

**DAL “DECRETO CUTRO” ALLE DECISIONI DEL
TRIBUNALE DI CATANIA IN MATERIA DI
IMMIGRAZIONE: OSSERVAZIONI SULLA C.D.
“SEPARAZIONE DEI POTERI”**

GIOACCHINO LA ROCCA
Professore ordinario

1. Chiunque viva in città anche piccole ha sotto gli occhi il triste spettacolo di immigrati che vagabondano sulle strade in condizioni di estrema indigenza, l'unico rimedio alle quali è assai spesso – e inevitabilmente – l'attività criminale. La via di uscita a questa tragedia umana è costituita dall'inserimento dei suoi sfortunati protagonisti nell'economia del lavoro regolare, onde restituire loro dignità e prospettive di vita.

A tal fine, in definitiva, mira il c.d. “Decreto Cutro”, vale a dire il d.l. 10 marzo 2023, n. 20, convertito con modificazioni dalla l. 5 maggio 2023 n. 50, “*recante disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare*”. Questa misura legislativa è stata seguita dal d.l. 19 settembre 2023 n. 124. Tra l'altro, il “decreto Cutro” prevede che il “richiedente la protezione internazionale” possa essere trattenuto nei centri di accoglienza qualora non offra – secondo quanto stabilito anche dalla normativa europea - adeguata garanzia finanziaria circa la possibilità di provvedere al proprio alloggio e al proprio mantenimento per un periodo di almeno quattro settimane.

La “ratio” di questa norma è evidente: essa intende rafforzare la speranza che, durante il periodo del procedimento amministrativo che lo riguarda, l'interessato sia in grado di

soddisfare le sue esigenze di vita più elementari; in caso contrario, vi farà fronte lo Stato negli appositi centri di accoglienza. In altre parole, attraverso questa disposizione il legislatore mira a far sì che l'interessato non offenda la sua dignità dormendo nella pubblica via e soprattutto che sia in grado di sostentarsi e non sia costretto a mendicare, ovvero a commettere reati.

2. Con decisione del 29 settembre 2023 il Tribunale di Catania, nella persona del giudice Apostolico, ha ritenuto che la garanzia finanziaria sopra menzionata *“non si configura come misura alternativa al trattenimento, ma come requisito amministrativo imposto al richiedente prima di riconoscere i diritti conferiti dalla dir. 2013/33/UE, per il solo fatto che richiede protezione internazionale”*. Tale sentenza è stata seguita da altre.

Sono evidenti le ragioni di perplessità suscitate da questa decisione.

Essa disapplica una misura che è volta a dare effettività a due principi cardine dell'ordinamento, vale a dire I) la dignità dell'essere umano, che è palesemente calpestata da quelle forme di sopravvivenza misera, che taluno scambia per “accoglienza” e che sono onnipresenti nella realtà italiana; II) l'ordine pubblico, che – espressamente richiamato dall'art. 8, lett. e, dir. 2013/33/UE. *“recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale”*, quale esigenza legittimante il trattenimento del richiedente – è messo ragionevolmente a repentaglio dalla circolazione sul territorio nazionale di disperati privi di alcuna risorsa e quindi nella necessità di sopravvivere con qualsiasi mezzo, anche a costo di divenire facile preda della criminalità organizzata, se non addirittura di organizzazioni terroristiche, come è dimostrato da esempi che proprio in queste ore hanno una drammatica conferma (v. *Corriere della sera*, 18 ottobre 2023, 12; https://www.repubblica.it/esteri/2023/10/18/news/abdeslam_as_soued_terrorista_attentato_bruxelles-418091205/?ref=RHLF-

[BG-I418091199-P2-S1-T1; Corriere della sera, 19 ottobre 2023, 10\).](#)

3. Sono note le aspre polemiche seguite alla decisione sopra ricordata.

Il governo, che con l'introduzione dell'art. 6 bis nel d.lgs. n. 142/2015, sopra accennato, aveva ritenuto di presidiare, al tempo stesso, dignità dei richiedenti protezione internazionale e ordine pubblico, ponendo a carico dello Stato quanto occorre per la soddisfazione dei loro bisogni primari, ha rilevato come il giudice decidente fosse da anni impegnato – secondo non smentite notizie di stampa e, d'altra parte, documentate in video - in una pubblica ed attiva militanza nell'ambito di associazioni convinte che il provvedimento legislativo oggetto della decisione del Tribunale del 29 settembre 2023 sia volto ad “*attaccare i diritti delle persone migranti e portare avanti politiche discriminatorie securitarie e razziste*” (v. <https://poterealpovo.org/decreto-cutro-cosa-succede/>).

Il dibattito, che ne è sorto, ha investito tra l'altro anche il piano teorico-istituzionale, ancorato sull'allarme per l'asserita demolizione, da parte del governo, della “separazione dei poteri”, in cui si intravede uno dei pilastri fondativi della vigente architettura istituzionale. Un dibattito tanto vivace, esteso e incisivo, nonché la delicatezza dei profili coinvolti in tale dibattito, inducono a qualche riflessione sia sulla asserita neutralità tecnica delle decisioni dei giudici, sia sulla c.d. “separazione dei poteri”, che nella narrazione invalsa nella c.d. “grande stampa” sarebbe vulnerata, con grave pericolo per la democrazia, dalle critiche mosse dal potere politico alle decisioni della giurisprudenza, con connessa attenzione all'ambito dell'eventuale ammissibilità di tali critiche.

4. Occorre, innanzi tutto, prendere atto che un confronto aspro tra giurisdizione e politica è un dato ricorrente, non solo nella cronaca di questi anni, ma nella storia. Al riguardo sono sufficienti pochi esempi: quando nel 533 Giustiniano promulgò il Digesto con la *Constitutio Tanta*, escluse che esso potesse

essere oggetto di interpretazione e commento da parte dei giureconsulti. La sola attività ammessa era la traduzione del testo dal latino al greco, mentre lo *jus dicere* avrebbe dovuto essere potere esclusivo della corte imperiale, del potere politico.

Ad una trama non diversa rispose l'istituzione del *Tribunal de cassation* – l'antecedente storico della nostra Corte di cassazione - da parte dei rivoluzionari francesi (PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 128 ss.). Nelle intenzioni dei legislatori della fine del XVIII secolo, il *Tribunal de cassation* avrebbe dovuto essere diretto a «togliere valore giuridico a quegli atti del potere giudiziario che urtassero contro l'autorità della legge» (CALAMANDREI, *La cassazione civile* (1920), in *Opere giuridiche*, VI, Napoli, 1976, spec. 377 ss., 451). Ovviamente, non vi sono dubbi circa la natura di tale contrapposizione: «l'ostilità contro [i giudici] derivava nei riformatori specialmente da ragioni di natura politica, in quanto essi scorgevano in questi potenti consessi giudiziari ... un pericolo contro l'unità dello Stato ed un attentato alla sovranità del potere legislativo» (CALAMANDREI, *op. cit.*, 383).

Questa visione è riassunta nell'idea che il giudice dovesse limitarsi ad essere la “bocca della legge”. Anche a tale prospettiva, peraltro, ci si deve avvicinare senza dimenticare la sua dimensione storica e le sue implicazioni ideologiche. Nella logica illuminista del XVIII – che per più di un verso ancora è largamente presente in molte posizioni odierne, malgrado il tempo trascorso – la “legge” non è più *quod principi placuit*, secondo la visione medievale, ossia una volontà rimessa all'arbitrio del detentore del potere politico, ma il prodotto della “volontà generale” espressa da cittadini vincolati dal “contratto sociale”, che – nelle semplificazioni reiterate in questi giorni - sarebbe alla base della società democratica.

5. Non si deve rimanere abbacinati dalle parole: “contratto sociale”, “volontà generale”, “separazione dei poteri” non sono entità metafisiche aventi sempre e ovunque lo stesso significato e valore. Al contrario, si tratta di formule agitate di tempo in

tempo a supporto di interessi economico-politici nel conflitto con altri interessi. Ad esempio, nel Medio Evo (e anche dopo) il feticcio del “contratto sociale”, ossia del contratto come modello di formazione dell’ordine politico, fu utilizzato per affermare sia il diritto del clero e delle città a partecipare, in luogo dell’Imperatore, all’elezione dei Vescovi, sul presupposto che “da tutti deve essere eletto chi da tutti deve essere obbedito” (VOLPE, *Il Medio Evo* (1926), Firenze, rist. 1969, 203; GOUGH, *Il contratto sociale. Storia critica di una teoria* (1936), ed. it., Bologna, 1986, 14), sia il diritto del popolo di deporre il re che avesse abusato del suo potere (GOUGH, *op. cit.*, 60), secondo un’impostazione che sarà replicata nel tempo (v., ad esempio, *op. ult. cit.*, 226 s.).

Ed ancora, è bene guardarsi dall’idea che postulare una matrice contrattualistica della società – come pure “vestire” ogni discorso pubblico con il riferimento ad una “modernità”, sulle cui concreta fattezze incombe tutta la teorica astrattezza degli intellettuali continentali del XVIII secolo – conduca necessariamente ad una (peraltro di per sé assai vaga) “democrazia dei diritti”: per rimanere sull’esempio di Rousseau – sicuramente l’“eroe eponimo” delle tesi contrattualistiche – la “volontà generale” assume un valore assoluto, tale da ridurre all’irrelevanza l’individuo (GOUGH, *op. cit.*, 235), dal momento che in Rousseau ciascun uomo da interamente alla comunità “la sua persona ed ogni suo potere” (CHEVALLIER, *Le grandi opere del pensiero politico*, Bologna, 1998, 176; STRAUSS-CROSEY, *Storia della filosofia politica*, II, ed. it., Genova, 1995, 368 s.).

Anche in questo caso è agevole intravedere la ragione contingente, storicamente determinata, di queste posizioni: innanzi tutto, si mirava a trasferire la sovranità dal monarca al “popolo”; quando, poi, si prestò attenzione alla sostanza delle cose, per gli illuministi del XVIII secolo – a cominciare da Kant: secondo alcuni il teorico della Rivoluzione francese (riferimenti in SOLARI, *Il liberalismo di Kant e la sua concezione dello Stato di diritto*, ora in ID., *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino, 1949, 231) - il concetto di libertà si identifica con la tutela, da parte dell’ordinamento positivo, dell’indipendenza e della

sicurezza dell'individuo (NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, 1962, 213), la cui realizzazione nell'esperienza storica, peraltro, era strettamente connessa all'appropriazione di una quota di realtà naturale quale estensione materiale della personalità e della libertà dell'individuo (GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006, 32 s. E v. già HOLMES, *The Common Law* (1881), rist. con introd. di Novick, New York, 1991, 207 ss.).

Il paradigma illuminista-liberale - articolato su libertà, cittadinanza, persona e proprietà - rende evidente che, quando i suoi sostenitori invocavano il "popolo", circoscrivevano tale entità alla classe dei proprietari, con la conseguenza che quanti fossero privi di tale qualità non avevano cittadinanza, non partecipavano alla formazione della "volontà generale": occorrerà attendere Hegel affinché le masse entrassero nella vita politica.

6. Come si vede, vale anche per le formule correnti nel dibattito pubblico odierno, quali "contratto sociale", "volontà generale", quanto si è osservato per un'altra di queste formule, che qui interessa maggiormente: la "separazione dei poteri".

Da tempo è stato acquisito nella dottrina giuridica che le affermazioni - spesso enunciate con la convinzione di pronunciare chissà quali dogmi sacramentali - circa la centralità della "separazioni dei poteri", della "imparzialità del giudice" ecc., non sono altro che "abitudini linguistiche". Tali "abitudini linguistiche" sono fuorvianti in quanto sembrano imprimere una sorta di oggettività tecnica alle attività giuridiche e segnatamente alle attività di interpretazione effettuate dal giudice (TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 15 s.). Questi concetti, queste convinzioni - si è proseguito - "non sono dati naturali immutabili, ma un prodotto della storia", al pari delle altre parole d'ordine della c.d. "modernità" sopra ricordate.

E non vale trincerarsi dietro la formula – non priva di ambiguità – dell’art. 101 Cost. (“*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*”), dal momento che – anche questo è un dato ormai acquisito – l’attività di interpretazione della legge non è una attività di accertamento di una verità intrinseca, obiettiva e predeterminata; al contrario, l’interpretazione giudiziale è il frutto di una scelta tra possibili significati. Più precisamente, “per ogni disposizione normativa non v’è mai un solo significato determinabile, o, vista da una differente prospettiva, per ogni enunciato normativo v’è sempre più di una interpretazione. Ne segue che «l’interpretazione – in particolare: quella giudiziale – è atto non di conoscenza, ma di scelta, e pertanto di volontà e di volontà politica. I testi normativi non hanno un unico, univoco, significato oggettivo precostituito: l’attribuzione di significato ai testi normativi è frutto di una decisione discrezionale degli interpreti (in ultima analisi dei giudici)” (VELLUZZI, in *Commentario al codice civile*, I, Milanofiori, 2014, 215 ss.; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 414).

7. Dunque, l’attività di interpretazione della legge ad opera del giudice non si colloca in un limbo quasi magico di una asettica neutralità. Al contrario, l’interpretazione rassegnata dal giudice in sentenza è frutto di una scelta, che possiede una schietta caratura politica.

In proposito, è necessario non perdere di vista il seguente rilievo: *ogni sentenza è «politica» perché ogni sentenza interviene sulle relazioni economico-sociali intrattenute nella collettività, orientando e conformando quest'ultima.*

Su queste premesse, è assolutamente lecito per il governo criticare – anche aspramente – le sentenze, dal momento che le sentenze, tutte le sentenze, intervengono sull’organizzazione della *polis*, ossia sono espressioni di un’attività eminentemente politica, che si interseca dialetticamente con quella del governo, integrandola.

I termini della questione non mutano – anzi si aggravano - se alla formula della “separazione dei poteri” sostituiamo la distinzione tra “funzioni di governo” e “funzioni di garanzia”: in

questa prospettazione la “funzione di garanzia”, che si concretizzerebbe nelle sentenze dei giudici, sembra contrapporsi esplicitamente a quella di governo senza alcun limite. In altre parole, in questa prospettazione sbiadisce quella “legge” – tipico prodotto dell’attività di governo nella sua duplice manifestazione dell’esecutivo e della sua maggioranza parlamentare – che l’art. 101 cost. configura come limite invalicabile del giudice. Se si adotta questa prospettiva si corre il rischio di dimenticare che nell’ordinamento costituzionale vigente la “garanzia” di fronte alla legge spetta alla Corte costituzionale, non al magistrato ordinario.

8. Non resta che tirare le fila. Se il giudice è un attore politico al pari di altri (anzi con assai maggiore potere degli altri), il giudice medesimo non può sottrarsi al sindacato sulle opinioni che ha liberamente espresso, non già nella riservatezza del suo privato, ma nell’ambito di manifestazioni pubbliche, liberamente indette da organizzazioni politiche. Se l’attività giudiziale – come dovrebbe ormai essere pacifico – è una attività politica, è del tutto strumentale confinare in una indistinta sede “personale”, le attività politiche pubbliche, poste in essere dal singolo magistrato al di fuori dell’edificio del tribunale, atteso che tali attività contribuiscono alla comprensione della matrice politica della sua sentenza e la loro conoscenza è, dunque, funzionale alla comprensione di quest’ultima; ne integra la motivazione.

L’ordinamento ha predisposto una ricetta per porre rimedio al conflitto *politico* tra il giudice ed il governo intorno ad una legge.

Il giudice ordinario – al pari di qualsiasi attore politico - deve avere come bussola la Costituzione: se ritiene che la visione politica sottintesa nella legge ordinaria sia contraria alla visione politica sottintesa nella Costituzione, ha di fronte un’alternativa: o cerca di interpretare la legge ordinaria nel modo che egli ritenga conforme a Costituzione, ovvero – qualora ciò non fosse possibile a causa del (ritenuto, sospettato) insanabile conflitto

della legge ordinaria alla Costituzione – solleva la questione di legittimità costituzionale dinnanzi alla Corte costituzionale.

Qualora il giudice non segua il percorso segnato dalla carta fondamentale e disapplichi consapevolmente la legge, sostituisce le proprie personali valutazioni politiche a quelle già espresse dal potere legislativo e con ciò viola in modo frontale la Carta costituzionale a cominciare dall'art. 101 Cost., del quale surrettiziamente pretende di farsi scudo.

Ne segue che non sembrano esservi le condizioni per un soccorso del Consiglio Superiore della Magistratura. Quel giudice, infatti, è solo un attore che si è posto al di fuori dell'ordine costituzionale vigente.