui entrano in gioco i famosi SPRAR, istituiti nel 2002 e rinominati con la riforma del 2018 “Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati” (SIPROIMI). La riforma riservava i servizi di accoglienza degli enti locali che aderiscono allo SPRAR (ridenominato SIPROIMI) ai titolari di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati, escludendo dalla possibilità di usufruire dei relativi servizi i richiedenti la protezione internazionale. Ciò ha determinato una serie di questioni problematiche, rappresentate soprattutto dal fatto che al richiedente privo di mezzi e in attesa di decisione è riservata la permanenza nelle strutture di prima accoglienza, con gravi conseguenze sul piano delle condizioni di vita, stante il sovraccarico delle stesse. All'esito delle modifiche introdotte con il d.l. n. 130 del 2020 l'inserimento nelle strutture di tale circuito viene ampliato, nei limiti dei posti disponibili, oltre che ai titolari di protezione internazionale e ai minori stranieri non accompagnati, ai richiedenti la protezione internazionale.

Certo resta un problema di fondo, rappresentato dal fatto che il sistema SPRAR, pur con le tante luci, ha svelato una grande ombra: pur al netto degli interventi ministeriali che nel 2018 hanno concretamente inciso sul capitolato d'appalto riducendo i compensi per le strutture d'accoglienza e quindi le prestazioni obbligatorie⁴⁰, in generale l'approccio organizzativo statale, legato a quella che continua ad apparire come una funzione di sicurezza pubblica, rende meramente volontaristiche quelle che invece sarebbero funzioni di welfare eminente-

³⁹ Cfr. A. RAUTI, *Il decreto sicurezza di fronte alla Consulta. L'importanza, le incertezze e il seguito della sentenza n. 194 del 2019*, in *Le Regioni*, 2019, 1171 ss.

⁴⁰ A. TRAVI, *Le nuove leggi sui migranti e l'“altro” diritto*, cit., 679.

mente locali e quindi naturalmente in capo ad ogni comune in base al principio di sussidiarietà ex art. 118 Cost.⁴¹.

Ciò non stupisce⁴². In questa tematica l'assetto delle competenze e delle fonti appare centrale, essendo avvinto a doppio nodo alle politiche pubbliche in materia, che si muovono lungo l'asse della difficile conciliazione tra sicurezza, politiche "situazionali" e di c.d. "tolleranza zero", e politiche sociali di prevenzione ed inclusione. Il tema di fondo è rappresentato dal tramonto del c.d. welfarismo criminologico come specchio della più ampia crisi, o comunque ristrutturazione, del Welfare State. In tale contesto le politiche della sicurezza possono prendere il posto delle politiche sociali. Il rischio, quindi, è rappresentato da un determinato modo di intendere in questo delicatissimo settore l'intreccio fra sussidiarietà verticale e quella orizzontale: la legislazione statale degli ultimi anni ha finito per attirare, in una forma di sussidiarietà "ascendente", l'individuazione delle *polices*, rendendo tutto come forma di "sicurezza pubblica minore", sovente a danno di diversi modelli discendenti dalla legislazione regionale e da buone pratiche, specie a livello locale, caratterizzati da educazione alla convivenza, rispetto della legalità, integrazione e inclusione sociale, rigenerazione urbana e «rammendo» delle periferie.

4. Criticità nella tutela giurisdizionale dell'asilante

Venendo al tema delle tutele, c'è da dire 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 video-registrazione 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 persona⁴³.

In questa sede interessa maggiormente evidenziare i tratti di Stato amministrativo che emergono anche nella fase della tutela. Come detto 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 amministrative⁴⁴.

⁴¹ F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, cit., 443.

⁴² Si v., se si vuole, G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010.

⁴³ G. TROPEA, *Tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., spec. 683 ss.

⁴⁴ M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, cit., 479.

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.

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 ordinario⁴⁵. Sicché si reputa che da un sistema in cui per lungo tempo è rimasto centrale il t.u.p.s. 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 modello⁴⁶.

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 straniero, preme qui insistere sulla necessità di superare la “retorica dei diritti umani” anche in questo settore⁴⁷. 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.

Peraltro lo schema diritto soggettivo/giudice ordinario viene speso 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. Si afferma, così, che «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

⁴⁵ Fra le prime fra le prime Corte di cassazione, sez. un., 26 maggio 1997, n. 4674, più di recente la già citata Cass. n. 29459/2019.

⁴⁶ S. TUCCILLO, *La Costituzione «dimenticata». Il diritto d'asilo*, cit., 124.

⁴⁷ M. SAVINO, *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, cit., 123; in generale v. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

la protezione, nell'esercizio di una discrezionalità tecnica»⁴⁸. Sennonché esistono importanti ambiti che intercettano talune materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come nei casi del *welfare* locale nel settore⁴⁹, 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 se far ricadere nel modello privatistico o meno gli accordi fra amministrazioni propedeutici al finanziamento stesso⁵⁰.

Più in generale 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. Questa linea esegetica resta giocoforza circoscritta nella connessione biunivoca fra tutela dei diritti soggettivi fondamentali e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In base a una ancor più coraggiosa e dirimente prospettiva sostanziale, fondata sull'assunto secondo cui nelle società complesse contemporanee nessun diritto è "tiranno", sembra ormai possibile configurare la sussistenza di interessi legittimi *costituzionali* o *fondamentali*⁵¹, 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 privato⁵². L'incontro con il potere non è né un privilegio né un pericolo, è semplicemente una realtà. La negazione di questa realtà rappresenta, a ben vedere, il pericolo. I diritti fondamentali, se intesi come intangibili e non irrelati con il potere, diventano diritti virtuali non esercitabili, mere enunciazioni

⁴⁸ 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; Consiglio di Stato, sez. III, 23 maggio 2017, n. 2412; cfr. anche Corte di cassazione, sez. un., 29 gennaio 2019, n. 2441; id., 19 dicembre 2018, n. 32774; id., 27 novembre 2018, n. 30658; TAR Brescia, n. 15/2021.

⁴⁹ Cfr. M. IMMORDINO, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in www.federalismi.it, n. 19/2014, 2 ss.; AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit. 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., 74 ss.

⁵⁰ Nel senso della giurisdizione amministrativa v. Consiglio di Stato, 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.

⁵¹ N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in www.federalismi.it, 2020.

⁵² M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 gennaio 2020.

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 cd. 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 decisorii 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, in concreto e a prescindere dalle opzioni qualificatorie, l'effettività della situazione giuridica considerata.

5. Conclusioni

Mi pare di poter concludere questa breve indagine confermando la persistente centralità dello Stato amministrativo in una materia che si vorrebbe più di altra pervasa di Stato costituzionale e del carattere umanitario del diritto internazionale contemporaneo.

Invero, la pervasività dell'infra-diritto a livello di fonti, dalle classiche circolari alla "tweeting governance", 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*⁵³, anomia senza alcuna veste giuridica⁵⁴ dunque nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo. In realtà il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e

⁵³ 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*, 2020, 51 ss.

⁵⁴ 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 www.osservatoriosullefonti.it, 477.

controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, “corpo docile” che si auto-limita e controlla⁵⁵.

Solo così si potrà cogliere il meccanismo di biopotere che opera sul richiedente asilo 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'altra⁵⁶.

Una “proliferazione della serie” che supera la gerarchizzazione della legge e diviene agente, ingranaggio connesso e concatenato di amministrazione e giustizia, fatto di “blocchi, serie, intensità”, come nella letteratura “minore” di Kafka magnificamente descritta, ancora, dai già richiamati Deleuze e Guattari⁵⁷, al netto delle antinomie che percorrono l'intera ontologia politica di Deleuze e rispetto alle quali il dibattito filosofico contemporaneo rimane aperto⁵⁸.

⁵⁵ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, cit., 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)*, Milano, 2005. 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.

⁵⁶ S. ZORZETTO, *Funzione biopolitica delle frontiere nell'accoglienza a richiedenti asilo e rifugiati*, cit., 223.

⁵⁷ G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Kafka. Pour une littérature minuire*, Parigi, 1975, trad. it., *Kafka. Per una letteratura minore*, Macerata, ultima ed., 2021.

⁵⁸ Si v. R. ESPOSITO, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020, spec. 130 ss.

Abstract

Contro la retorica dei diritti umani, particolarmente pervasiva nell'ambito del diritto dell'immigrazione e soprattutto nella materia del diritto d'asilo e della tutela del rifugiato, si mette in luce la persistente centralità dello Stato amministrativo. Ciò sotto tre concorrenti prospettive: la rilevanza in materia del soft law nella forma delle circolari amministrative, il tema della gestione amministrativa dell'accoglienza, le persistenti criticità nella tutela giurisdizionale del richiedente asilo. Si ritiene che solo acquisendo una maggiore consapevolezza di tale assetto si potrà meglio cogliere il meccanismo di biopotere che opera sul richiedente asilo 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'altra.

The administrative condition of the refugee, in the segmentary of the border

The persistent centrality of the administrative state plays a crucial role in questioning the concept the rhetoric of human rights, and it is extremely pervasive in the field of immigration law, especially regarding the notion of asylum and refugee protection. This according to three different perspectives: the relevance of soft law in the form of administrative circular, the issue of administrative management of the reception, persistent critical issues in the judicial protection of the asylum seeker. It is believed that only by acquiring a greater awareness of this structure it will be possible to better grasp the mechanism of biopower that operates on the asylum seeker who crosses the border, and enters in a gradual journey, marked by the passage from one reception facility to another and from one bureaucratic practice to a different one.