

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

43

(2014)

Autonomia
Unità e pluralità nel sapere giuridico
fra Otto e Novecento

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

dea ». Giova allora chiudere non con il disincanto ma con la speranza di letture e « riletture » del diritto comune dei privati ispirate — come accade in questo libro — ai principi di libertà, uguaglianza e dignità. Ne abbiamo più che mai bisogno a fronte di una lunga ondata neoliberalista che sta proponendo una rappresentazione del diritto comune dei privati che, come nelle codificazioni dell'Ottocento, si presenta sempre più spietata, astratta e formale, disegnata senza spazio né tempo, senza storia e geografia. Una rappresentazione sempre più lontana dal diritto comune dei privati che le pagine di Rescigno ci invitano a esplorare, comprendere e difendere.

GIOVANNI CAZZETTA

MARIO SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Saggi di diritto amministrativo n. 24, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1-385.

Proprio nel periodo in cui, nella storia d'Italia unita, più basso è il senso di appartenenza allo Stato e di identità nazionale (secondo recenti dati tre cittadini su quattro non si sentono appartenere alla comunità nazionale), in tema di regolazione dei flussi migratori lo Stato italiano ha assunto il volto autoritario dello Stato di prevenzione, producendo una scissione profonda tra la disciplina amministrativa e le fondamenta costituzionali.

Il libro di Mario Savino descrive l'evoluzione giuridica della disciplina dello straniero in Italia, sotto il profilo dell'assetto costituzionale e, soprattutto, amministrativo. E lo fa da un'angolazione originale, ricostruendo storicamente la disciplina e delineando il percorso storico che, per buona parte, ha seguito lo sviluppo più generale del diritto pubblico nei suoi tornanti principali, per poi, verso la fine del Novecento, allontanarsi e seguire una strada impervia, quella della divaricazione tra libertà costituzionali e diritto amministrativo dell'immigrazione, che conduce verso la crisi del diritto e del processo democratico.

Il libro di Mario Savino è importante sotto numerosi profili: si tratta di un'opera seria, non un 'compitino' concorsuale, ben costruita e ben argomentata; il volume si avvale di una ricerca di base molto solida, è scritto in modo accattivante e contiene spunti originali.

Caratteristica principale dello studio monografico è l'utilizzo del metodo storico. Il libro segue un approccio diacronico ed è costruito su tre diversi paradigmi: quello nazionale (a sua volta articolato in sotto-paradigmi, dalla fine dell'Ottocento agli anni Ottanta dello scorso secolo), quello della de-nazionalizzazione, quello della ri-nazionaliz-

zazione (come si vedrà nel prosieguo, questi due, in parte, si sovrappongono temporalmente).

L'a. ha scelto, dunque, di procedere attraverso un'analisi diacronica e di ricostruire l'evoluzione della disciplina legislativa e amministrativa sugli stranieri dal XVII secolo ai nostri giorni. Questo gli consente di evidenziare le grandi cesure storiche e i caratteri distintivi dei diversi passaggi evolutivi e, soprattutto, di costruire la trama del libro su un doppio intrico di simmetrie e di giochi di specchi.

Innanzitutto, il volume è edificato su due ordini simmetrici e su due richiami al passato. L'apertura delle frontiere europee ai cittadini in possesso della cittadinanza europea richiama il paradigma liberal-cosmopolita della prima legislazione unitaria: nella seconda parte dell'Ottocento la circolazione è in larga parte libera e l'attraversamento dei confini privo di ostacoli. In secondo luogo, le misure fortemente restrittive adottate nel corso dell'ultimo quindicennio dal legislatore nazionale si ricollegano all'età liberale e all'età fascista e, cioè, alle età in cui sono state fortemente sacrificate le libertà degli altri sull'altare dell'interesse pubblico dello Stato-persona.

Attraverso quest'approccio trova tra l'altro conferma, anche in questo settore, la tesi della continuità tra Stato liberale e Stato fascista e tra Stato fascista e Stato costituzionale. Si tratta di una tesi già avanzata in studi di storia del diritto amministrativo, ma che riceve una validazione importante nello studio di Savino. In tema di limitazioni alle libertà degli stranieri, infatti, le basi furono introdotte dal liberalismo autoritario di fine Ottocento e primi del Novecento. Le misure di polizia speciali furono introdotte nel 1889: respingimento alla frontiera ed espulsione per motivi di ordine pubblico. Si afferma la primazia dell'interesse pubblico dello Stato attraverso fattispecie ablatorie (particolarmente indicativa, in tal senso, è la trattazione del caso dell'avvenente signorina Sordoillet).

In questa parte della trattazione sono molto interessanti le pagine sulla natura del c.d. incolato: alla contrapposizione tra tesi privatistica e pubblicistica (con quest'ultima che riteneva non sindacabile dal giudice, in quanto atto politico, gli atti di espulsione), Ranelletti tenta, invece, nell'ambito della teoria pubblicistica, di ricostruire la tesi dell'incolato come interesse legittimo, sindacabile dal giudice amministrativo.

Nello Stato liberale, dice Savino, la legge può limitare la libertà fin dove l'interesse pubblico lo richieda. A seguito della prima guerra mondiale e dell'acuirsi dei nazionalismi e dell'accresciuto rilievo dello *status* di cittadino, le misure fasciste di repressione delle libertà degli stranieri non solo seguono il solco tracciato in epoca liberale, ma rafforzano e accentuano le ipotesi e le tipologie di prevenzione. Ma se una continuità sostanziale tra età liberale ed era fascista è, per certi versi, comprensibile, ci si attende molto meno che non vi sia una reale cesura tra età fascista ed era repubblicana, dati anche i contenuti della

Costituzione del 1948, in radicale rottura con l'epoca precedente. E invece trova conferma l'ipotesi della continuità amministrativa, che viene corroborata e alimentata da una giurisprudenza amministrativa che si potrebbe definire *bouche de la loi*, ma per nulla della Costituzione.

Emblematico, in tale direzione, è il caso del signor Starkov, un russo profugo venuto in Italia quando aveva quattro anni e mantenutosi apolide, che viene espulso improvvisamente dopo aver superato i trent'anni senza alcuna motivazione. In sede giurisdizionale, il Consiglio di Stato avalla l'operato dell'amministrazione, ricostruendo il provvedimento sostanzialmente espulsivo come revoca di un permesso di soggiorno non previsto dalla legislazione, non essendo all'epoca il soggiorno dello straniero sottoposto a un atto autorizzatorio. Molto interessante qui è la ricostruzione giuridica compiuta da Savino: si mostra come la dichiarazione di soggiorno (*ex art. 142 del TULPS del 1931*), mero atto di certificazione, viene ricostruita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in palese rottura con il principio di legalità e in piena epoca costituzionale, quale provvedimento di autorizzazione. In tal modo, il ricorso a un vero e proprio provvedimento autoritativo discrezionale all'ingresso e al soggiorno mostra chiaramente come anche l'ordinamento repubblicano avesse virato (anche in modo più severo rispetto alla precedente epoca) verso una presunzione di pericolosità dello straniero.

Tutto ciò con l'avallo della Corte costituzionale. L'esempio più significativo è dato dalla sentenza n. 104 del 1969: l'eguaglianza in astratto tra cittadini e non cittadini nel godimento dei diritti fondamentali deve fare i conti con l'esistenza di « differenze di fatto » che possono giustificare disparità di trattamento. Il cuore della disciplina, dunque, è sempre e solo la legge, nonostante la Costituzione repubblicana.

Una volta descritte le epoche liberale, fascista e costituzionale, che l'a. raccoglie quali fasi della nazionalizzazione del diritto amministrativo, Savino dedica la seconda parte del volume alla descrizione di due universi paralleli con i quali ci confrontiamo nell'epoca contemporanea: una sorta di *sliding doors*.

Da un lato, il processo di de-nazionalizzazione per i cittadini europei, operato dalla disciplina europea; dall'altro, il fenomeno della ri-nazionalizzazione nei confronti degli stranieri extra-comunitari, determinato dalla legislazione statale dell'ultimo quindicennio, che fortemente compresso le libertà degli altri.

Con la cittadinanza europea la libertà di ingresso e soggiorno prevale sull'interesse pubblico; viene rifiutata l'accezione 'idealistica' di ordine pubblico e viene a dissociarsi, dunque, la nozione di ordine pubblico da quella di ragion di Stato; l'ordine pubblico può essere invocato soltanto se un accertamento attuale e concreto della pericolosità del soggetto lo renda possibile.

Fa da contraltare la disciplina nazionale sugli stranieri extracomunitari, in seno alla quale la disciplina *ante e post delictum* è costruita attorno a quattro caratteristiche principali.

Un'amplissima discrezionalità, soltanto marginalmente sindacabile (negazione o revoca dei visti di ingresso e permessi di soggiorno, espulsione prefettizia, espulsione ministeriale), ovvero un azzerramento della discrezionalità (misure di prevenzione *post delictum* fissate *ex ante* dal legislatore, senza accertamento in concreto della pericolosità dell'autore del reato).

La riscoperta e la valorizzazione di misure amministrative coercitive in funzione di contrasto dell'immigrazione irregolare (accompagnamento coattivo alla frontiera, respingimento differito e in alto mare, trattenimento nei CIE), le libertà dello straniero irregolare — afferma al proposito Savino — vengono attratte all'interno di un labirinto giuridico, dal quale si esce soltanto se si accetta l'esclusione dal territorio italiano.

Il processo di amministrativizzazione sia delle misure obbligatorie sia di quelle coercitive: è l'amministrazione, e non il giudice, che ha le chiavi della libertà dell'extracomunitario.

L'ambivalenza degli interventi dell'Unione europea nel diritto dell'immigrazione. Per i cittadini europei si passa attraverso l'accertamento della pericolosità, dell'applicazione stretta del principio di proporzionalità, della protezione umanitaria dei migranti. Ma l'approccio funzionale dell'Unione rivela i propri limiti nella tutela della libertà personale degli extracomunitari, poiché le ragioni dell'effettività conducono verso la suddetta amministrativizzazione. È proprio tale tipo di approccio dell'Unione europea che contribuisce ad accentuare il carattere ordinario della detenzione amministrativa, estendendone la durata fino a un anno e mezzo, con conseguente fortissima tensione con il principio dell'*habeas corpus*.

Savino conclude nel senso che « il prodotto dello Stato nazionale di prevenzione è un diritto amministrativo che cerca più di proteggere lo Stato dai flussi di migranti, che non le libertà di questi ultimi dal pubblico potere ». Di qui la conseguenza che il diritto amministrativo dell'immigrazione è attualmente un diritto privo delle basi costituzionali.

Nel seguire il metodo diacronico e storicistico il libro sconta necessariamente il seguente difetto: gli istituti vengono esaminati in relazione allo sviluppo in una determinata epoca, poi abbandonati e ripresi per l'epoca successiva, a distanza talvolta di molte pagine. E c'è anche da rilevare che i fenomeni della de-nazionalizzazione e della ri-nazionalizzazione sono presentati in via sequenziale, ma sono entrambi presenti nella contemporaneità e, sotto il profilo temporale, si sovrappongono parzialmente. Ciò posto, il criterio diacronico consente all'a. di seguire al meglio la tesi principale, che consiste, come detto, nel travolgimento dell'idea di Stato da parte dell'ordinamento europeo e

dal rigurgito dell'autorità statale a prezzo della scissione tra diritto amministrativo e Costituzione.

Ci sono altri tre punti dell'opera di Savino che vale la pena di segnalare brevemente, quali profili problematici e di possibile futuro approfondimento. È ben descritto l'aggiramento normativo e giurisprudenziale del principio di proporzionalità a seguito dell'uso strumentale della discrezionalità amministrativa (o molto ampia o troppo stretta). È evidenziato, nel rapporto tra Corte costituzionale e giudice amministrativo, come la Corte costituzionale abbia avuto un atteggiamento deferente e debole sulle misure di prevenzione, mentre più significativa e penetrante è la giurisprudenza costituzionale sul riconoscimento dei diritti sociali degli stranieri. È analizzato il rapporto tra Unione europea e Stati nazionali, attraverso una lettura pro-europeistica: c'è da chiedersi, al proposito, quale atteggiamento assumerebbe l'Unione europea se dovesse svilupparsi un'ipotesi federativa.

In conclusione, quello di Savino è un libro che si staglia nell'attuale produzione monografica, in quanto induce a riflettere sia sotto il profilo del metodo storicistico prescelto, sia sotto quello dell'approccio problematico all'analisi sostanziale.

ALDO SANDULLI

Vidas por el Derecho, ed. Esteban Conde Naranjo, Madrid, Editorial Dykinson — Universidad Carlos III, 2012, pp. 1-569.

La duda, a estas alturas, sobre la dignidad historiográfica de la biografía se antoja fuera de lugar. A nadie (o a casi nadie) se le ocurre ahora impugnar la posibilidad de que la reconstrucción del pasado pueda realizarse también a través del relato específico de la vida de quienes lo protagonizaron (Incluso por medio del relato de la vida de uno sólo de ellos). La biografía es, por tanto, historia, eso sí, una historia claramente subjetiva, que coloca sin disimulo al sujeto, a *un* sujeto, en el centro del relato histórico, no sólo como protagonista sino como objeto de éste. Otra cosa — y no menor desde luego — será plantearse qué sujetos, qué personajes son importantes para esa reconstrucción eminentemente subjetiva del pasado, o cómo debe hacerse una biografía verdaderamente histórica (asumido que puede haber algunas que no lo sean tanto). Una biografía, como decimos, que contribuya, en definitiva, al mejor conocimiento del pasado (que es de lo que se trata cuando uno mira hacia ese *país extraño*, por decirlo con Lowenthal). En definitiva, estamos convencidos de que los problemas en torno al encaje de la biografía en la historia, de aquella como género de ésta, no son hoy día constitutivos o esenciales sino más bien de método; dicho de otro