



<http://www.diva-portal.org>

Postprint

This is the accepted version of a paper published in . This paper has been peer-reviewed but does not include the final publisher proof-corrections or journal pagination.

Citation for the original published paper (version of record):

Mindus, P., Cuono, M. (2018)

Legal Theory for the Age of Migration? An Outline of a Theory of Arbitrary Lawmaking:
Verso una teoria del diritto per l'età delle migrazioni di massa Una tipologia del potere
arbitrario

Rivista di Filosofia del Diritto, 1: 11-32

<https://doi.org/10.4477/89900>

Access to the published version may require subscription.

N.B. When citing this work, cite the original published paper.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-354481>

Verso una teoria del diritto per l'età delle migrazioni di massa

Una tipologia del potere arbitrario

Massimo Cuono e Patricia Mindus

Legal Theory for the Age of Migration? An Outline of a Theory of Arbitrary Lawmaking. In this paper, a typology of forms of arbitrariness, as related to political power, is sketched out and applied specifically to the analysis of citizenship policies and border-control techniques. The paper offers a basic typology of forms of arbitrariness making possible a hopefully clarifying differentiation among forms of abuse: (a) illegal practices, (b) irrational policies, and (c) discriminatory statuses.

Keywords: Arbitrary Power, Migration Law, Irrational Policy, Illegal Practice, Discriminatory Status.

1. Introduzione

La filosofia pratica – sia essa morale, politica o giuridica – da sempre è divisa fra i sostenitori dell'universale e fautori del particolare. Il dibattito sui diritti umani o fondamentali ne fornisce un esempio paradigmatico. Se di tali diritti debba essere titolare l'*essere umano* o il *cittadino* è una domanda rilevante anche per la filosofia che riflette sulle migrazioni. Il fenomeno delle migrazioni di massa, infatti, offre l'occasione per una rinnovata riflessione attorno all'opposizione fra universalismo e particolarismo. I dibattiti sulla apertura o la chiusura delle frontiere (Carens 1987; Bauböck 1994), così come quelli sulla giustizia globale (Jones 2001; Juss 2006), hanno riportato al centro questa contrapposizione a partire dal problema della definizione e della

Per quanto il presente saggio sia frutto di una riflessione comune, il 50% dell'articolo è da considerarsi elaborato da Massimo Cuono e il 50% da Patricia Mindus; in particolare il secondo e il terzo paragrafo sono stati redatti da Massimo Cuono, mentre il resto è stato scritto insieme dai due autori. Là dove non sia indicata un'edizione italiana dei testi citati, la traduzione è stata realizzata dagli autori.

costruzione di confini dei gruppi umani, un tema divenuto centrale per la riflessione pratica da quando negli anni Ottanta, Michael Walzer inaugurò, con *Spheres of Justice*, un prolifico filone di studi attorno alla distribuzione di beni all'interno di sistemi e a confini aperti per definizione.

Da allora, sia pur con sfumature e ibridazioni rilevanti, i dibattiti sulle migrazioni e la cittadinanza hanno diviso i difensori della prospettiva universalistica che vuole l'estensione dei diritti fondamentali a tutti gli esseri umani e i sostenitori di tesi particolariste, di orientamento non di rado repubblicano che, diversamente, difendono la connessione fra la titolarità dei diritti e le posizioni particolari degli individui in quanto appartenenti ad un determinato collettivo.

Molti sforzi sono stati compiuti allo scopo di ricostruire lo stato dell'arte del vasto e complesso campo degli studi sulle migrazioni; altrettanti i tentativi di mettere ordine fra le più diverse posizioni e di fare chiarezza sulle differenti tradizioni di pensiero (Nardin e Mapel 1992; Goodin 1992); senza la pretesa di ricostruire dibattiti ormai molto raffinati e specializzati, vale comunque la pena segnalare un punto in comune fra i diversi orientamenti teorici e normativi. Tanto coloro che prendono le mosse da posizioni universaliste, tanto coloro che partono da presupposti particolaristi ricorrono non di rado ad assunzioni preanalitiche circa la nozione di "potere arbitrario". Un aspetto che accomuna le pur diversissime voci del dibattito nel vasto campo delle riflessioni filosofiche in materia di migrazioni è, proprio, la scarsa riflessione dedicata alla questione di che cosa significhi creare diritto arbitrario.

Quest'elaborazione piuttosto modesta di strumenti teorici legati alla nozione di potere arbitrario potrebbe sorprendere poiché ampia parte del dibattito prende avvio da posizioni etiche. Ancora una volta, si oppongono orientamenti universalistici e particolaristici. Da un lato, troviamo le posizioni universalistiche degli utilitaristi che si concentrano su questioni legate all'utilità, al benessere e ai bisogni primari (Singer 1972; Goodin 1985; 1988; Elfström e Atkins 1990). Nel tentativo di derivare aspettative morali da considerazioni prudenziali i teorici della scelta razionale e del contrattualismo più o meno classico, da John Rawls a Margaret Gilbert, si differenziano certamente dai realisti (Hendrickson 1992)¹. Sempre fra gli universalisti vanno annoverati gli approcci deontologici (Dummett 1992), che rivendicano l'ascrizione di diritti equali per tutti gli esseri umani, a partire dai libertari che esaltano la proprietà sugli altri diritti naturali (Steiner 1992) fino ad arrivare a pensatori neokantiani (Beitz, Pogge); infine, è forse possibile annoverare nella categoria di universalismo anche gli approcci che insistono sulla virtù (O'Neill 1985; 1986).

¹ David Miller ha recentemente difeso che il suo punto di vista in *Strangers in Our Midst* (Miller 2016); normalmente annoverato fra i realisti, sussistono dubbi sulla collocazione: per una critica convincente si veda Fine 2017.

Nel campo particolarista, le posizioni non sono meno articolate, distinguendosi, anch'esse a seconda dell'orientamento morale e politico, da posizioni vicine a quelle liberal-democratiche (Held, Bohman), al patriottismo moderato (Nathanson 1989; Fletcher 1993), alla tradizione liberal-nazionalistica (Whelan 1988; Miller 1997; Tamir 1993; Kymlicka 2002), ai particolarismi di stampo social-democratico (Walzer 1995; Føllesdal 1997; Offe 1998, Streeck 1998) fino alle posizioni più radicali dei pensatori comunitaristi e dei sostenitori del patriottismo esclusivo (MacIntyre 1984), dei neo-Hegelianisti (Frost) fino a versioni meno sofisticate di nazionalismo.

Come è stato già notato "l'indeterminatezza dei principi e dei criteri di giudizio può spiegare come mai filosofi pratici che fanno capo ad una medesima tradizione hanno spesso argomentato in maniera opposta sulla questione delle frontiere" (Bader 2005, 335). Il medesimo problema di indeterminatezza è riscontrabile in grande parte della riflessione ~~intorno alla~~ nozione di potere arbitrario, perlopiù utilizzata come strumento retorico per delegittimare l'avversario teorico o politico, facendo, così, coincidere lo stigma dell'arbitrio con l'incompatibilità con le intuizioni morali a partire dalle quali l'autore prende le mosse.

Quello retorico non è il solo uso in letteratura del concetto di potere arbitrario. Se si guarda, ad esempio, al lavoro di Cara Nine, la riflessione sull'arbitrarietà dei confini territoriali si basa sull'assunto secondo il quale "ciò che è disponibile – cioè suscettibile di essere distribuito a partire da principi di giustizia – non deve essere influenzato da considerazioni moralmente arbitrarie" (Nine 2012, 5). La nozione di "moralmente arbitrario" rimanda, normalmente, a due possibili significati: o la si usa semplicemente quale sinonimo di "ingiustificato", rimandando il problema alla definizione della nozione non meno vaga di "moralmente giustificato"; oppure la si usa per indicare una serie di elementi contingenti, nello specifico significato che il termine ha acquisito nel dibattito etico in relazione ai lavori di Williams e Nagel². L'uso di "arbitrario" come "contingente" si è affermato in filosofia pratica a partire dal concetto di "fortuna morale" proposto da Bernard Williams. In un famoso saggio del 1981, Williams (1981, 20) afferma che "nulla che sia prodotto da contingenze, siano esse felici o infelici, può essere oggetto di considerazioni morali". Secondo questa prospettiva, "le questioni contingenti e fortuite non devono essere considerate nelle valutazioni morali" (Nine 2012, 8).

² Si noti che Thomas Nagel usa un'accezione di "fortuna morale" leggermente diversa da quella di Williams. Per Nagel, infatti, è da considerare oggetto di fortuna tutto ciò che sfugge dal controllo del soggetto, come del resto è evidente nel noto caso della coppia di guidatori, Fortunato e Sfortunato, il secondo dei quali investe un bambino. Si veda la versione più completa dell'articolo che fu pubblicato per la prima volta nel 1976, ora Nagel 1993.

Da questo punto di vista, “arbitrario” sarebbe tanto il luogo in cui nasciamo, perché fuori dal nostro controllo (Shachar 2009), quanto il modo in cui vengono tracciati i confini, dato che la loro ubicazione è frutto dalle contingenze della storia (Beitz 1979).

Il presente lavoro prende le distanze dall’equazione tipica dell’etica analitica che fa coincidere “arbitrario” con “contingente”, proponendo un’articolazione della nozione di “potere arbitrario” più adeguata alla riflessione filosofico giuridica e filosofico politica.

2. Potere arbitrario: verso una classificazione

Nella celebre *Satira VI*, Giovenale racconta la storia di una matrona romana che condanna a morte uno dei suoi schiavi senza addurre alcuna ragione: “Questo è ciò che voglio, così comando. In luogo della ragione, valga la volontà”³. Questo episodio è un caso paradigmatico di quella che siamo abituati a definire una scelta arbitraria, stigma per eccellenza delle decisioni, in particolare pubbliche.

La scarsità di letteratura su tale nozione in ambito giuridico – ma lo stesso si può dire delle altre scienze sociali – è probabilmente legata proprio alla sua connotazione assiologicamente negativa che sembra farne un termine più adatto al dibattito politico che non alla letteratura scientifica. Eppure, il giudizio circa la non arbitrarietà di una legge appare quanto mai rilevante in particolare in stati democratici di diritto i cui ordinamenti fanno riposare parte della propria legittimità sul rifiuto di decisioni capricciose, imprevedibili e irragionevoli.

La regolamentazione in materia di cittadinanza e migrazioni appare un’area particolarmente fertile per approfondire il problema delle garanzie contro i comandi arbitrari. Il diritto delle migrazioni, del resto, è un campo di indagine ancora da esplorare dal punto di vista teorico, come ben messo in evidenza da questo numero monografico della *Rivista di Filosofia del Diritto*. Se l’approccio giusfilosofico è usato in altre discipline giuridiche come il diritto costituzionale o quello internazionale, lo studio dei fenomeni migratori, sebbene risalente, si presenta ancora oggi meno influenzato dagli studi teorici⁴. La stessa necessità di avviare un lavoro di ricognizione teorica relativamente agli obiettivi, ai metodi e agli strumenti di analisi utilizzati negli studi filosofico-giuridici e sociologico-giuridici sui fenomeni migratori sembra dipendere almeno in parte dal fatto che il diritto delle migrazioni è un’area segnata da uno *status* inferiore rispetto ad altri ambiti giuridici, che non di

³ Giovenale, *Satire*, VI, 223: “*Hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*”.

⁴ Così come evidenziato da Giolo, Macioce e Rigo nell’*Introduzione* a questo stesso volume.

rado si riflette sulle persone cui questo ambito del diritto si rivolge. Come segnala Alexis Spire, “il discredito gettato su chi lavora nell’ambito dei servizi e del diritto delle migrazioni non è certo un fenomeno nuovo [...]. Il lavoro di coloro che operano in prima linea nel campo dell’immigrazione viene costantemente sminuito a causa della svalutazione dello *status* giuridico degli stranieri, sancita già ai cancelli delle prefetture. Tale fenomeno non è solo simbolico, ma è tangibile se si guarda alle condizioni assai meno vantaggiose rispetto ad altri ambiti e servizi” (Spire 2017). Ciò nonostante, è opportuno segnalare come a rendere particolarmente feconda la riflessione circa l’arbitrarietà delle norme in materia di diritto delle migrazioni è proprio il campo in cui tali politiche sono relegate dalla letteratura; trattati come oscuri tecnicismi del diritto amministrativo, quando non come meri strumenti di ordine pubblico, leggi e regolamenti in materia di cittadinanza e migrazioni sono stati per lungo tempo considerati atti sovrani che non richiedono giustificazioni, lasciando così ampi margini di discrezionalità – quando non di arbitrio – a detrimento di valori come l’eguaglianza di fronte alla legge e la certezza del diritto. Il fatto che la sovranità territoriale si accompagni a una concezione della nozione giuridica di cittadinanza che non richiede “giustificazioni per escludere”, implica margini di arbitrio per il legislatore, tali da ripercuotersi sulla legittimità dell’intero ordinamento giuridico. Affrontare cittadinanza e migrazioni in relazione con le garanzie dello stato di diritto, richiede di sviluppare strumenti teorici per affrontare il tema della non-arbitrarietà delle norme che incidono sulla legittimità dell’ordinamento stesso.

Questo articolo propone un’analisi della nozione di arbitrarietà attraverso la sua declinazione in tre dimensioni – irrazionalità, illegalità, discriminazione – e la sua applicazione alle politiche di cittadinanza, intese non solo in relazione alla naturalizzazione, ma in senso più ampio come riferite anche alle tecniche di controllo delle frontiere. Gli esempi proposti hanno mero scopo illustrativo e sono pertanto selezionati da un’ampia casistica relativa a diversi paesi, senza pretese di esaustività.

3. Potere arbitrario e potere limitato

Dal latino *arbiter*, la nozione di “arbitrio” è spesso usata come sinonimo di volontà libera, in particolare al di fuori dell’ambito morale o politico. Fin dal medioevo, la nozione di libero arbitrio assume una connotazione positiva che rimanda alla possibilità umana di scegliere in maniera autonoma, diventando sinonimo di volontà libera dalla necessità⁵.

⁵ In termini assiologicamente neutri poi si parla del linguaggio come arbitrario nel senso di posto senza “alcuna connessione naturale” (Locke 1971, 554).

Quando, nella filosofia pratica e nel dibattito politico, “arbitrario” è riferito al potere, il termine invece è usato per condannare i vincoli alla libertà di qualcuno imposti senza freni o limitazioni; nel *Secondo trattato sul governo*, John Locke si serve della parola “arbitrary” per definire la schiavitù come la condizione che porta a essere asserviti alla volontà arbitraria di un altro uomo, che Locke (1982, 242) definisce “inconstant, uncertain, unknown”. Questo è ancora il medesimo uso che si fa del termine nel dibattito repubblicano contemporaneo sul dominio, nel quale si sostiene che una persona è libera quando non è sottoposto alla “volontà arbitraria” o al “dominio” di altri uomini (Lovett e Pettit 2009; Lovett 2012).

Allo stesso modo, nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 si afferma che “Nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato” (art. 9); “Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza” (art. 12); “Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua cittadinanza, né del diritto di mutare cittadinanza” (art. 15); “Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà” (art. 17).

Il caso del diritto a non essere sottoposti a “detenzione arbitraria” – su cui si basa l'*Habeas Corpus* – mostra l'importanza della nozione di arbitrarietà nella tradizione costituzionale, liberale e garantista, specialmente in merito al problema di come limitare il potere politico. L'arbitrio si riferisce, in questo caso, ai giudizi basati su interessi particolari, capricci, desideri o fantasie. L'espressione “potere arbitrario” si riferisce, così, a una qualche autorità libera di agire di sua propria iniziativa senza alcun limite o freno. Si tratta di uno dei temi al cuore dell'idea di potere che hanno gli autori liberali e che Montesquieu (1952, 274) esprime in maniera molto chiara nello *Spirito delle leggi*: “È un dato di eterna esperienza che ogni uomo dotato di potere è portato ad abusarne e che il suo potere si espande finché non incontri dei limiti”.

Quindi, in termini politici, la vaghezza e l'imprecisione della nozione di arbitrarietà si accompagnano al suo orientamento assiologico che ne fa lo stigma di un potere smodato e capriccioso. Una strada possibile per provare a chiarire i diversi significati con cui il termine arbitrario è usato nel linguaggio pratico consiste nell'esplorare le differenze fra quelle che definiamo decisioni arbitrarie e discrezionali. La parola “discrezionalità” indica nel linguaggio comune un atto parzialmente libero compiuto da un'autorità autorizzata ad assumere una decisione autonomamente. Due esempi tipici degli usi giuridici di discrezionalità sono la “grazia” (Christodoulidis 1999) e l'applicazione delle “circostanze attenuanti” nel mitigare una condanna.

Se una decisione è generalmente definita discrezionale quando assunta all'interno di limiti giuridici, una decisione è considerata arbitraria quando oltrepassa un determinato limite. La relazione concettuale di opposizione

tra “arbitrario” e “limitato” – costruita considerando “arbitrario” un potere che “supera i limiti” – aiuta a individuare differenti significati del termine, e a distinguere fra arbitrio e discrezionalità. È così possibile identificare almeno tre differenti forme di esercizio arbitrario del potere e tre diversi significati di arbitrarietà⁶:

a) *irrazionalità*, cioè operare senza tenere conto di standard logici o della coerenza fra mezzi e fini;

b) *illegalità*, cioè agire in contrasto con una norma giuridica, spesso di rango superiore;

c) *discriminazione*, cioè decidere in base a categorie che violano il principio di eguaglianza.

La tipologia qui sviluppata si basa sull’analisi semantica dei significati della parola “arbitrarietà” quando riferita a una qualche autorità. L’osservazione dei diversi significati di tale termine permette di distinguere, quindi, fra tre tipi di abusi di potere: a) politiche irrazionali; b) pratiche illegali; c) status discriminatori. È importante notare come questa tipologia – che può essere applicata anche alle pratiche giurisdizionali o, più in generale, al ragionamento giuridico – rimanda a problemi giuridici molto diversi e richiede strumenti interpretativi differenti a seconda della categoria. Dal punto di vista del ragionamento giuridico, infatti, è molto diverso risolvere un problema di *irrazionalità* o di incoerenza (ad esempio fra due norme antinomiche), invalidare una legge *illegale* (ad opera, ad esempio, di un tribunale costituzionale) o pronunciarsi circa una qualche forma di *discriminazione* (operazione aperta a discussione, ma pur sempre necessaria in un sistema qualificabile come “stato di diritto”).

L’articolo intende chiarire gli elementi di questa classificazione e di applicarli al campo del diritto delle migrazioni, poco esplorato dagli studiosi che si sono occupati del tema della decisione arbitraria.

4. Irrazionalità

Cercando un’analogia in chiave politica all’esempio proposto da Giovenale di una decisione assunta senza alcuna giustificazione, possiamo immaginare un legislatore capriccioso e folle come caso paradigmatico ed estremo di potere arbitrario che, in questo primo significato, si avvicina alla definizione, proposta da Timothy Endicott (2014), di arbitrarietà come “lack of reason”. Un possibile esempio: il 10 agosto 2002, il presidente turkmeno Saparmyrat Nyýazow decise di rinominare i giorni della settimana e i mesi dell’anno. Da quel giorno “gennaio” diventò Türkmenbaşy, padre di tutti i turkmeni, titolo auto attribuitosi da Nyýazow.

⁶ Tale tipologia è largamente sviluppata in Cuono 2013.

Per descrivere quale, dalla sua prospettiva, dovrebbe essere considerato il motto di un tiranno, Leibniz (1951, 213) cita proprio Giovenale: “stat pro ratione voluntas”. Nel porsi la questione “se la giustizia sia arbitraria” Leibniz individua due possibili prospettive tra loro opposte: da un lato, quella che si rifà alla teoria hobbesiana, secondo la quale la giustizia è basata soltanto sulla volontà del sovrano e sulla forza di farla rispettare⁷; al lato opposto vi è la concezione di Leibniz di *ratio* come limite alla particolare *voluntas* del sovrano. Secondo il filosofo, la legittimità di una decisione dovrebbe basarsi su una dimostrazione razionale della sua correttezza morale, per evitare che vengano compiute scelte politiche influenzate dagli interessi o dagli obiettivi particolari dei governanti. Da tale prospettiva, “arbitrario” è un potere “irrazionale” che dovrebbe essere limitato da norme razionalmente dimostrate.

La riflessione moderna su come la razionalità può porre limiti al potere si è sviluppata in due direzioni, che presuppongono due diverse maniere di concepire il ruolo politico della ragione: la razionalità strumentale che connette i fini ai mezzi (ciò che Max Weber qualificherà in termini di *Zweckrationalität*), e la tradizione della *Ratio* come legge naturale che permette di distinguere tra il bene e il male, il giusto e l’ingiusto.

Se si guarda alle concrete politiche di cittadinanza e di controllo delle frontiere è possibile individuare alcuni esempi di irrazionalità, almeno nel significato logico minimo di incoerenza, oltre che patenti esempi di inadeguatezza tra i fini supposti e i mezzi dispiegati. In particolare, se si assume il punto di vista dei destinatari delle norme (*ex parte populi*) e non quello dei legislatori (*ex parte principis*) ci si trova spesso davanti a situazioni di tipo kafkiano, relativamente alle procedure amministrative cui vengono sottoposti gli stranieri (Gargiulo 2017; 2014).

Un caso di tali provvedimenti potrebbe essere riscontrabile relativamente alle cosiddette *safe third country rules*, molto popolari nell’Unione europea e che prevedono la possibilità di rispedito indietro i richiedenti asilo nel primo paese “sicuro” in cui sono transitati. In Germania, ad esempio, la costituzione è stata modificata nel 1993 per escludere dalla tutela del diritto d’asilo “coloro che entrano nel territorio federale passando per un altro stato membro o un altro paese terzo”. Secondo Matthew Price (2009, 211), “la preoccupazione principale dei funzionari dell’immigrazione tedeschi” diventa “quella di accertare gli itinerari di viaggio dei richiedenti asilo al fine di valutare il loro diritto di presentare domanda”. Le politiche dei paesi “sicuri” rischiano così di produrre effetti collaterali del tutto irrazionali: che senso ha, ci si potrebbe chiedere, riconoscere il *diritto* a presentare domanda anche a chi *di fatto* non potrebbe presentarla?

⁷ Secondo Leibniz, questa sarebbe la posizione di Trasimaco nel primo libro della *Repubblica* di Platone in cui si afferma che “la giustizia è l’utile del più forte” (339a).

Un altro caso di trattamento arbitrario in materia di cittadinanza è certamente costituito dai moltissimi residenti irregolari (cioè i *sans-papiers* già presenti sul territorio) che sono apolidi di fatto perché “molti governi pongono forti barriere ai propri cittadini che hanno distrutto i documenti di identità al fine di evitare il rimpatrio” (Ellermann 2009, 14) e “i funzionari dell’immigrazione spesso non possono procurare documenti di viaggio nei casi in cui le relazioni diplomatiche con il paese di provenienza siano ostili o inesistenti” (Ellermann 2009, 25). Si produce così una sorta di limbo giuridico, frammentemente incoerente, in cui alcuni soggetti *non devono* rimanere sul territorio, ma *non possono* nemmeno lasciarlo.

È inoltre interessante ricordare le norme arbitrarie, dagli effetti contraddittori, quindi irrazionali, come l’applicazione della “chain deportation” relativa ai diversi standard per giudicare uno stato “sicuro”: nel 2003, per esempio, la Slovacchia rimandava i richiedenti asilo ceceni in Ucraina, che li rimandava indietro in Russia” (Price 2009, 221). Se si guarda la catena nel suo complesso, l’irrazionalità è patente.

L’arbitrarietà è evidente, infine, anche nelle eccessive limitazione riguardo alle scadenze temporali per la presentazione delle domande d’asilo: in Slovacchia, fino al 2000, la domanda andava formalizzata entro 24 ore e la Bulgaria richiedeva che la domanda fosse stata registrata entro lo scadere delle 72 ore dall’ingresso nel paese. Questi casi mostrano come azioni ed omissioni del potere spingersi fino a creare situazioni di vera e propria impossibilità logica. Per dirla lapidariamente con Spinoza (1999, 77): “se infatti dico, per esempio, che è mio diritto fare quel che voglio di questa tavola, non intendo che ho il diritto di farle mangiare l’erba”.

5. Illegalità

In un secondo significato – forse quello più comune e irriflesso – l’aggettivo “arbitrario” qualifica un atto che viola la legge. La questione della legge come la migliore tecnica per limitare il potere politico attraversa l’intera storia della filosofia, fin dall’antica opposizione fra “governo della legge” e “governo degli uomini” (Bobbio 1984, 169 ss.). Questa opposizione tenta di rispondere alla domanda se il miglior governante sia colui che si attiene alla legge oppure colui che trova soluzioni sempre nuove per problemi particolari e in contesti specifici. Se la prima opzione è stata sicuramente più rilevante nella storia del pensiero politico – fin dalla definizione aristotelica della legge come “ragione senza passioni”⁸ –, è possibile rintracciare anche argomenti in favore dell’idea

⁸ Aristotele, *Politica*, 1286a. Sul rapporto teso fra diritto ed emozioni, si veda Mindus 2018a, 2018b.

seconda la quale “*questo* caso particolare, o *questo* specifico evento, è ciò che più importa, e prendere la decisione giusta in *questo* caso o in *questa* occasione è l’asse portante di un comportamento giusto” (Schauer 2008, 9).

Ciò nonostante, i sistemi giuridici che definiamo “stati di diritto”, così come quelli che nella tradizione anglosassone si concepiscono come determinati dalla *Rule of Law*, sono basati sul presupposto che il diritto sia il mezzo più efficace per limitare le decisioni arbitrarie dei governanti. Secondo i più diversi autori che si rifanno a questo modello, anche il più saggio, onesto e retto fra gli uomini, se dotato di un potere assoluto, sarà sempre tentato di abusarne, ponendosi la stessa domanda di lady Macbeth: “Che bisogno c’è di preoccuparsi se qualcuno lo venga a sapere, dal momento che nessuno può chiamarci a renderne conto?”⁹.

Al fine di chiarire in che senso una decisione illecita si possa definire arbitraria è utile analizzare le due differenti dimensioni che caratterizzano l’ideale del governo della legge. Da un lato troviamo i limiti posti dal cosiddetto *gubernaculum sub lege*, che riguarda il dovere per il detentore del potere di agire in conformità a norme superiori; nelle democrazie costituzionali contemporanee, ad esempio, il potere legislativo sarebbe, secondo questo ideale, tenuto a produrre leggi conformi al dettato costituzionale, non solo relativamente alle norme formali sulla produzione del diritto, ma anche rispettando i limiti sostanziali posti dalle carte dei diritti (*gubernaculum sub iuribus*).

Dall’altro lato, vi sono i limiti posti dal modello del *gubernaculum per leges*, che riguarda il dovere per il governante di esprimersi attraverso norme generali ed astratte, rivolgendosi ad ampie classi di individui e regolando delle classi di condotte (fattispecie astratte). John Austin (1885, I, 92) insiste su questa caratteristica quando afferma che “il **commande** che obbliga generalmente o proibisce una classe di azioni è una legge o regola” (cfr. Kelsen 1994, 37). Ancora, nella famosa allegoria del Re Rex di Lon Fuller (1986, 56), legiferare in altro modo che tramite leggi generali ed astratte corrisponde “all’incapacità *tout court* di formare delle norme, cosicché ogni questione deve essere decisa su una base *ad hoc* per essa”. In altre parole, anche dal punto di vista giusnaturalista e proceduralista, violare il *gubernaculum per leges* semplicemente non produce “diritto”. Si tratta della garanzia contro le decisioni capricciose, prese caso per caso; una garanzia che richiede ordinamenti giuridici composti prevalentemente da *leggi*, generali e astratte, possibilmente stabili, e non di *decreti*, cioè decisioni particolari prese in situazioni specifiche.

In sintesi, un’autorità può agire *illegalmente* in due diverse maniere: emanando leggi che violino altre norme di rango superiore (costituzionali, internazionali, etc.) o esprimendosi attraverso decreti ispirati a interessi contingenti, estendendoli oltre limiti “ragionevoli”. Tra i molti esempi possibili,

⁹ W. Shakespeare, *Macbeth*, V, 1.

ritroviamo tale definizione di arbitrarietà nel lavoro Ernst Fraenkel sul sistema giuridico nazista. I regimi totalitari sono stati spesso stigmatizzati proprio attraverso l'accusa di non basarsi su altro che la volontà arbitraria di un capo. Il lavoro di Fraenkel risulta di particolare interesse perché analizza più a fondo le caratteristiche giuridiche di un tale "regime arbitrario" (Fraenkel 1983, 141) che definisce "stato discrezionale" governato attraverso decreti, in opposizione ~~con~~ allo "stato normativo" governato attraverso leggi generali e limitato da garanzie costituzionali.

Il più chiaro esempio di esercizio arbitrario del potere in materia di politiche di naturalizzazione e di controllo delle frontiere è ~~proprio costituito~~ da provvedimenti presi in flagrante violazione della legge. Molti sono gli esempi, ma fra tutti spicca il celebre caso internazionalmente noto come *Tampa Affair*, che spinse l'Australia a ricorrere alla decisione senza precedenti di chiudere parte del proprio territorio alla possibilità di ricevere richieste di asilo. Davanti ad un gruppo di profughi, nel 2001, l'Australia chiude le proprie acque territoriali al solo scopo di impedire ai profughi di presentare domanda d'asilo (Rubenstein 2002, 102)¹⁰: "rivendicare la propria sovranità al fine, ad esempio, di vedersi garantiti i diritti sulle risorse del Mar di Timor, ma non al fine di accogliere i rifugiati, non è qualcosa di contemplato dal diritto internazionale" (Dauvergne 2009, 58). La sovranità, infatti, è tale per cui ne conseguono sia diritti, sia doveri.

Un altro noto caso di violazione del diritto internazionale da parte delle liberal democrazie è costituito dalle pratiche di *refoulement en mer* messe in atto, tra gli altri, dall'Italia nelle acque internazionali a largo di Lampedusa. Violando, tra gli altri, l'art. 3 della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (CEDU), oltre che l'art. 10 § 3 dalla Costituzione italiana, tali pratiche sono costate all'Italia una condanna dal Tribunale di Strasburgo che ha sottolineato l'inderogabile obbligatorietà del principio di *non-refoulement*¹¹.

¹⁰ Il governo australiano riuscì a impedire l'ingresso sul proprio territorio ai profughi, grazie agli accordi denominati "Pacific Solution" con i quali la Nuova Zelanda, la Papua Nuova Guinea e Nauru accettarono di farsi carico dei profughi e accettarono che parte del territorio australiano venisse di lì in avanti chiuso ai richiedenti asilo.

¹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 28 febbraio 2008 – Ricorso n. 37201/06 – causa *Saadi c. Italie*. È tuttavia importante notare che non mancano interpreti che sostengono l'opinione minoritaria secondo la quale il *refoulement en mer* sarebbe invece legale in ambito di diritto internazionale. Tale opinione si basa sul caso delle pratiche di respingimento degli haitiani messe in atto dagli Stati Uniti. Com'è noto, la base americana di Guantanamo veniva utilizzata per vagliare le richieste di asilo degli haitiani, finché ~~la non raggiunse~~ numeri insostenibili; a quel punto, il presidente Bush firmò un ordine esecutivo che imponeva alla guardia costiera di respingere direttamente tutti i profughi provenienti da Haiti, senza alcuna verifica. Tale pratica fu avallata dalla Corte suprema con la sentenza *Sale v. Haitian Centers Council* (509 US 155-1993). Ciò nonostante la tesi più diffusa in dottrina resta quella del divieto internazionale del *refoulement en mer*.

Meno ovvio, ma altrettanto importante, è il problema posto dal carattere arbitrario, nel senso di “contrario al diritto”, della formula stessa di “migrante illegale” (Guild 2004, 3; Düvell 2011, 279). Che cosa sarebbe esattamente una “persona *illegale*”? Un ossimoro? Lo stesso interrogativo si pone relativamente ai sinonimi quali “clandestino”, “irregolare”, “non-autorizzato” ecc. Se si prende sul serio il paradigma moderno dello stato di diritto, appare difficile applicare la categoria di illegalità a delle persone; solo azioni, non status, possono essere tacciate di illegalità. Da aggettivo per qualificare azioni e omissioni, *illegal* è divenuto ormai un sostantivo per designare una categoria di individui. A metà del XX secolo “il sostantivo ‘illegal’ veniva usato per riferirsi agli ebrei migranti in vari luoghi del mondo” (Dauvergne 2009, 10), inserendo così, più o meno esplicitamente, la discriminazione ~~raziale~~ nell’agenda politica. L’affermarsi di tale pratica linguistica implica lo stigma sociale del criminale automaticamente applicato ad ampie categorie di individui. La categoria di “illegali” costituisce un “fatto istituzionale” nel senso analizzato da John Searle (1995): una creazione del linguaggio e non una caratteristica riscontrabile nel mondo. “Proprio come un fisico che calibra i propri strumenti al fine di individuare una particolare onda o una determinata particella, gli uffici statali che si occupano di migrazioni trovano i migranti illegali quando si dotano degli strumenti per cercarli” (Dauvergne 2009, 15), senza considerare, ad esempio, il fatto che c’è tra questi chi non ha affatto agito in violazione di alcuna legge, ma si ritrova nondimeno in una condizione di irregolarità. “Questa prospettiva dinamica e procedurale rivela come spesso migranti si situano alla deriva rispetto a diversi status [...] e] mancano di controllo sul loro status giuridico” (Costello 2017, 65). Molti migranti, infatti, passano dalla condizione di “regolarità” a quella contraria in conseguenza delle modifiche del diritto migratorio piuttosto che in ragione dei propri atti. Questo il caso, ad esempio, di quei matrimoni fra migranti UE che Elspeth Guild (2016, 65) ha definito “genuinamente di convenienza”, intenzionalmente “individuati” dal *Home office* post-Brexit.

Gli apolidi in detenzione amministrativa sono l’esempio preclaro di questo problema: non sono causa della situazione d’illegalità in cui si trovano. La condizione – non essere considerate/o come cittadina/o da nessuno Stato – consegue da situazioni di fatto, su cui un individuo non è in genere in grado di influire, come la trasformazione di stati, la privazione arbitraria della cittadinanza, errori tecnici o la mancata armonizzazione di discipline legate alla registrazione delle nascite e della successione. In linea con la Convenzione sull’apolidia del 1954 sarebbe lecito aspettarsi di trovare, negli ordinamenti degli stati firmatari, procedure volte al riconoscimento dell’apolidia. In Europa, però, pochi stati hanno predisposto simili procedure. La Spagna, l’Ungheria, l’Inghilterra, l’Italia e la Francia dispongono di procedure per il riconoscimento dell’apolidia, mentre la Svezia, l’Olanda, la Germania, la

Grecia e la Repubblica Ceca a ~~permessi di residenza per coloro che non possono essere espulsi e la cui cittadinanza è ignota~~. Anche là dove questo tipo di procedure sono predisposte non è tuttavia facile accedervi: in Inghilterra, ad esempio, occorre non essere già sottoposto a una procedura di rimpatrio; in Italia, serve possedere un certificato di residenza; in Olanda, è necessario essere in possesso di documenti comprovanti l'impossibilità di portare a fine un'espulsione. Si consideri inoltre che le procedure di identificazione hanno natura dichiarativa, non costitutiva, dacché si comprende che ben vi potranno essere soggetti apolidi sul territorio dello stato, e/o sottoposti a misure detentive, che sono apolidi, ancorché non riconosciuti come tali. In assenza di una procedura d'accertamento dello stato d'apolidia, l'uso di misure detentive applicate genericamente ai migranti risulta kafkiano. A differenza di quanto previsto per i richiedenti asilo, dichiararsi apolide, inoltre, non comporta l'avvio automatico di procedure di riconoscimento dell'apolidia, né è prevista assistenza legale per richiedere il riconoscimento o per impugnare l'ordine detentivo. Secondo l'art. 5.1(f) della CEDU, la detenzione può essere applicata solo con lo scopo di rimuovere un individuo, e lo stesso art. 15 della Direttiva Rimpatri asserisce che solo fino a che la prospettiva di rimpatrio sia realistica un soggetto potrà essere trattenuto in detenzione. L'apolide non potrà mai essere rimpatriato in quanto nessuno stato lo riconosce come proprio cittadino. Ciononostante, si continua a presupporre che fra coloro che verranno espulsi non vi siano apolidi. Non sorprenderà pertanto che (almeno) parte della dottrina ritiene che, al fine di garantire il rispetto dei diritti umani e fondamentali, lo status d'apolidia dovrebbe essere accertato prima che un ordine detentivo venga emesso. Il limite detentivo di 18 mesi imposto dalla Direttiva Rimpatri – più volte sanzionata dalla Corte di Giustizia – si applica ad ogni singolo periodo detentivo, rendendo di fatto la detenzione simile all'eterno ritorno di Nietzsche: una volta raggiunto il periodo massimo di detenzione consentito, l'apolide verrà rilasciato solo per essere nuovamente posto in detenzione alla prima occasione di controllo dei documenti¹².

Questi profili hanno assunto particolare rilevanza a partire dagli anni Novanta in cui si fa più stringente la repressione globale contro l'immigrazione irregolare. La dottrina più avvertita, nondimeno, si è più volte espressa in favore della tesi dell'incostituzionalità del reato cosiddetto di immigrazione clandestina (art. 10 bis d.l.gs 286/98) proprio in quanto si tratterebbe di un reato di status, sebbene la Corte Costituzionale non sembri intenzionata a compiere alcun *revirement* in materia. Il problema filosofico su cui si basa la

¹² Un ringraziamento va a Tommaso Braidà, dottorando in filosofia del diritto, Dipartimento di Filosofia dell'Università di Uppsala, che ci ha fornito indicazioni sull'apolide in detenzione amministrativa.

tesi dell'incostituzionalità riguarda appunto l'attribuzione di responsabilità in ragione di uno status, invece che delle proprie azioni¹³.

Molto si potrebbe – e forse si dovrebbe – dire sui problemi della libertà di scelta, della responsabilità individuale e dei diritti fondamentali chiamati in causa dalla costruzione della categoria di “presenza irregolare sul territorio”; ci limitiamo qui a ribadire l'assenza di un legame concettuale di necessità fra “presenza illegale” e “attraversamento illegale del confine” per ritenere tale nozione in tensione con l'ideale dello stato di diritto ed il principio di responsabilità personale. Parlare di “illegal migrants” nell'ambito del diritto può essere considerato un atto arbitrario in più significati, ma qui si intende sottolineare come lo sia rispetto al problema stesso dell'arbitrarietà come “irregolarità”: dal punto di vista del diritto costituzionale interno di moltissimi paesi, così come del diritto internazionale, è quanto meno problematico assumere che si diano status personali indipendenti dalle azioni dei loro portatori e, cioè, di per sé illeciti.

6. Discriminazione

Il terzo significato di arbitrarietà si avvicina molto alla nozione di “discriminazione” che, pur connesso a quelli fin qui analizzati di “irrazionalità” e “illegalità”, non è esaurito da essi. Una legge che imponesse dieci frustate a tutti i ventenni dai capelli rossi, sarebbe sì irrazionale, così come illegale in uno stato di diritto. Eppure, tale norma risulterebbe arbitraria anche in un terzo significato, forse il più specifico, proprio perché si rivolge a una categoria giuridica costruita a partire da caratteristiche *irrilevanti* al fine del trattamento in questione¹⁴; tale significato, inoltre, non è affatto risolto dall'introduzione nella gran parte delle costituzioni contemporanee del principio di eguaglianza, se non forse per casi semplici come quello delle frustate.

Nell'esplorare la questione dei limiti nel disporre trattamenti giuridici indirizzati a determinate categorie, si può definire arbitrario, in questo speci-

¹³ Luigi Ferrajoli, ad esempio, ha più volte sottolineato la violazione del principio di responsabilità individuale insito nel ricorso giuridico a tale categoria. Su rapporto fra responsabilità, condanne e sanzioni si veda Ferrajoli 2007, 662-668.

¹⁴ Si noti che l'uso di “discriminazione” che viene fatto qui è in linea con molta letteratura giuridica e dottrina consolidata circa la discriminazione diretta, per cui si rigetta come illecito il diverso trattamento in base ad un fattore ritenuto irrilevante. Siamo nondimeno consapevoli, che nella dottrina più recente, e soprattutto in riferimento alla discriminazione indiretta in ordinamenti che non riconoscono la responsabilità oggettiva, come ad esempio quello statunitense o britannico, può venire ritenuto illecito il diverso trattamento in base ad un fattore di carattere invece rilevante. Il caso di scuola è il licenziamento delle donne che registrano un calo di produttività in seguito al parto. Si vedano Khaitan 2015; Lippert-Rasmussen 2014.

fico significato, quel potere che viola la regola di giustizia – la quale prescrive di trattare egualmente gli eguali e diversamente i diseguali –, che discrimina, cioè, a partire da motivi particolari e ingiustificati, come nel caso di un genitore che davanti a due figli rei della medesima colpa ne punisse uno solo, perché a lui meno caro (Hart 2002, 185).

Quali debbano essere i limiti del potere di costruire categorie di “eguali da trattare in modo eguale” – e quali le garanzie corrispondenti – è questione controversa. La questione della rilevanza di un fattore in alcune situazioni e dell’irrelevanza in altre è al cuore del problema dell’arbitrarietà come discriminazione, ma in quanto tale esula dal presente compito. Ci limitiamo a ricordare come la natura stessa del diritto implichi sempre distinzioni, e la costruzione di categorie giuridiche da connettere a determinate conseguenze giuridiche sia pertanto l’attività principale del potere politico.

La questione è legata al problema che la filosofia del diritto contemporanea definisce “ragionevolezza della legge”¹⁵ e che rimanda proprio ai casi in cui una differenza di trattamento giuridico è insufficientemente giustificata¹⁶, in assenza di motivi che a loro volta giustifichino l’assenza di motivazione (Cohen 2015). Tali norme irragionevoli perché discriminatorie potrebbero dirsi, allora, arbitrarie in due significati: da un lato, perché mirano alla difesa degli interessi particolari di chi, dalla discriminazione di un gruppo, vede tutelati i propri privilegi e quelli del proprio gruppo; dall’altro, perché la loro giustificazione si basa su argomenti confutabili empiricamente o razionalmente.

Come già ampiamente messo in evidenza, il vasto ambito delle politiche migratorie è ricco di casi riconducibili al problema dell’arbitrarietà delle decisioni; in particolare, quando non sussiste neppure obbligo di motivare. La mancanza di volontà nell’offrire ragioni è spesso nascosta dietro l’invocazione della sovranità o il richiamo a motivi securitari, sottraendo all’opinione pubblica la possibilità di discuterne seriamente. Anche quando alle autorità pubbliche viene imposto l’obbligo di motivazione, non è affatto garantito che la motivazione sia sufficiente a giustificare la decisione. Vi è grande differenza, infatti, fra motivare e offrire buoni ragioni.

Pertanto vi è un’ulteriore categoria di normative arbitrarie che risultano in trattamenti iniqui nel significato precedentemente enucleato. In questa categoria, ciò che rende la normativa discriminatoria non è però l’introduzione di speciose differenze, bensì l’assenza di considerazione per differenze che dovrebbero essere rilevanti. Raggruppare insieme individui senza le necessarie distinzioni è, infatti, un altro volto della discriminazione. Scegliere un

¹⁵ Su tale tema la letteratura giuridica è molto vasta. Ne restituisce una buona sintesi Zorzetto 2015.

¹⁶ In questo contesto ragionevole – e quindi non-arbitrario – significa dotato di una “ragione sufficiente” (Leibniz, 1967, 288). A proposito si veda Modugno 2009, 26.

criterio troppo generale per uniformare il trattamento di individui – come, ad esempio, trattare migranti in modo identico in base al solo criterio della loro provenienza – corrisponde ad una strategia dagli effetti discriminatori. Classificare i migranti sulla base del luogo di ingresso al fine di ricorrere a procedure accelerate, o in alcuni paesi di considerarne le richieste d’asilo “manifestamente fraudolente”, ricade proprio in questa categoria di atti arbitrari perché discriminatori, in quanto preclude la possibilità di valutare le circostanze che hanno spinto un individuo a scappare dal proprio paese. Molti paesi adottano forme di rigetto preventivo delle domande d’asilo provenienti da individui che arrivano da paesi considerati “sicuri”. Questo meccanismo produce un sistema di “diseguali di fronte alla legge.” Potrebbe darsi, infatti, che un paese venga giustamente considerato sicuro sotto un particolare profilo – in base, ad esempio, alle cessate attività belliche – ma non sotto altri profili – ad esempio la garanzia di incolumità di alcune specifiche categorie. Potrebbe darsi che un paese venga quindi considerato sicuro laddove non lo sia affatto per chi appartiene a minoranze determinate su base etnica, religiosa, politica o di orientamento sessuale. Considerare un paese “complessivamente sicuro” lascia quindi la possibilità che alcuni profili semplicemente non vengano presi in considerazione. Come è possibile, allora, stabilire preventivamente i profili rilevanti senza conoscere prima l’identità dei richiedenti asilo? Analogo è il caso della classificazione in base al punto d’ingresso nel territorio. La discriminazione posta in essere dall’indebito raggruppamento in base al porto d’approdo è particolarmente evidente nel caso del ricorso alla *fictio iuris* dell’“internazionalizzazione” di alcuni luoghi di accesso al territorio nazionale al fine di escludere chi arriva dalla possibilità stessa di avanzare domanda di asilo.

Di grande rilievo per il diritto delle migrazioni è la frequente confusione fra i richiedenti asilo e gli altri migranti: discriminatorio perché tratta in modo eguale casi diseguali. In molti contesti, infatti, gli strumenti per distinguere fra chi richiede l’asilo in buona fede e chi no sono così poco sofisticati da mancare l’obiettivo: ad esempio, la riduzione di *benefit* sociali riservati ai richiedenti asilo (come privilegiare i “buoni” sui versamenti in denaro), l’accelerazione dei procedimenti per vagliare le domande, l’eliminazione del processo di appello e la detenzione. Quasi ogni paese destinatario di flussi di richiedenti asilo si è ormai dotato di procedure accelerate per determinare la “manifesta infondatezza” delle domande di asilo, spesso affidate a funzionari senza un’adeguata preparazione in materia di asilo e di rifugiati che, ad esempio, mancano frequentemente di riportare il pericolo di violenze domestiche nell’abito delle persecuzioni basate sulla discriminazione di genere.

Infine, è interessante soffermarsi anche su alcuni procedimenti di naturalizzazione che si basano su trattamenti discriminatori, come il caso del divieto di mantenere la doppia cittadinanza per i naturalizzati in Germania –

con l'eccezione di alcuni casi specifici come i cittadini iraniani o afgani il cui paese di origine non gli permette di rinunciare alla cittadinanza o gli impone forti esborsi di denaro. A porre problemi di discriminazione è il fatto che la doppia cittadinanza è invece concessa agli *Aussiedler* – cioè gli immigrati di origine tedesca provenienti dall'Europa dell'est – e più in generale agli stranieri di origine tedesca; secondo Howard (2009, 141), “la possibilità offerta dall'ordinamento di mantenere la doppia cittadinanza per i naturalizzati di etnia tedesca e la strenua opposizione al riconoscimento della doppia cittadinanza agli immigrati di altre origini è sfacciatamente ipocrita”. Si tratta di un caso di costruzione discriminatoria di una distinzione giuridica, un preclaro esempio di disposizione arbitraria.

7. Conclusioni

Questo articolo si è proposto di esplorare alcuni aspetti del complesso di normative del vasto ambito del diritto delle migrazioni a partire da una riflessione sul potere arbitrario. Affrontare il problema delle politiche irrazionali, delle pratiche illegali e degli status discriminatori che affollano il campo delle norme in materia di migrazioni, cittadinanza, naturalizzazione, diritto di asilo, controllo delle frontiere può costituire una base per ripensare nel suo insieme il rapporto fra questo ambito del diritto ed il metodo giusfilosofico al fine di elaborare strumenti adatti a riflettere sulla teoria del diritto all'epoca delle migrazioni di massa che tenga in considerazione la ridefinizione dei rapporti fra gli stati ma anche il problema della difesa dei diritti fondamentali ben al di là delle tutele garantite dai singoli stati ai propri cittadini. L'esplorazione delle diverse possibili declinazioni del potere arbitrario in riferimento alle politiche d'immigrazione e di cittadinanza mira così a mettere in dialogo filosofi del diritto e giuristi che si occupano di migrazioni; se i primi molto possono imparare circa la stessa natura del diritto prendendo in esame questioni relative alle migrazioni in epoca contemporanea, i secondi possono integrare i propri metodi di indagine attingendo dagli strumenti tipici della teoria del diritto al fine di migliorare la comprensione dei fenomeni legati alle migrazioni. Ci pare, infatti, che i diversi orientamenti contemporanei della filosofia del diritto abbiano da guadagnare nel riflettere su questi fenomeni: dalla teoria del diritto di stampo descrittivo incentrata sull'analisi dottrinale – che deve chiedersi, ad esempio, se può la cittadinanza essere oggetto di negozio giuridico – alla teoria descrittivo-esplicativa del diritto – può la detenzione degli apolidi spiegarsi come una sanzione per mancata identità?; dalla teoria descrittiva del diritto di stampo consequenzialista – quali effetti scaturiscono dal diritto universale di lasciare il proprio paese? – alla teoria critica del diritto – come può una persona venir definita

illegale?; dalla filosofia del diritto normativa di carattere non-ideale – come possono venire salvati i diritti di residenza degli inglesi dopo Brexit? – a quella di carattere ideale – devono esistere confini? Da questi pochi esempi si evince l'importanza per il teorico del diritto di confrontarsi con questo ambito giuridico, destinato ad influenzare il diritto nei suoi molteplici indirizzi disciplinari.

Massimo Cuono
Università degli Studi di Torino
Dipartimento di Culture, Politica e Società
Campus Luigi Einaudi – Lungo Dora Siena 100
10153 Torino
massimo.cuono@unito.it

Patricia Mindus
Uppsala University
Philosophy Department
Box 627
75126 Uppsala – Sweden
patricia.mindus@filosofi.uu.se

Riferimenti bibliografici

- Austin, John. 1885. *Lectures on Jurisprudence*. London: John Murray.
- Bader, Veit. 2005. "Ethics of Immigration." *Constellations* 12 (3): 331-361.
- Bauböck, Rainer. 1994. *Transnational Citizenship. Membership and Rights in International Migration*. Aldershot: Edward Elgar.
- Beitz, Charles. 1979. *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press.
- Bobbio, Norberto. 1984. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi.
- Carens, Joseph. 1987. "Aliens and Citizens: The Case for Open Borders." *Review of Politics* 49 (2): 251-273.
- Christodoulidis, Emiliós. 1999. "The Irrationality of Merciful Legal Judgement: Exclusionary Reasoning and the Question of the Particular." *Law and Philosophy* 18 (3): 215-241.
- Cohen, Mathilde. 2015. "When Judges Have Reasons Not to Give Reasons. A Comparative Law Approach." *Washington and Lee Law Review* 72 (2): 483-571.
- Costello, Cathryn. 2017. *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cuono, Massimo. 2013. *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*. Madrid: Marcial Pons.
- Dauvergne, Catherine. 2009. *Making People Illegal. What Globalization Means for Migration and Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Dummett, Ann. 1992. "The Transnational Migration of People Seen from within the Natural Law Tradition." In *Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, a cura di Robert Goodin e Brian Barry, 169-180. University Park: Pennsylvania State University Press.
- Düvell, Franck. 2011 "Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration." *European Journal of Migration and Law* 13 (3): 279-280.
- Elfström, Gerard, e Peter Atkins. 1990. *Ethics for a Shrinking World*. London: Palgrave.
- Ellermann, Antje. 2009. *States against Migrants. Deportation in Germany and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Endicott, Timothy. 2014. "Arbitrariness." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 27 (1): 49-71.
- Ferrajoli, Luigi. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 1: *Teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Fine, Sarah. 2017. "Migration, Political Philosophy, and the Real World." *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 20 (6): 719-725.
- Fletcher, George. 1993. *Loyalty. An Essay on the Morality of Relationships*. Oxford: Oxford University Press.
- Føllesdal, Andreas. 1997. "Do Welfare Obligations End at the Boundaries of the Nation State?" In *Restructuring the Welfare State*, a cura di Peter Koslowski e Andreas Føllesdal, 145-163. Dordrecht: Springer.
- Fraenkel, Ernst 1983. *Il doppio stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1941). Torino: Einaudi.
- Fuller, Lon L. 1986. *La moralità del diritto* (1964). Milano: Giuffrè.
- Gargiulo, Enrico. 2014. "Produzione di sicurezza a mezzo di insicurezza. Il controllo locale della residenza tra retoriche securitarie e opacità decisionali." *Studi sulla questione criminale* 9 (1-2): 45-64.
- 2017. "The Limits of Local Citizenship: Administrative Borders within the Italian Municipalities." *Citizenship Studies* 21 (3): 327-343.
- Goodin, Robert E. 1985. *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsibilities*. Chicago: Chicago University Press.
- 1988. "What Is So Special about Our Fellow Countrymen?" *Ethics* 98 (4): 663-686.
- 1992. "The Quest for Consistency." In *Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, a cura di Robert Goodin e Brian Barry, 279-287. University Park: Pennsylvania State University Press.
- Guild, Elspeth. 2004. "Who Is an Irregular Migrant?" In *Irregular Migration and Human Rights*, a cura di Barbara Bogusz, Ryszard Cholewinski, Adam Cygan e Erika Szyszczak, 3-28. Leiden: Martinus Nijhoff.
- 2016. *Brexit and its Consequences for UK and EU Citizenship or Monstrous Citizenship*. Leiden: Brill.
- Hart, H. L. A. 2002. *Il concetto di diritto* (1994). II ed. Torino: Einaudi.
- Hendrickson, David. 1992. "Migration in Law and Ethics: A Realist Perspective." In *Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, a cura di Robert Goodin e Brian Barry, 213-232. University Park: Pennsylvania State University Press.

- Howard, Marc. 2009. *The Politics of Citizenship in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jones, Charles. 2001. *Global Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Juss, Satvinder. 2006. *International Migration and Global Justice*. London: Routledge.
- Kelsen, Hans. 1994. *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945). Milano: ETAS.
- Khaitan, Tarunabh. 2015. *A Theory of Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kymlicka, Will. 2002. *Contemporary Political Philosophy*. II ed. Oxford: Oxford University Press.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm. 1951. "Riflessioni sulla nozione comune di giustizia" (1703). In Gottfried Wilhelm Leibniz, *Scritti politici e di diritto naturale*. Torino: UTET.
- 1967. "Monadologia" (1714). In Gottfried Wilhelm Leibniz, *Scritti filosofici*, vol. 1. Torino: UTET.
- Lippert-Rasmussen, Kasper. 2014. *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*. Oxford: Oxford University Press.
- Locke, John. 1971. *Saggio sull'intelletto umano* (1690). Torino: UTET.
- 1982. "Secondo trattato sul governo" (1689). In John Locke, *Due trattati sul governo e altri scritti politici*. Torino: UTET.
- Lovett, Frank, e Philip Pettit. 2009. "Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program." *Annual Review of Political Science* 12 (1): 12-29.
- Lovett, Frank. 2012. "What Counts as Arbitrary Power?" *Journal of Political Power* 5 (1): 137-152.
- MacIntyre, Alasdair. 1984. "Is Patriotism a Virtue?" *The Lindley Lecture Series*. Lawrence: The University of Kansas.
- Miller, David. 1997. *On Nationality*. Oxford: Oxford University Press.
- 2016. *Strangers in Our Midst. The Political Philosophy of Immigration*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Mindus, Patricia. 2018a. "The Emotive Life of the Legal Decision-Maker: Four Idealtypes." In *Judging, Cognitive Psychology and Morality in Law*, a cura di Veronica Rodriguez-Blanco, di prossima pubblicazione. Oxford: Oxford University Press.
- 2018b. "The Wrath of Reason and the Grace of Sentiment: Vindicating Emotion in Law." In *Law, Reason, and Emotion*, a cura di Mortimer Sellers, di prossima pubblicazione. Cambridge: Cambridge University Press.
- Modugno, Franco. 2009. *Ragione e ragionevolezza*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Montesquieu. 1952. *Lo spirito delle leggi* (1748), vol. 1. Torino: UTET.
- Nagel, Thomas. 1993. "Moral Luck." In *Moral Luck*, a cura di Daniel Statman, 57-71. Albany: State University of New York Press.
- Nardin, Terry, e David Mapel. 1992. "Convergence and Divergence in International Ethics." In *Traditions of International Ethics*, a cura di Terry Nardin e David Mapel, 297-322. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nathanson, Stephen. 1989. "In Defense of 'Moderate Patriotism'." *Ethics* 99 (3): 535-552.
- Nine, Cara. 2012. *Global Justice and Territory*. Oxford: Oxford University Press.

- O'Neill, Onora. 1985. "Lifeboat Earth." In *International Ethics, a cura di Charles Beitz, Marshall Cohen, Thomas Scanlon e John Simmons*, 269-296. Princeton: Princeton University Press.
- 1986. *Faces of Hunger. An Essay on Poverty, Justice and Development*. London: Allen & Unwin.
- Offe, Claus. 1998. "Demokratie und Wahlfahrtsstaat." In *Internationale Wirtschaft – Nationale Demokratie*, a cura di Wolfgang Streeck, 99-136. Frankfurt am Main: Campus.
- Price, Matthew. 2009. *Rethinking Asylum. History, Purpose and Limits*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rubenstein, Kim. 2002. "Citizenship, Sovereignty and Migration: Australia's Exclusive Approach to Membership of the Community." *Public Law Review* 13 (2): 102-109.
- Schauer, Frederick. 2008. *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia* (2003). Bologna: Il Mulino.
- Searle, John. 1995. *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press.
- Shachar, Ayelet. 2009. *The Birth Right Lottery. Citizenship and Global Inequality*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Singer, Peter. 1972. "Famine, Affluence and Morality." *Philosophy & Public Affairs* 1 (3): 229-243.
- Spinoza, Baruch. 1999. *Trattato politico* (1675-1676). Pisa: ETS.
- Spire, Alexis. 2017. "Discretionary Power as a Political Weapon against Foreigners." Testo inedito presentato al convegno *Arbitrary Law-making and Migration Rights*, tenutosi a Uppsala (Svezia) nel maggio 2017.
- Steiner, Hillel. 1992. "Libertarianism and the Transnational Migration of People." In *Free Movement. Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, a cura di Robert Goodin e Brian Barry, 87-64. University Park: Pennsylvania State University Press.
- Streeck, Wolfgang. 1998. "Einleitung: Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie?" In *Internationale Wirtschaft – Nationale Demokratie*, a cura di Wolfgang Streeck, 11-58. Frankfurt am Main: Campus.
- Tamir, Yael. 1993. *Liberal Nationalism*. Princeton: Princeton University Press.
- Walzer, Michael. 1995. "Response to Veit Bader." *Political Theory* 23 (2): 247-249.
- Whelan, Fredrick. 1988. *Citizenship and Freedom of Movement. An Open Admission Policy?* New York: Greenwood Press.
- Williams, Bernard. 1981. *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Zorzetto, Silvia. 2015. "Reasonableness." *The Italian Law Journal* 1 (1): 107-139.

