NOMOS
Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale

M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffré, 2012, pp. 385

Lo studio della libertà di ingresso e soggiorno dello straniero come momento di riflessione sulla vicenda evolutiva della forma di Stato: questa, in estrema sintesi, appare una delle cifre di lettura del prezioso volume di Mario Savino che mediante la giustapposizione della disciplina dei flussi migratori alle trasformazioni di alcuni degli istituti giuridici che caratterizzano lo Stato nazione, mostra quale sfida concettuale di estrema delicatezza rappresenti per il giurista il tema dell'immigrazione. La nitidezza con cui tale profilo risalta, d'altronde, sembra riflettere un aspetto che attribuisce a questo argomento così grande interesse, rilevandosi esso un'occasione di grande importanza per l'attivazione dei processi di introspezione d'identità, anche costituzionale, nelle comunità di destinazione degli stranieri. In questa prospettiva, un vasto apparato concettuale del diritto pubblico è sotto esame: l'ordine pubblico, su tutti, ma anche il principio di legalità, il principio di proporzionalità, il giusto procedimento, etc. sono oggetto di un attento scrutinio. Il problema di Savino, infatti, è la necessità di assicurare la tenuta degli istituti di garanzia dell'individuo presenti nella Costituzione quando il destinatario dell'esercizio del potere sia lo straniero, anche al fine di offrire uno sbocco alla tradizionale divisione tra alcuni filoni del liberalismo (cfr., ad es., i lavori di Jospeh Carens) sostenitori della configurazione della libertà di ingresso simmetrica alla libertà di emigrazione, dai comunitaristi (cfr. M. Walzer, *Sfere di giustizia*, Laterza) che insistono sulla necessità di comunità chiuse come esigenza necessaria alla preservazione dell'omogeneità culturale e politica (di recente riassume i termini del dibattito G. F. Ferrari, *Relazione conclusiva*, in Annuario AIC, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, 2009). Come afferma l'autore "in un mondo di risorse scarse "il riconoscimento della libertà di ingresso e soggiorno degli stranieri trova un limite nel diritto dello Stato di selezionare i nuovi membri e salvaguardare la coesione della collettività nazionale". Tema trasversale dell'opera è quindi l'osservazione dell'oscillazione della libertà dello straniero tra un'idea "debole" di libertà, la cui attribuzione deriva dal possesso dello *status civitatis*, e una "forte" riconducibile al criterio della territorialità.

La prima, affrontata dall'autore a partire dalla elaborazione jellinekiana dei diritti pubblici soggettivi, ha pesato nella elaborazione concettuale della condizione giuridica dello straniero e, nonostante i temperamenti introdotti dalla Corte costituzionale attraverso il combinato disposto dell'art. 3 Cost. e dell'art. 2 (cfr. sent. n. 120/1967), continua a condizionare i diritti degli stranieri: nella esclusione dei diritti politici; nel riconoscimento della discrezionalità del legislatore che può escludere i non cittadini

dalle libertà non fondamentali; nella tuttora viva distinzione tra titolarità ed esercizio delle libertà fondamentali (cfr. sent. 104/1969).

La seconda, che viene ricondotta al filone anglosassone e che trova nella giurisprudenza della Corte suprema di fine '800 l'interprete più prestigioso (cfr. sent. *Yick Who v. Hopkins* del 1886 con cui la C. S ha affermato la riferibilità dell'*equal protection clause* del XIV emendamento agli stranieri), si basa sulla valorizzazione del "dato fattuale della presenza dell'individuo nel territorio". Questa seconda prospettiva, peraltro, non è impermeabile all'ingresso di considerazioni economicistiche nel riconoscimento dei diritti ammettendo una loro rimodulazione, sintetizzabile, secondo l'espressione richiamata dall'autore, nel principio "the longer the stay, the stronger the claim"(p. 24). Un'idea di libertà della quale possono trovarsi significative tracce anche nelle politiche di immigrazione di alcuni Stati europei, come l'istituto dell'*arraigo* (lett. il "radicamento") in Spagna o la possibilità di regolarizzazione individuale in Francia, e soprattutto nelle decisioni di alcune autorità giudiziarie in Europa, in particolare della Corte EDU, che ha interpretato l'art. 8 della Convenzione quale parametro ostativo all'espulsione, proprio sulla base dei legami familiari e sociali intessuti dallo straniero (ricostruita da G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Jovene, 2006). D'altronde è proprio su questa idea "forte" di libertà che può rinvenirsi il fondamento della proposta, al momento in cui si scrive ancora in discussione, di riconoscere la cittadinanza anche agli stranieri irregolari presenti negli Stati Uniti in virtù dei legami intessuti con la società.

Per converso, nel diritto amministrativo dello straniero fatica ad affermarsi questa seconda idea di libertà e lo studio dell'autore è rivolto a porre in luce i principali elementi di debolezza della normativa italiana che meglio testimoniano tale difficoltà e che strutturano quello che provocatoriamente Savino definisce "Un diritto amministrativo senza basi costituzionali".

Il volume, tuttavia, come si accennava, non si riduce ad un'analisi degli elementi di contraddittorietà della normativa attuale, ma scava nell'evoluzione degli Stati moderni cercando di offrire una genealogia degli istituti di "polizia degli stranieri", assumendo il concetto di ordine pubblico quale cartina di tornasole delle trasformazioni osservate.

La prima parte del lavoro, assai suggestiva, è così dedicata ad approfondire il processo di "nazionalizzazione del diritto amministrativo". Attraverso una storia comparata delle autorizzazioni all'ingresso e dei provvedimenti di allontanamento, dal processo di formazione dello Stato nazione fino all'approvazione della Costituzione italiana e alle applicazioni immediatamente successive, indaga la tortuosa evoluzione dei meccanismi di inclusione/esclusione, e la loro connessione con gli assetti ideologici statali al fine di esplorare i fondamenti sui quali si basano le limitazioni alla libertà di ingresso e soggiorno dello straniero, o del forestiero.

La seconda parte del lavoro – la "denazionalizzazione" del diritto amministrativo – mostra il contributo del processo di integrazione europea nella ridefinizione dell'apparato concettuale che definisce il rapporto tra stato e straniero – a partire dalla cittadinanza europea – che conduce a tenere separate la violazione delle norme sull'ingresso e sul soggiorno dalla nozione di ordine pubblico (con la conseguenza che il verificarsi delle prime non legittima l'espulsione del cittadino europeo), così come ad una più penetrante applicazione dei principi di proporzionalità e del giusto procedimento, con l'effetto di escludere ogni automatismo espulsivo.

L'esame condotto nella terza parte – la "rinazionalizzazione" del diritto amministrativo – per converso, mostra, da un lato, la lontananza della condizione giuridica dello straniero extracomunitario dagli sviluppi della giurisprudenza comunitaria sui cittadini europei, dall'altro la continuità degli istituti preposti alla disciplina dei flussi con il paradigma preventivo dello Stato monoclasse, attraverso un allargamento contenutistico della nozione di ordine pubblico che si espande fino a confluire nella

ragion di stato (p. 44). Questo risultato è dimostrato attraverso un'approfondita indagine sul complesso funzionamento degli istituti di polizia degli stranieri, composto da un intreccio di misure amministrative, penali e coercitivo-amministrative che danno vita ad "un labirinto giuridico dal quale si esce soltanto se si accetta l'esclusione dal territorio italiano"(p. 354). La disciplina nazionale dello straniero extracomunitario è poi affiancata da quella comunitaria, la quale, a giudizio dell'autore, non contribuisce sempre ad un approfondimento del livello di tutela dei diritti: infatti, accanto all'innesto di istituti che consentono un più maturo bilanciamento tra interesse pubblico e diritti dei migranti che si realizza nel caso in cui siano coinvolte alcune specifiche figure di stranieri (familiari, soggiornanti di lungo periodo e migranti richiedenti il riconoscimento dello status di rifugiato o di protezione umanitaria), il diritto europeo contribuirebbe ad accentuare la riduzione del potere giudiziario e il conseguente rafforzamento degli istituti amministrativi e financo di quelli coercitivo-amminstrativo. Sul punto forse il giudizio dell'autore circa la giurisprudenza della Corte di giustizia è troppo severo. Difficilmente si sarebbe potuto attendere un esito maggiormente garantista da parte della Corte di giustizia. La sentenza *El Dridi*, sulla quale si sofferma l'autore, sembra invece rappresentare un interessante laboratorio di sperimentazione dell'effetto utile che, da canone ermeneutico piegato nella giurisprudenza della Corte alle istanze securitarie dell'Unione e alla restrizione dei diritti degli individui coinvolti svolge nel caso di specie una funzione, almeno in parte inedita, determinando un'espansione della sfera di libertà dei migranti. D'altronde il riferimento ai diritti fondamentali e al criterio di proporzionalità non erano del tutto assenti nell'iter argomentativo della Corte che richiamava l'attenzione sulla necessità di prevedere ipotesi restrittive della libertà personale solo come *extrema ratio*.

L'immagine che scaturisce dall'esame degli istituti che presiedono al governo dei flussi migratori è quella di un diritto speciale, di cui tuttavia l'approfondimento storico di Savino rivela il carattere contingente rispetto all'evoluzione dello Stato: la definizione del diritto amministrativo attraverso processi di nazionalizzazione, denazionalizzazione e rinazionalizzazione, narrati attraverso la "spia" dei significati cangianti che la nozione di ordine pubblico di volta in volta assume, illustrano le dinamiche di relazione tra l'interesse individuale (la libertà di ingresso e soggiorno dello straniero) e l'interesse pubblico con prevalenza dell'uno e dell'altro nel corso delle diverse fasi storiche.

Infine, la conclusione dell'autore circa la specialità del diritto amministrativo dello straniero, che mostra la prevalenza di un'idea debole di libertà in quanto fondata sul criterio della cittadinanza anziché su quella forte della territorialità è ricondotta a due ordini di ragioni. La prima attiene alla presenza di nodi strutturali delle democrazie che rinviano a quella che Savino definisce l'asimmetria tra titolari del potere decisionale e i titolari delle libertà, secondo una traccia a suo tempo già delineata da Benhabib e riassunta nel "paradosso della legittimazione democratica" (*I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, 2006, spec. 35 ss.).

La seconda, conseguenza della prima, riguarda il consolidamento di un paradigma preventivo (su cui v. E. Denninger, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Giappichelli, 1998) che orienta l'azione dei pubblici poteri in senso escludente nei confronti dei soggetti che minacciano la coesione economica e sociale della comunità. La proposta volta a contrastare la specializzazione del diritto amministrativo dello straniero consiste allora nell'approfondimento del paradigma territoriale di libertà e nella riconduzione dei principi di proporzionalità e giusto procedimento nell'ambito della disciplina dei flussi migratori.

Oltre che per i profili segnalati, in generale è la stessa scelta dell'area tematica a meritare attenzione: per un verso, lo studio del fenomeno migratorio attraverso l'analisi dei poteri dell'amministrazione – un approccio che di recente ha riscosso successo anche in Germania come dimostrano due importanti lavori: J. Bast, *Aufenhaltsrecht asl Migrationssteuerung* e D. Thym, *Migrationsverwaltungsrecht*, entrambi editi dalla casa editrice Mohr rispettivamente nel 2011 e nel 2010 – e gli ingranaggi che presiedono al

controllo dei flussi si rivela una prospettiva particolarmente feconda per comprendere i nodi irrisolti della disciplina dell'immigrazione ed, al contempo, interrogarsi sulla tenuta delle categorie pubblicistiche. Per altro verso, la tematizzazione della "frontiera" – che sembra in controtendenza rispetto alla concentrazione della più recente pubblicistica sui profili dell'integrazione, dagli studi sulla cittadinanza ai diritti sociali, passando per le ricerche relative ai rapporti tra livelli di governo nella gestione dell'immigrazione – appare degna di nota: come accenna l'autore nell'introduzione, "l'importanza … dei poteri di inclusione nel (ed esclusione dal) territorio deriva anche dall'impatto che il loro esercizio determina sulla condizione giuridica dello straniero" (p. 43). Sembra questo un profilo che richiede allora attenta considerazione: in effetti, l'impianto che compone la disciplina dei flussi migratori, definendo soprattutto il confine della regolarità/irregolarità del soggiorno, ripercuote i suoi effetti nel concreto esercizio dei diritti degli stranieri, contribuendo all'articolazione dei percorsi di integrazione e, più in generale, rivestendo un ruolo centrale nell'orientare le traiettorie della convivenza.

Andrea Romano