



Rivista N°: 4/2015

DATA PUBBLICAZIONE: 30/10/2015

XXX Convegno annuale AIC – Roma 2015

LA SCIENZA COSTITUZIONALISTICA NELLE TRANSIZIONI ISTITUZIONALI E SOCIALI

AUTORE: Vittorio Angiolini\*

## DIRITTO COSTITUZIONALE E SOCIETÀ MULTICULTURALI

*1. Il multiculturalismo come fatto storico e problema. – 2. La tendenziale indifferenza dei diritti “naturalisti” ed “autoevidenti” delle rivoluzioni settecentesche al contesto culturale ed il loro impianto nel diritto statale. – 3. La precarietà della protezione giuridica della sfera privata e la dilatazione della sfera pubblica. – 4. I rischi connessi ad “interessi” e “valori” ridotti forzosamente a sintesi nella sfera pubblica: la questione dei “simboli” religiosi. – 5. L’“unità” della sfera pubblica e lo strano destino delle “minoranze” linguistico-culturali. – 6. Segue: la riduzione delle “minoranze” in condizione di separatezza ed il regime di eccezione per i diritti delle persone che le compongono. – 7. Le differenze culturali e la “società democratica”. – 8. Segue: democrazia, conflitti e pacificazione. – 9. Gli indizi e le premesse di un possibile mutamento di rotta. – 10. La reazione all’omologazione culturale: cenni sull’ipotetico diritto alla difesa della propria differente cultura e sull’illecito “culturalmente motivato”. – 11. Segue: note critiche sui diritti nella famiglia. – 12. L’importanza di tutelare identità e scelte culturali delle persone per i diritti del lavoro ed alla “solidarietà sociale”. – 13. Segue: l’ambiguità della collocazione dei diritti sindacali e di quelli “a prestazione” nella sfera pubblica. – 14. Nota finale: i diritti fondamentali, la terra ed il mare.*

### 1. Il multiculturalismo come fatto storico e problema

Il multiculturalismo, a cui ci si è accostati anche come dottrina o progetto di società, è anzitutto un fatto storico ed un problema. È indicato infatti come problema, per il diritto costituzionale, quello della convivenza o del conflitto, in Italia, in Europa ed in altri paesi occidentali, di differenti culture, come insieme delle opinioni, delle credenze o delle fedi anche religiose, dei convincimenti, dei costumi, dei linguaggi e degli stili di vita diversi, individuali e collettivi, derivanti da identità tramandate o comunque acquisite e da scelte più o meno consapevoli delle persone.

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Milano.

Si sottolinea da più parti, con accenti diversi, che lo sviluppo tecnico-scientifico e le dinamiche dei rapporti sociali ed economici hanno messo a contatto, o reso più prossimi, comunicanti ed interdipendenti tra loro individui e collettività un tempo percepiti come distanti; sino ad immaginare che le attuali società, scomposte in “popoli”, “nazioni” o “comunità”, possano essere considerate, o siano in procinto di poter essere considerate, come articolazioni di una unica società “globale”, sebbene in guisa di variegata, e disunita, “moltitudine”.

Senza prendere posizione su questo, e per quello che qui preme, e cioè la prospettiva giuridica e costituzionale, è peraltro da osservare come non sia affatto scontato che le differenze culturali, tra persone e collettività, siano ora più accentuate che nella nostra storia passata. È verosimile, ed anzi probabile, che con insediamenti di più ridotte dimensioni, meno organizzati di quelli odierni e tra loro scarsamente comunicanti, sul piano delle relazioni sociali, economiche e politiche, la disparità ed eterogeneità di culture complessivamente riscontrabile entro il genere umano fosse, nel passato, più pronunciata, quantunque magari meno avvertita.

Quando si richiama oggi in causa la “moltitudine”, riutilizzando il vocabolo già adoperato in secoli trascorsi per indicare collettività che non avessero raggiunto la soglia di compattezza o coesione per meritare l'appellativo di “comunità”, di “popolo” o “nazione”, non è da dimenticare che questo vocabolo, in tale accezione, ci è pervenuto da lontano, attraverso le traduzioni dei testi aristotelici. La constatazione delle differenze e della pluralità delle culture, anche dentro una società con parvenza unitaria, è questione antica.

Il problema che abbiamo di fronte non è dunque tanto quello della pluralità e delle differenze culturali in seno all'umanità come fatto storico che, in quanto tale, c'è ora come c'era ieri e, forse, è venuto scemando d'intensità, sebbene abbia maggiori occasioni di manifestarsi.

Il problema che abbiamo di fronte, come giuristi e costituzionalisti, è se, in che modo e quanto la pluralità e le differenze culturali siano state e possano essere considerate importanti per il diritto costituzionale. Non pare utile attenersi al percorso sulla “terra” ed il “mare” di C. Schmitt, su cui tuttavia si tornerà brevemente più avanti, poiché quel percorso, con le sottese metafore, è tanto ricco di suggestione quanto azzardato, se non, per qualche aspetto, visionario. Ma pare che su una cosa almeno a Schmitt si possa dare ragione, laddove sottolineava che quel che conta non è pluralità e la differenza delle culture in sé, bensì la concezione del loro venire a contatto che è stata mantenuta, che coltiviamo e che potremmo coltivare nel costruire il diritto e le Costituzioni.

## **2. La tendenziale indifferenza dei diritti “naturalisti” ed “autoevidenti” delle rivoluzioni settecentesche al contesto culturale ed il loro impianto nel diritto statale**

Sotto questo profilo, se si torna sebbene di sfuggita alle dichiarazioni dei diritti delle rivoluzioni settecentesche, nord-americana e francese, ci si può peraltro subito avvedere che il posto in esse dato alla pluralità ed alle differenze culturali era giuridicamente un posto modesto, sebbene in fatto e storicamente quella pluralità e quelle differenze avessero un peso.

I *“diritti dell’uomo”* delle rivoluzioni settecentesche, a cui si postulava le Costituzioni dovessero offrire tutela, erano *“naturali”* ed *“autoevidenti”*, e quindi universali, perché infissi in una *“natura”* ed in una *“ragione”* che sarebbero state ferme ed immutabili, imposte al di là della storia per ogni essere umano. Essi erano o potevano essere, pertanto, diritti franchi o affrancabili non solo da appartenenze collettive, ma anche da identità e scelte culturali individuali dell’essere umano che ne aveva la titolarità.

E questa non era solo un’idea di partenza, ma un indirizzo sui diritti *“naturali”* ed *“autoevidenti”* che valeva per la loro pratica, rendendoli predicabili per ogni e qualunque *“popolo”*, *“nazione”* o *“comunità”*.

È grazie all’universalità dei *“diritti naturali, inalienabili e sacri dell’uomo”*, in quanto avulsi da un qualunque contesto storico e culturale, che si poteva giustificare, anche in armi, il tentativo di consegnarli a chi spontaneamente, per la propria identità e le proprie scelte, non se li fosse dati; come fece Napoleone I, quando prese quei diritti a pretesto di campagne militari di conquista.

Ovvero all’inverso, era in nome dell’ universalità dei diritti degli esseri umani che si poteva giustificare la rottura di legami tra gli appartenenti ad un solo *“popolo”* o ad una sola *“nazione”* o *“comunità”*; come accadde, nel nord-america, quando con la dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti, in nome dei propri diritti di esseri umani *“creati uguali”*, i *“coloni”* recisero, sempre in armi, i *“legami politici”* con i *“fratelli britannici”*.

Ciò sebbene, per tragica ironia della storia, quegli stessi *“coloni”*, i quali lamentavano un trattamento peggiore da quelli che loro stessi chiamavano *“fratelli britannici”*, nel tempo negassero completamente quei *“diritti dell’uomo”* da loro rivendicati ai nativi americani, rei soltanto di non conoscerli e nemmeno comprenderli per la loro cultura.

Ci si spinse sino al punto che l’ignoranza persistente dei *“diritti dell’uomo”*, da parte di questi nativi, fu presa, come ha sottolineato R. Nozick, a segno del loro essere *“sub-umani”*, e non meritevoli di diritti universali. Il mito del *“buon selvaggio”*, da reputarsi tale in quanto sgombrato da civiltà, fu ritorto contro quei nativi americani, i quali non si piegavano alla civilizzazione dei *“diritti dell’uomo”* che, in quanto appunto *“selvaggi buoni”*, avrebbero dovuto accogliere di buon grado.

Ma non vale neanche la pena di attardarsi sulla precarietà, ormai comprovata storicamente, dell’affermazione dei *“diritti dell’uomo”*, come *“naturali”* o *“autoevidenti”* nel costituzionalismo settecentesco. Quello che piuttosto va messo in luce, sebbene ancora con il senno di poi, è che tali dottrine del costituzionalismo, proprio perché caldeggiarono l’immissione nella Costituzione di diritti imputati alla *“natura storica”* dell’essere umano, e quindi sciolti da identità e scelte culturali pregresse o effettivamente operanti, non tanto fossero un elemento di contraddizione, quanto, a guardare ad esse a ritroso, abbiano potuto fungere da preparazione per le dottrine che vennero appresso e le quali, facendo sommaria giustizia della *“sovranità popolare”* o anche solo relegandola sullo sfondo, consegnarono i diritti assicurati dalle Costituzioni agli Stati sovrani.

Non si vuole esagerare questo tratto di continuità, ma è pressoché inevitabile notare che, nel rendere i *“diritti dell’uomo”*, per l’origine *“naturale”*, refrattari o sollevati rispetto all’agire concreto di identità o scelte culturali, individuali o collettive, le dottrine settecente-

sche hanno spianato la strada a quelle, successivamente imperanti, per cui potrebbe spettare allo Stato sovrano, in quanto forma organizzata del “popolo” o della “nazione”, imprimere a ciascuna “comunità”, una fisionomia culturale coesa.

Con il perfezionarsi della figura del diritto soggettivo, quale atto a rappresentare anche i diritti delle Costituzioni statali, è divenuta opinione corrente che ciascuno, nell’esercitare tali diritti, spenda la propria identità culturale e cultura – come rammentato da E. Wolgast nella critica all’ individualismo “atomistico” – a livello di “autosviluppo” e di “autonomia morale”, tanto nelle relazioni con altre persone che con lo Stato stesso.

Ma l’impronta proveniente dalle dottrine settecentesche, per le quali in quanto “naturali” quei diritti costituzionali nella fase della loro instaurazione avrebbero potuto attecchire e valere indipendentemente dalla cornice anche culturale in cui avrebbero dovuto essere innestati, ha lasciato in eredità, alle dottrine delle Costituzioni statali, la possibilità di ripristinare una distinzione resistente tra sfera pubblica e sfera privata, inizialmente e primariamente nel continente Europeo ove le dottrine della sovranità erano sedimentate.

I diritti costituzionali diventarono più prossimi quello che a lungo sarebbero stati, ossia vennero tradotti in diritti soggettivi o situazioni soggettivamente protette, in quanto tali consistenti in una sfera di liceità spettante agli individui, o a collettività minori e non altrettanto necessarie rispetto a quella statale, posta sotto la protezione di regole e principi obiettivi dettati dagli Stati e solo in quanto tali passibili di divenire il luogo di un autosviluppo e di un’ autonomia culturali differenziati rispetto a quelli di altri consociati o dello Stato stesso.

E, peraltro, proprio per l’essere loro indispensabile la protezione dello Stato, e del suo diritto obiettivo, le istanze culturali inerenti ad una tale sfera privata sono state messe in subordine, e rese sacrificabili, ad una sfera pubblica, compiutamente assorbita nell’alveo statale, rendendo lo Stato stesso protagonista e responsabile dell’unificazione del “popolo”, della “nazione” o comunque della “comunità”, caratterizzata ed identificata anche da una omologazione della cultura, oltre che dal resto, come l’etnia, la stirpe o il “misto di terra e di sangue”.

È allo Stato, o meglio ai molti Stati sparsi per la terra ed in lotta tra loro come sovrani, che è stata demandata la missione di rappresentare quell’unità anche di cultura che è una componente degli “interessi generali” e dei “valori obiettivi” come attributo statale misterioso, perché non solo distinto e più alto, ma anche materialmente indeterminato e quindi non comparabile, in confronto alle istanze culturali vissute ed agite nella sfera privata dai cittadini, come singoli o in collettività.

L’accentramento che ne è venuto di identità e scelte culturali presso lo Stato ha avuto una miriade di declinazioni differenti. Ma la forza di questo movimento accentratore è stata, in ogni caso, notevole, coinvolgendo anche diritti comunemente stimati essenziali, per la cultura delle persone, per la loro identità, per le loro scelte; quelli che pure coinvolgono beni più di altri direttamente ricollegabili ad identità o scelte culturali, sono stati designati quali “diritti soggettivi pubblici” proprio per denotare come il loro governo, la loro ampiezza, e quindi la loro stessa materiale esistenza, fosse pertinenza degli Stati sovrani.

Si ponga mente, tra le altre cose, non solo all’uso della lingua, per motivi anche pratici e comprensibili pregiudicato sino dalla scrittura di leggi e Costituzioni, ma alla libertà di e-

spressione, per salvare la quale come impregiudicata si è dovuti ricorrere, non di rado, al tenerla discosta da comportamenti materiali lesivi, presumendola come un contributo per sé sempre innocente al *“dibattito pubblico”* (come accaduto nell’ormai datata giurisprudenza nord-americana per cui la *“libertà di parola”* non andrebbe mai compressa, se non nell’imminenza di un *“pericolo chiaro e presente”*, che debordi in alcunché di diverso). Giacché, ogniqualevolta questa presunzione di innocenza della *“parola”* è stata accantonata, per equiparare la manifestazione del pensiero ad una qualunque azione materiale, come ogni azione materiale per sé potenzialmente offensiva, il discorso è mutato rapidamente, come attesta, ad esempio, il piglio autoritario di talune pagine di E. Forsthoff sulla libertà di stampa.

In questo senso, è stata piegata all’accentramento di identità e culturali nella sfera pubblica, in quanto posta sotto il dominio almeno eminente dello Stato, anche la libertà di religione, che pure ne è stata, ed avrebbe dovuto esserne considerata, agli antipodi; poiché il discorrere di un diritto alla libertà di religione, nell’ordinario perde consistenza come tale, e non è più nitidamente distinguibile da un generico diritto di dire e fare ciò che più piace, se quella religiosa non è considerata come libertà individuale e collettiva di tenere comportamenti conformi a proprie credenze interiori, pur indiscutibili come *“valori”* di fede, anche quando tali comportamenti appaiano non conformisti, o non conformi a quelli di altri consociati.

Eppure, solo episodicamente, e con parecchie oscillazioni, il diritto alla religione è stata trattato come diritto alla libertà della differenza religiosa, individuale e collettiva. Lo stesso trattamento della libertà religiosa è stato invece fatto spesso discendere da opzioni di fondo, più o meno meccanicamente applicate, circa l’atteggiarsi della sfera pubblica in generale sulla religione; e ciò tanto che lo Stato, attraverso la sua Costituzione, proclamasse di abbracciare una religione o che, viceversa, proclamasse di voler espungere ogni manifestazione religiosa dagli *“interessi”* o *“valori”* rimessi alle sue cure come *“general”*.

### **3. La precarietà della protezione giuridica della sfera privata e la dilatazione della sfera pubblica**

Nel secolo appena trascorso, un tale assetto, che ha reso l’identità e le scelte culturali della sfera privata, individuale e collettiva, dipendenti dalla sfera statale e pubblica, forse più di quanto lo fossero mai state, ha mostrato una grande vitalità, autoalimentandosi, e, nel contempo, ha mostrato anche il suo volto più oscuro ed inquietante, sovvertendo quel tanto di tranquillità borghese che esso aveva assicurato in Europa ed altrove.

Da un lato, l’assetto rapidamente tratteggiato ha mostrato di potersi autoalimentare, poiché, se i diritti delle persone sono, e fin tanto che essi siano, *“diritti pubblici”*, la cui elargizione e la cui regimentazione è in capo allo stato sovrano, è chiaro che ogni pretesa a *“nuovi diritti”* può condurre, pressoché fatalmente una volta che sia accolta dal sovrano, ad una dilatazione dell’ingerenza statale non solo nell’ambito delle relazioni economiche e sociali, ma immediatamente nella sfera, che ne è stata continuamente rimpicciolita come sfera privata, dell’ autosviluppo e dell’ autonomia culturale delle persone, come individui o in quanto collettivamente organizzate al di fuori del diritto ufficialmente pubblico.

E questo effetto dilatatore della sfera pubblica nel governo dei *“diritti costituzionali”*, che sovrappone le determinazioni dello Stato e per esso dei suoi corpi politici, dei suoi giudici e delle sue amministrazioni alle identità ed alle scelte anche individuali e collettive delle persone non è stato diminuito, bensì a scanso di equivoci è stato esaltato, già durante il '900, dall'erosione subita dalla figura del diritto soggettivo, il quale, anche come diritto soggettivo privato, ha finito per l'essere protetto quale sottoprodotto, o quale riflesso, del diritto statale oggettivo.

L'avvento di *“nuovi diritti”*, a cominciare da quelli ricollegati proprio all'evoluzione di ciò che abbiamo denominato in Europa *“Stato sociale”* o *“Welfare”*, ha avuto anche questo significato: il dare *“nuovi diritti”* ai lavoratori, alle famiglie, o alla generalità delle persone per la salute o l'ambiente, per l'istruzione o per la promozione della scienza o dell'arte ha avuto, come suo risvolto, quello di consentire di avocare allo stato ed alle sue articolazioni pubbliche, corrispondentemente sottraendola alla disponibilità individuale e collettiva delle persone, la concezione del lavoro ovvero quella della famiglia e dei rapporti familiari, oppure la scelta di ciò che va curato come malattia, di ciò che occorre apprendere per stare in società, di ciò che come arte o scienza conviene o, più comprensivamente, la maniera di percepire il rapporto con il mondo che ci circonda.

Il che ha avuto, d'altro lato, un rilievo non secondario dal momento che, in Italia, in Germania e più latamente in Europa, lo *“Stato sociale”* ed il Welfare hanno preso piede in concomitanza con l'ascesa, non solo nei fatti della storia ma sul terreno del pensiero, di dottrine costituzionali *“totalitarie”*, in quanto protese, se non proprio ad abolire, a ridurre indefinitamente lo spazio della sfera privata di autonomia culturale ed autosviluppo delle persone in società, nonché delle loro diverse culture ed identità culturali, a vantaggio di un'espansione della sfera pubblica, come risolutiva dell'unificazione, e della riduzione culturalmente ad un tutto, dei *“popoli”*, delle *“nazioni”* e delle *“comunità”*.

Non si vogliono qui riattizzare, sebbene non manchino le motivazioni, le ricorrenti polemiche sulla circostanza che, anche dopo la seconda guerra mondiale, il *“totalitarismo”* sia stato più rimosso, come una parentesi storica, che superato attraverso un vaglio critico serrato.

Ci si può limitare a constatare che, nelle dottrine costituzionali del continente europeo, c'è stato anche più di questo, poiché, se si esaminano i referenti con cui si è dialogato nella ricostruzione delle Costituzioni nel dopoguerra, non si fatica a scorgere che questi referenti non sono stati e non sono affatto, gli oppositori o i resistenti, tra cui le intelligenze pure c'erano, bensì i più intelligenti e capaci tra coloro i quali, se non fiancheggiatori del *“totalitarismo”*, cedettero e furono sensibili ai suoi richiami, benché in qualche caso pagando a caro prezzo la propria sprovvedutezza.

Non pare contestabile, ad esempio, che per i costituzionalisti italiani in attività, abbiano conservato maggior fascino la dottrina della *“costituzione materiale”* di C. Mortati o quella dell' *“indirizzo politico”* di V. Crisafulli, come se queste fossero solo prodotti imperituri d'ingegno, quali si badi in effetti sono, e non anche dottrine situate nel quadro della cultura giuridica del fascismo; mentre si rileggono poco, ad esempio, le opere giovanili di un C. E-sposito, il quale, sin dagli anni '30, aveva sollecitato una maggiore attenzione all' *“esteriorità”*

come presidio dell' "obiettività" del diritto ed aveva introdotto il ragionamento sulla "validità" giuridica della legislazione politica.

Così come, nell'attuale dottrina costituzionale tedesca, si frequentano più volentieri, ed a cuor leggero, un C. Schmitt, un R. von Smend, o i loro continuatori su altra sponda ideologica, come H. Heller o O. Kirchheimer, più che ristudiare un H. Kelsen o un A. Merkl. Come se dietro la dottrina schmittiana del "nemico" del "popolo" non si intravedessero, in trasparenza, i Lager o nelle pagine dedicate da Smend alla retorica della bandiera non risuonassero gli echi dei passi cadenzati delle camice bruno.

Non solo si è rimosso e si rimuove il "totalitarismo" ma se ne è rimosso e se ne rimuove l'influsso sulle dottrine costituzionali.

Una delle tracce di questo, se non proprio una ripercussione del non avere saldato i conti con la nostra storia recente, è visibile nello stato odierno delle dottrine costituzionali e, anzitutto, nel fatto che, anche conclusa la "guerra fredda", queste dottrine ci appiano, più che tributarie di ciò che è stato, com'è logico che siano, attestate su presupposti ormai trascorsi. In particolare, non sembrano esserci risposte appaganti al rischio insito nell' allargare lo spettro dei fattori di identificazione e di scelta culturale rimessi alla sfera statale e pubblica, senza contropartite per l' autonomia e l' autosviluppo delle persone, non solo individuale.

Nel diritto internazionale, che soprattutto nell'Unione europea e nel Consiglio d'Europa ha assunto altresì le sembianze di un diritto sovranazionale, non più inibito ad intromettersi nel rapporto tra gli Stati e quanti assoggettati al loro potere sovrano, c'è stata la spinta, venuta in chiave antitotalitaria dagli eventi della guerra mondiale e cresciuta dopo il 1989 con la caduta del "muro di Berlino", verso la riscoperta di "diritti umani", con un'ambizione universalistica distante da quella settecentesca perché attinente a "diritti positivi", fondati o da fondare storicamente, immersi o da immergere nella storia.

Ma, se si sfronda la discussione tra i costituzionalisti da apprezzamenti di facciata e formali, circa il poter essere siffatti "diritti umani" in potenza un utile contributo al problema della convivenza e dei conflitti tra le differenti culture nel mondo proteso alla "globalizzazione", si deve prendere atto che le dottrine costituzionali sono al riguardo, oltre e più che scettiche, tiepide e reticenti nel prendere impegni.

In primo luogo, e per un verso, raffreddatosi l'entusiasmo per la Costituzione europea, non si sa perché immaginata con caratteri mutuati da quelle degli Stati sovrani, nelle dottrine costituzionali sembrerebbe prevalere una più o meno appassionata difesa delle Costituzioni nazionali; con un orientamento che non so se si possa chiamare come è stato chiamato di "patriottismo costituzionale", e dunque in veste di paladini di identità o scelte culturali supposte libere, oltre che politiche, di "popoli", "nazioni" e "comunità" diverse, le dottrine costituzionali percepiscono in genere i "diritti umani" internazionali e sovranazionali come proiezione ulteriore, e dunque come estensione o aggiunta, di quei diritti che ormai le stesse Costituzioni nazionali offrirebbero a tutti, e non solo a chi dello Stato sia cittadino; i quali diritti delle Costituzioni nazionali, in quanto da assicurare all'essere umano come tale, sono distinti con puntiglio dai "diritti umani" e si classificano quali "diritti fondamentali", poiché, a seconda delle opinioni, ritenuti fondativi o fondati comunque sulla sovranità statale, o su una sovranità costituzionale che starebbe a sé.

In secondo luogo, ciò posto e un per altro verso, alquanto acriticamente recependo gli esiti raggiunti nel '900 con il declino del diritto soggettivo, e quindi della stessa categoria dei *"diritti soggettivi pubblici"*, le dottrine costituzionali hanno finito per riconvertire i *"diritti"* anche *"fondamentali"* delle persone, in quanto attinenti all'esercizio della sovranità, in entità da proteggere come squisitamente obiettive, e cioè *"interessi"* o *"valori"* risolti nella sfera pubblica, anche per il *"bilanciamento"* tra loro e con l' *"interesse generale"* o i *"valori"* assunti come condivisi dal sovrano.

Il che, se può aver agevolato la coordinazione tra le diverse autorità preposte alla tutela, al livello non più solo nazionale bensì anche internazionale e sovranazionale, e quindi in una sfera pubblica allargata, ha avviato un gioco nel quale, più che come partecipi o protagonisti, le persone potrebbero essere diventate o diventare solo destinatarie, e spettatrici alquanto passive, della protezione dei *"diritti fondamentali"* di cui dovrebbero essere titolari.

#### **4. I rischi connessi ad *"interessi"* e *"valori"* ridotti forzosamente a sintesi nella sfera pubblica: la questione dei *"simboli"* religiosi**

Se tutto questo può avere un senso, almeno come sintesi stilizzata delle premesse e solo come ipotesi da verificare in ordine a talune trasformazioni del diritto costituzionale, non dobbiamo meravigliarci se quel che ne discende non ci soddisfa, dal punto di vista della convivenza e dei conflitti tra diverse culture. Giacché avrebbe del miracoloso, piuttosto, che soluzioni soddisfacenti potessero sorgere riassumendo istanze culturali in *"valori"* o *"interessi"* oggettivati, e dunque depurati e distinti di autorità dalle manifestazioni soggettive di chi li sostiene, per poi aspettarsi che, sempre autoritariamente, quei medesimi *"valori"* o *"interessi"* siano *"bilanciati"*, o trovino un accomodamento, da qualche corpo politico di legislazione o da qualche amministrazione, rivendicanti la propria democraticità, ovvero dalle Corti e dai giudici, in una sfera pubblica rarefatta e dai contorni elastici, non foss'altro perché comprensiva, oltre che degli Stati, di organizzazioni internazionali e sovranazionali.

Anzitutto, i *"diritti"*, risucchiati nella sfera pubblica alla stregua di *"valori"* o *"interessi"* oggettivi, o meri *"principi"* incondizionati o di *"ottimizzazione"*, diventano canne al vento, a cui può tutto accadere, ed infatti accade, senza più neanche lo schermo del diritto soggettivo a contraddistinguere e salvare una sfera privata di identità e di scelta culturale. E ciò, peraltro, non perché ad una tale concezione dei *"diritti fondamentali"*, in quanto tali inscindibili dalla sovranità, sia sottinteso il relativismo culturale, come spesso si sostiene o si lamenta, bensì perché ad essere sotteso è il fondamentalismo, o l'assolutismo culturale, dei *"valori"* e degli *"interessi"* pubblici e *"generalisti"*.

Per essere ridotte a sintesi in quei *"valori"* o *"interessi"* oggettivi, i fattori identitari e le scelte culturali debbono essere relativizzati, resi malleabili e compromettibili, ma solo a senso unico, e cioè sin tanto che essi restino materia grezza nella disponibilità delle persone, individualmente o collettivamente; giacché, qualora in una tale sfera privata ci fossero già *"valori"* assoluti o *"interessi"* assunti come irrinunciabili, la sfera pubblica avrebbe spazi angusti per intervenire sugli stessi.

Ma quando vengono invece staccate dalla soggettività delle persone, per entrare come appunto relative o relativizzate nella sfera pubblica, statale, sovranazionale o internazionale, identità e scelte culturali sono invece trasfigurate in *“interessi”* o *“valori”* i quali, per poter essere obiettivati e proclamati condivisi, possono anche divenire tali da non più tollerare smentite, e da imporsi assolutamente. Ci sono dottrine per cui la sfera pubblica non avrebbe una sua autonoma funzione, se non abbandonasse il relativismo, per custodire *“valori”* o *“interessi”* da rendere intangibili, assoluti e *“fondamentali”*.

Il fatto che poi questo dispensare certezze assolute o *“fondamentali”* possa essere esitante, rapsodico o materialmente difettoso, quanto a strumenti per imporsi, non sposta la circostanza che gli *“interessi”* ed i *“valori”* custoditi nella sfera pubblica possano essere supposti intoccabili, in confronto a quel che resta della sfera privata. Ciò, anzi, peggiora le cose poiché porta, o può portare, ad una prassi di alternanza od oscillazioni tra *“valori”* ed *“interessi”*, nella sfera pubblica via via assunti tutti come assoluti o *“fondamentali”* e, però, tra loro scopertamente incoerenti.

Un'esemplificazione impressionante ne ha dato la recente giurisprudenza di Strasburgo sulle determinazioni dei corpi politici di legislazione e di amministrazione, delle Corti e dei Giudici dei paesi europei sull'uso in pubblico di *“simboli religiosi”*.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sui *“simboli religiosi”*, come anche sul *“proselitismo religioso”*, non è mai stata, ad essere schietti, un modello di coerenza. Ma, fino a che, l'ecletticità e mutevolezza dei criteri di giudizio, o di bilanciamento, ha toccato prevalentemente paesi come la Turchia, fuori dall'Unione europea ed in manifesta difficoltà nel gestire marcate differenze di cultura non solo religiosa del proprio *“popolo”* o *“nazione”*, non ci si è più di tanto scandalizzati. Sennonché, quando la Corte si è trovata a giudicare su paesi situati nel cuore d'Europa, come l'Italia e la Francia, essa è sembrata andare anche più in là.

Sotto questo profilo, la sentenza S.A.S. c. Francia (ric. n. 43835/11) della Grande Camera del 1 luglio 2014 si segnala soprattutto per il percorso argomentativo, ed il criterio di *“bilanciamento”*, che la Corte ha prescelto.

In discussione, era il divieto, statuito dal legislatore francese, di *“una tenuta destinata a nascondere il viso”* nello *“spazio pubblico”*; divieto, questo, che anche per i lavori preparatori della legge francese, è stato mirato a colpire, in specie, l'utilizzo del *“velo integrale”*, *“burqua”*, indossato da talune donne mussulmane appunto come *“simbolo religioso”*. Il Consiglio costituzionale francese aveva confermato che un tale divieto non violerebbe la libertà religiosa, purché non fosse applicato *“in luoghi di culto aperti al pubblico”*.

La Corte europea ha affrontato la questione in maniera apparentemente calma e pacata, escludendo, per un verso, che a muovere al divieto il legislatore francese sia stato *“l'obiettivo principale di proteggere le donne contro una pratica loro imposta o che sarebbe loro di pregiudizio”*. Il che è parso corretto, poiché, se non ci sarebbe dubitare che sia illegittimo e discriminatorio imporre ad una donna come tale il *“velo integrale”*, anche da parte della famiglia o del coniuge, è altrettanto indubitabile che un tale capo di vestiario possa essere consapevolmente scelto, come è sembrato esserlo nel caso concreto dalla ricorrente, ed allora la situazione cambia radicalmente: poiché, se ed allorché non sia subito dalla donna, il

“velo integrale” può apparire come un “simbolo” il quale, nell’ottica religiosa dell’islamismo, può non comportare affatto “cancellazione” della personalità e discriminazione sessuale; come era stato illustrato, da più parti, nel giudizio di Strasburgo.

Inoltre, la Corte ha escluso anche che un divieto di coprire il volto, ampio e comprensivo come quello della legge francese, potesse essere indispensabile, o anche solo “ragionevole” e “proporzionato”, alla difesa della “sicurezza pubblica”, poiché potrebbe esserlo solo in una situazione di emergenza, ossia “di rilevante minaccia generale” per le persone ed i loro diritti (non sussistente nel caso nostro, essendo state calcolate le donne che portano il “velo integrale” in Francia nel numero di 1.900, su decine di milioni di persone).

Dopo tutto questo, tuttavia, la sentenza conclude che la proibizione del “velo integrale” in Francia sarebbe legittima, in ossequio alla possibilità che, godendo di un vasto “margine di apprezzamento”, il legislatore si sia fatto garante “delle condizioni che permettono agli individui di vivere insieme nella loro diversità”, in quanto “l’interazione tra gli individui” può essere “alterata dal fatto che taluni nascondono il viso”.

Quel che colpisce è la esiguità di una tale giustificazione, che senza troppo starci a pensare rimette al legislatore politico niente meno che “il vivere insieme”, la disciplina giuridica dell’ “interazione degli individui” e quindi della stessa propensione delle persone ad isolarsi o interloquire con altri nel loro agire quotidiano, elevando questo ad “interesse” o “valore” assoluto, o tanto preminente da spazzare via nel bilanciamento anche un “diritto fondamentale” come quello di religione. Come opportunamente hanno osservato, nel dissentire, i Giudici Nussberger e Jaederblom, si erge a “fondamentale”, ad esso sacrificando “diritti dell’uomo”, un “principio astratto”, il quale è arduo ricondurre alla convenzione europea.

In altre parole, ad un comportamento sospettato da tanti di esibire un “fondamentalismo” religioso si risponde affidando in gestione allo Stato un potere di socializzazione forzata, esso stesso fondamentalista, poiché consistente in un potere discrezionale e non puntualmente circoscritto.

Ed un tale esito può impressionare, se accanto a questa pronuncia di Strasburgo si mette l’altra sentenza, Lautsi ed altri c. Italia del 18 marzo del 2011 (ric. n. 30814/06), a cui viene naturale accostarla e con cui la Grande Camera di Strasburgo ha mandato assolto lo Stato italiano per aver ingiunto obbligatoriamente la presenza del Crocefisso in luoghi pubblici quali le scuole.

Innanzitutto ad una questione forse anche male impostata, poiché incentrata su di un’imprecisata libertà dei genitori di trasmettere ai figli qualunque credenza o convincimento religioso o filosofico, anche qui la Corte fa, apparentemente sfoggio di moderazione: non c’è nessun compiacimento, né enfasi, allorché, proprio per non giudicare conculcata la libertà dell’educazione genitoriale, la Corte minimizza il peso dell’ “accresciuta visibilità che la presenza del Crocefisso dà al cristianesimo nello spazio scolastico”, adducendo come elementi volti a “relativizzarlo” l’assenza di un insegnamento obbligatorio della religione, e la non ostilità verso “pratiche religiose non maggioritarie”.

Certo, se l’impostazione dei problemi in campo fosse stata appena più rigorosa, ed oltre che della libertà dell’educazione familiare si fosse posto più immediatamente il tema della parità tra manifestazioni, fedi o credenze religiose differenti nello spazio pubblico, sa-

rebbe più stato più duro che fossero promosse tanto agilmente cose come l' "accresciuta visibilità" del simbolo della religione "maggioritaria", ovvero il concomitante sacrificio dei "simboli" di religioni minoritarie in ossequio al "vivere insieme".

Se è per sé ed anche intuitivamente opinabile che il cacciare il "simbolo" dell'altrui religione ci aiuti a "vivere insieme", ad un approfondimento degli aspetti anche teologici, beninteso, sarebbe potuto persino emergere più nettamente l'inoffensività del Crocefisso, come "simbolo" che non promette altro se non salvezza ed amore. Ma, egualmente, sarebbe stato impervio, sul piano dei "diritti fondamentali", superare il rilievo che l'ostensione obbligatoria di questo "simbolo", proprio per il suo significato, può diventare controproducente, e falsificatoria del suo stesso significato anzitutto per i cristiani, in quanto il Crocefisso sia imposto con atti di un'autorità terrena, la quale come tale avanzi pretese di sovranità.

Anche e primariamente i cristiani, che sanno bene le sofferenze e le discriminazioni patite là dove essi sono stati o sono "minoritari", ed il potere statale e pubblico si è adoperato per costringerli al rimanere tali, avvertono un brivido freddo lungo la schiena quando si prospetta una difesa privilegiata di religioni o credenze anche filosofiche "maggioritarie"; giacché per il cristianesimo, come per altre religioni che attraverso la fede cercano la "verità", la distinzione tra l'essere "minoranza" o "maggioranza" non ha senso, o può assumere, come talora ha assunto nella storia, un senso terribile.

Tra le pronunce in commento su "velo integrale" e Crocefisso, appurato l'interrogarsi di entrambe sull'uso in pubblico di "simboli" religiosi, l'accostamento viene spontaneo e colpisce perché, in nome di cose come il "vivere insieme", ne esce una vera e propria "gerarchia" tra "religione maggioritaria", l'utilizzazione dei cui "simboli" può essere reso obbligatorio, e "religioni minoritarie", l'utilizzazione dei cui simboli, in pubblico, può essere proibito.

Una tale "gerarchia", proprio in campo religioso francamente ripugnante, non è implicazione inevitabile neanche dell'avere una religione di Stato; poiché anche in un tale frangente, in cui potrebbe apparire non strano imporre al pubblico indistinto i "simboli" della religione di Stato, che peraltro non sempre è stata quella "maggioritaria", resta o può restare da vedere se i praticanti altre religioni, pur degradate solo a "culti ammessi" per riprendere la vecchia terminologia del legislatore italiano, non possano ostentare pubblicamente i "simboli"; giacché anche per "noi", cristiani e cattolici, il "culto" può annettere l'uso dei "simboli" in luoghi pubblici, come testimoniano le riunioni oceaniche di fedeli fatte in piazza o, più modestamente, le processioni. Ed anche l'avere una religione di Stato può non precludere un minimo di eguaglianza per altre religioni.

Il punto, dunque e perché non sorgano fraintendimenti, non è qua di proteggere i "nostri" diritti, proponendoli come da estendere a tutti. Non pare esserci da obiettare, ed è storicamente assodato, che qualunque compagine culturale, e quindi anche quella occidentale, intendendo per tale quella con radici in Europa e filtrata in altri continenti, quale quello americano, possa prospettare, come da propagare, "propri" diritti, una "propria" visione giuridica e costituzionale. Né – salvo il discutere sui mezzi, anche militari, talora adoperati per diffondere i diritti "nostri" - si comprende come un qualche "diritto" potrebbe altrimenti esserci, se non come frutto di una proposta che, in quanto tale, rispecchi l'identità e le scelte culturali dei proponenti.

Il punto, ed il guaio, è che quando costruiamo “*gerarchie*” di religioni e “*simboli*” religiosi, demandandone la gestione alla sfera statale e pubblica, evochiamo un regime della libertà religiosa che l’Europa e l’occidente erano parsi volersi gettare dietro le spalle, nonché eventi storici che speravamo di non veder riprodotti. In pronunce come quella di Strasburgo sul Crocefisso obbligatorio, combinata con quella sul divieto di “*velo integrale*”, sono i “*nostri*” diritti, insomma, che sembrano smarrirsi.

## **5. L’“unità” della sfera pubblica e lo strano destino delle “minoranze” linguistico-culturali**

Non scomoderei pertanto bilanciamenti ancorati a “*pretese di giustizia*” à la R. Alexy. Mi domanderei soltanto, innanzi ad una giurisprudenza come quella di Strasburgo sul Crocefisso ed il “*velo integrale*”, come, dal punto di vista culturale, si possa essere giunti a tanto, e con tanta disinvoltura.

E la risposta, proprio da tale angolazione culturale, mi pare debba essere che le dottrine giuridiche e costituzionali europee ed occidentali sono cadute, o corrono il pericolo di cadere, nella trappola che esse si sono preparate da sole, sin da quando hanno ingigantito, e celebrato come salvifica, la funzione della sfera statale e pubblica come custode di identità e scelte culturali in ordine ai “*diritti*”, e persino a quei diritti che vorremmo fossero, o diventassero, “*diritti umani*” o “*fondamentali*”.

Giacché, quando si presupponga che ad “*unire*” quello che le dottrine costituzionali hanno chiamato il “*corpo sociale*” debba essere e rimanere un “*governo*” trasfigurato in sovrano, che dispensi i “*diritti*” alle persone ed alle collettività, non è strano che domini il timore della differenza e per l’aver propensioni culturali diversificate. Torna, o riprende, l’ “*organicismismo*”, il paragone di quel “*corpo sociale*” al corpo di un solo essere umano, come tale inscindibile, intorno alla quale la cultura europea ed occidentale ha baccagliato per secoli, senza raggiungere un traguardo definito.

E, per questa via, torna, o riprende, l’ossessione che la convivenza non possa darsi senza la riduzione, e l’auspicio dell’eliminazione, dei conflitti tra persone e collettività: da ciò anche l’assunzione, come circostanza normale, del darsi d’imperio “*gerarchie*” tra culture ed identità culturali, che pure rimandino a “*valori*” o “*interessi*” intransigenti, come possono essere quelli di una fede religiosa.

La riprova ne sono le dottrine del “*pluralismo*” le quali, nel novecento, quasi mai sono state, per come si sono poste dinanzi alle Costituzioni, dottrine del pluralismo come di fatto manifestatesi ma sono state, invece, dottrine di un pluralismo condizionato, non solo dalla disciplina giuridica che lo concerne ma dalla premessa della sua inammissibilità come foriero di conflitti la cui sostenibilità non fosse previamente assicurata, sul terreno appunto culturale, e quindi economico, sociale e politico, e perciò non solo sul terreno del diritto: ciò con una gamma ampia di varianti, che possono andare dalla dottrina di G. Gurvitch, in quanto portata al distinguere e svalutare il “*pluralismo di fatto*” rispetto a quello “*istituzionale*”, proprio per la potenzialità autodistruttiva che avrebbe in sé una pluralità incontrollata, sino ad una dottrina della “*poliarchia*” come quella di R. Dahl, in cui l’ἀρχή, forza primigenia, è comunque antepo-

sta alla pluralità, tanto da soffrire, nella stessa prospettiva che ne ha dato l'Autore, l'esistenza di "gruppi culturali antagonisti".

Lo schema, in tutte queste dottrine, ed anche quando esse osano mettere in gioco la sovranità, è al fondo non troppo dissimile ed è prossimo a quello seguito dalla giurisprudenza di Strasburgo sui "simboli" religiosi: per un verso, si relativizzano, rendendoli tra loro di principio compromettibili, i "valori" o gli "interessi" conflittuali che le persone e le collettività pretendono di tutelare; mentre, per un altro verso e grazie a ciò, il potere statale o pubblico ha tutto l'agio di andare al di là, sovrapponendo alle pretese in conflitto un "valore" o un "interesse" più alto, il quale per solito è ancora l' "interesse generale" o il "valore obiettivo", che sorreggerebbe una sistemazione valida in assoluto, negli ovvi limiti degli effetti, giuridici e di fatto, dell'atto di autorità incorporante l' "interesse" o il "valore" medesimo.

In questa ottica, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sul Crocefisso ed il "velo integrale" ci possono anche apparire un evento da non drammatizzare, là dove assolutizzano il "vivere insieme" come "interesse" o "valore" consegnato, in quanto "generale" o "comune", sic et simpliciter al "margine di apprezzamento" degli Stati nazionali; questo, però, solo perché, in diritto ed in fatto, sappiamo che gli effetti delle sentenze di quella Corte, nella vita delle persone in Europa, saranno circoscritti.

È peraltro da sottolineare come i corollari di un ragionamento che resta alla base riotoso verso la pluralità di identità e di scelte culturali conflittuali, o anche solo non conformiste, siano state e siano di assai più largo raggio, per i "diritti" delle persone. Poiché un tale ragionamento implica che nella sfera statale e pubblica debba prioritariamente essere assicurata l'omogeneità sociale e culturale, anche a costo inglobare e dislocare le differenze di cultura in zone recintate per renderle inoffensive.

È questo che, in linea di massima, è accaduto in Italia, come altrove, con la tutela di "minoranze" dislocate su di una porzione del territorio dello Stato "nazionale", e dunque tendenzialmente protese a scalfirne la sovranità; quali le "minoranze linguistiche" il cui stanziamento, storicamente, ha portato con sé altresì la difesa di differenti convincimenti collettivi, costumi e stili di vita.

In realtà, per stare all'Italia ed anche senza che si debba scendere in dettaglio, è addirittura incerto, per come l'art. 6 Cost. è stato interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, che la protezione di tali "minoranze", sebbene inserita tra i principi costituzionali "fondamentali", sia declinabile veramente in "diritti" delle persone, pur nell'accezione più vasta del termine, e non invece in una disciplina mirata a differenze di lingua e cultura che avrebbero potuto frammentare o incrinare l' "unità" della sfera pubblica, con lo scopo precipuo di tenere a freno tali differenze e parzialmente assecondarle fin quando non costituiscano un rischio, disvelandola come finzione, per l'integrità del "popolo", della "nazione" o della "comunità".

Se dopo la l. n. 482 del 1999 la tutela delle "lingue e culture" assunte come "minoritarie" sembra oltrepassare i confini stretti degli statuti regionali speciali, che hanno accordato alle "lingue e culture" da essi rispettivamente contemplate garanzie volta a volta differenti, la giurisprudenza è assai netta nel rimettere alla "discrezionalità" del legislatore politico ed alle pubbliche amministrazioni la definizione delle "minoranze", le regole volte all'individuazione

degli appartenenti alle stesse nonché il trattamento potenzialmente distinto per ciascuna di esse in *“differenziati modelli”*.

E ciò non solo o tanto perché ci sia da operare un *“indefettibile bilanciamento con gli altri legittimi interessi”* - tra cui quelli di *“coloro che non parlano o non comprendono la lingua protetta”* e che però si confondono subito con la tutela obiettiva ed *“ineludibile”* della *“lingua italiana”* - bensì perché ci sarebbero da garantire imprecisate esigenze *“sul piano organizzativo dei pubblici poteri”* (sent. n. 159 del 2009); e soprattutto ci sarebbe da assicurare, dando alla *“minoranza”* i benefici idonei a renderla per questo aspetto inoffensiva, che non si debordi in *“una ripartizione del “popolo”, inteso nel senso di comunità “generale”, in improbabili sue “frazioni”* (sent. n. 170 del 2010).

In tal guisa, il *“principio pluralistico”*, per la giurisprudenza sottostante alla tutela di *“minoranze linguistiche”*, si traduce, piuttosto che nei diritti che ne vengono per le persone come puro riflesso, in un principio di articolazione della sfera statale e pubblica che concede quel che politicamente serve a prevenire il *“frazionamento”* del *“popolo”* italiano o della *“nazione”* attraverso iniziative minoritarie incontrollate. E proprio per questo la tutela viene accordata anche *“oltre la non discriminazione”*, ma in misura variabile da *“minoranza”* a *“minoranza”*, ciascuna delle quali può strappare concessioni diverse, da non ragguagliare ad un’eguaglianza, *“ragionevolezza”* o *“proporzionalità”* di trattamento per gli appartenenti a distinte *“comunità”* per *“lingua”* e *“cultura”*.

Riandando alla sentenza n. 28 del 1982, che è uno degli snodi cruciali di questo orientamento giurisprudenziale, nessuno credo abbia mai compreso, non avendolo la Corte costituzionale affatto spiegato, il perché *“l’osservanza dei precetti dell’articolo 6 della Costituzione e dell’articolo 3 dello Statuto regionale - in relazione all’articolo 3 della Costituzione - non richiede affatto che alla minoranza slovena della Provincia di Trieste debba necessariamente applicarsi una normativa simile a quella adottata per il Trentino - Aldo Adige o per la Valle d’Aosta: restando rimesso al legislatore italiano, nella propria discrezionalità, di scegliere i modi e le forme della tutela da garantire alla minoranza linguistica slovena”*.

La *“discrezionalità”* del legislatore, a cui la Corte ha rinviato sul solo presupposto che un qualche *“riconoscimento”* ed una qualche garanzia fosse stata data (consentendo *“già ora agli appartenenti alla minoranza slovena di usare la lingua materna e di ricevere risposte dalle autorità in tale lingua”*), si spiega solo se si mette in conto che quel *“riconoscere”* sia stato per sé solo appunto una concessione statale e pubblica, da gestire *“discrezionalmente”* perché non immediatamente finalizzata a garantire la *“minoranza”* slovena, ma a garantire il *“popolo”* o la *“nazione”* italiana dal *“frazionismo”*.

Ciascuna *“minoranza linguistica”* o culturale diventa in questa prospettiva, in quanto dislocata all’interno del *“popolo”* e del territorio stesso della *“nazione”* italiana, una sorta di eccezione, per cui non c’è da stabilire gli stessi diritti che hanno altri ma solo da accordare, politicamente, quel tanto che impedisce a tale eccezione di tramutarsi in minaccia per l’*“unità nazionale”*. E si avverte, peraltro, in tale prospettiva di stampo paternalistico, come ad ispirare la tutela delle *“minoranze”* non siano solo o tanto i *“diritti”* delle persone, come singoli o riuniti in collettività, ma sia la consapevolezza della fragilità della sfera statale e pubblica, la quale tende ad inglobare le *“minoranze”*, con le pretese alla differenza che in esse di fatto si

agitano, solo per salvare il salvabile della propria “unità”, dell’ “unità” del “popolo” e della “nazione” italiani come “interesse generale” o “valore obiettivo”.

Il che, si badi, in Italia come altrove, e tanto più in quanto le differenze da considerare non siano solo “linguistiche”, coinvolgendo altri convincimenti culturali e stili di vita, può dar esca, se non proprio e non sempre ad autentica destrutturazione dei diritti, anche “umani” o “fondamentali”, ad una riparametrazione di questi diritti, estranea ad eguaglianza, “ragionevolezza” e “proporzionalità”, per le persone incluse, o che chiedono di essere incluse, nella “minoranza” da proteggere.

## **6. Segue: la riduzione delle “minoranze” in condizione di separatezza ed il regime di eccezione per i diritti delle persone che le compongono**

Il caso ripreso dalla sent. n. 28 del 1982, della minoranza slovena triestina, a cui sono stati negati gli stessi diritti all’uso della propria lingua nel processo penale che i parlanti in tedesco hanno nell’Alto-Adige, non è nemmeno, da questa angolazione della differenziazione dei “diritti”, un caso tra i più eclatanti; perché, in questo caso, la disparità nell’uso della lingua non è risolutiva quanto alla partecipazione all’esercizio di una funzione pubblica, quale quella giurisdizionale, e forse potrebbero essere i parlanti tedesco dell’Alto Adige a fruire di diritti sproporzionati ed eccedenti, in confronto alla tutela del loro patrimonio linguistico-culturale differenziato.

Il peggio può capitare, ed è talora capitato, quando invece la sfera statale e pubblica, “riconosciuta” la “minoranza”, si ritiri dal governo della stessa, lasciandola sola a irregimentare, ad incrementare o manomettere, i diritti dei suoi membri.

Viene alla mente, per non dire male sempre e solo dell’Italia, la celeberrima sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America, da inquadrarsi in un più nutrito indirizzo sulle cd. “*giurisdizioni tribali*”, Santa Clara Pueblo v. Martinez del 15 maggio 1978 (436 US 49). Quel caso riguardava una coppia formata da una donna appartenente alla riserva pellerossa di Santa Clara, ed essa stessa pellerossa purosangue, la quale aveva sposato un “non-membro” della “comunità”. La coppia aveva vissuto nella riserva con i propri figli, i quali però potevano vedersi negati i diritti derivanti dall’appartenenza alla “comunità” di Santa Clara; poiché, per le regole della riserva, se il figlio nato da un matrimonio misto avrebbe potuto appartenere alla “comunità”, ciò avrebbe potuto escludersi quando ad essere “non membro” della stessa fosse il coniuge di sesso femminile, e cioè fosse la madre anziché il padre.

La violazione dell’eguaglianza, e la discriminazione per sesso, pareva palese; oltretutto, questa controversia ci ricorda qualche cosa, poiché la stessa Corte costituzionale italiana, come noto, ha dovuto occuparsi della sorte dei figli, ponendo riparo alla discriminazione fatta a seconda che ad essere italiano fosse il padre e la madre, nella propria giurisprudenza sulla legislazione sulla cittadinanza del 1912.

Ed il paragone con le situazioni innescate dalla legislazione italiana del 1912 non è fuor di luogo, proprio per il criterio che la Corte Suprema americana ha seguito per risolvere il caso Santa Clara Pueblo v. Martinez, ovvero per disfarsene. La Corte Suprema dichiarò, invero, che, dal diritto federale, non era permessa ingerenza nella controversia, essendo le

regole di appartenenza rimesse all' *"autogoverno"* ed alla *"sovranità"* della *"comunità"* di Santa Clara. Con la puntualizzazione che l' *"autogoverno"* e la *"sovranità"* di Santa Clara, per la Corte Suprema, non sarebbero stati riconducibili a manifestazioni di autonomia privata bensì avrebbero avuto connotazione pubblicistica; poiché le *"tribù"* pellerossa sarebbero *"comunità politiche indipendenti"*, dotate di *"sovranità pre-esistente alla Costituzione"*, la quale il Congresso avrebbe lasciato intatta pur avendo il potere di sovvertirla.

La situazione della *"comunità"* di Santa Clara era quindi raffigurata, dalla Corte Suprema, come prossima a quella di uno Stato collocato entro un altro Stato in quanto *"indipendente"* e *"sovrano"*, con proprie regole anche sulla cittadinanza.

La scomposizione ed il *"frazionamento"* della sfera pubblica sono stati portati dunque, da tale giurisprudenza sulle *"giurisdizioni tribali"*, ben oltre la tutela delle *"minoranze"* che potrebbe comportare una qualche temperata *"eccezione"* all'avere gli stessi diritti; se l' *"autogoverno"* è *"sovrano"*, ed è a monte della stessa Costituzione, la *"comunità"* può disporre pressoché illimitatamente, anche sacrificandoli, dei diritti dei suoi membri o di chi vorrebbe accedere alla stessa. Il potere *"sovrano"* di *"autogoverno"* in capo alla collettività, anche quando lo si travesta da diritto di autodeterminarsi collettivamente, comporta in automatico la subordinazione dei diritti individuali delle persone.

Questo genere di impostazioni ritornano del resto in parecchi assetti formalmente *"federali"*; per rimanere nel nord-america è dibattuto per lo stesso *"federalismo"* canadese, grazie all'impostazione *"multiculturale"* ad esso impressa, il problema della rottura dell'eguaglianza, quanto al godere degli stessi *"diritti"* anche *"fondamentali"*.

Il problema può peraltro riproporsi, e tramutarsi in un rompicapo costituzionale, ogni qualvolta la tutela dei *"diritti"* sia assunta in una sfera pubblica a sé con la premessa anche solo tacita che, per l'esserci, questa sfera pubblica sottintenda identità e scelte culturali omogenee o uniformi dei suoi componenti.

Giacché, se i *"diritti"* richiedono una tale omogeneità o uniformità per essere assicurati, delle due l'una: o questa uniformità ed omogeneità viene coltivata sino a poter essere data per assodata; ed allora, per questa via, qualunque diritto individuale, in quanto leda l'omogeneità o l'uniformità culturali collettive, può essere degradato a pretesa di fatto e pretermesso; oppure l'obbiettivo di uniformità ed omogeneità di cultura si mostra irraggiungibile, per la resistenza di *"minoranze"* entro il territorio dello Stato sovrano; ed allora queste *"minoranze"* culturali, quali quelle *"linguistiche"*, per non essere d'inciampo alla sovranità statale, possono essere isolate come eccezioni, e financo dotate di una *"sovranità"* separata; con buona pace dei *"diritti fondamentali"* delle persone in quelle *"minoranze"* invischiate, come attestano l' esempio di Santa Clara, per taluni tratti quello delle province del Canada o, su scala minore, le stesse vicissitudini delle *"minoranze"* linguistiche italiane.

Sotto questa angolazione, non c'è da diffidare solamente della scomposizione e del *"frazionamento"* dei diritti e del loro *"autogoverno"* a cui assistiamo in ossequio alla tutela di *"minoranze"* linguistiche o culturali, sovente in Stati europei ed occidentali reputati civilissimi. Oltre che di una siffatta tutela delle *"minoranze"*, imposta e delimitata di autorità e dunque frutto dell'essere il sovrano indifferente ad identità e scelte culturali effettive delle persone in carne ed ossa, c'è altresì, ancor prima e soprattutto, da diffidare della sovranità in quanto

tale, ovvero del riporre i “diritti” in una sfera pubblica che stia a sé e possa, in un qualunque modo, disporre discrezionalmente per l’ “unità” della “nazione”, del “popolo” o della “comunità”

E significativo che le dottrine filosofiche più avvertite e pur propense al “cosmopolitismo”, da quella di I. Kant a quella di H. Arendt, abbiano preso le distanze da un governo dei “diritti” affidato ad un unico sovrano, quand’anche fosse un “governo mondiale” piegato ai principi democratici del costituzionalismo occidentale. Poiché, come acutamente osserva la Arendt, quel “governo mondiale” (...) “rientra sì nel novero delle possibilità, ma potrebbe in realtà differire notevolmente dalla versione patrocinata dalle associazioni idealistiche”; ed “è perfettamente (...) possibile, che un bel giorno un’umanità altamente organizzata e meccanicizzata decida in modo democratico, cioè per maggioranza, che per il tutto è meglio liquidare certe sue parti”.

## 7. Le differenze culturali e la “società democratica”

Quest’ultimo accenno della Arendt ad un’umanità democratica, la quale “per maggioranza” decida di sopprimere “certe sue parti”, può essere brutale ed è, però, un buon viatico per accostarsi, dall’angolo di visuale del multiculturalismo, alle “libertà” ed ai “diritti” politici; poiché la diagnosi della filosofa pare azzeccata, mettendo a nudo come neanche il propagarsi della partecipazione democratica tra i “popoli”, le “nazioni” e le “comunità” possa essere, in sé e per sé, un rimedio finale, ed un deterrente sicuro, al deflagrare di conflitti tra culture ed identità culturali diverse, anche solamente nell’ambito dei paesi europei ed occidentali.

Il problema suscitato da una presa di posizione come quella della Arendt, a margine della sua riflessione sulla vicenda tedesca tra le due guerre mondiali, non attiene solo alle regole ed ai principi giuridici della partecipazione politica democratica, o ai “diritti” anche “civili” e “sociali” che alla garanzia giuridica della partecipazione politica debbono accompagnarsi.

Tra gli interrogativi che la Arendt si pone e sono discussi sino dall’antichità per prevenire la degenerazione della “democrazia” - la cui modalità più semplice è quella che è stata chiamata appunto “tirannide della maggioranza” - c’è anche da interrogarsi sulla cultura, sulle identità e le scelte culturali delle persone compartecipi a diverso titolo della democrazia stessa: identità e scelte culturali che sono o possono essere diverse tra loro sin da come è percepita la politica, latamente intesa come ciò che tiene insieme le relazioni sociali, precludendo di scollegarle tra loro.

Giacché se e come si abbia una “società democratica”, e cioè quanto e come la “politica” entri nelle relazioni sociali, non è indifferente per le sorti e la qualità della democrazia, sebbene sia arduo stabilire, e non preme del resto qui indagare, quanto pesi.

Nella caduta della Repubblica di Weimar, e per il disastro a cui andò incontro l’attuazione e l’applicazione del suo diritto costituzionale, non c’è dubbio che pesò il diffondersi di dottrine, anche ulteriori rispetto a quelle più note di Schmitt o v. Smend, le quali, accorpando tra loro politica e diritto, vararono il singolarissimo postulato per cui o c’è “integrazione” ed “omogeneità” anche ed anzitutto di cultura, tra chi vi è ammesso, oppure la “demo-

*crazia*”, quand’anche potesse dirsi ancora tale, potrebbe diventare solo il teatro di conflitti potenzialmente irriducibili, paralizzanti la *“decisione”*; poiché il pilastro portante, sgretolandosi il quale la *“democrazia”* stessa perderebbe significato, sarebbe l’ *“unità”* della *“comunità”*, del *“popolo”*, della *“nazione”* come comunione di *“interessi”* e *“valori”* e, quindi, come un *“tutto”* che può o deve sbaragliare ogni differenza culturale; anche a costo, per *“unire”*, di scacciare il *“diverso”*, o supposto tale, in quanto *“nemico”* o reietto.

Si potrà discutere quanto siffatte dottrine della *“politica”* abbiano inciso sui destini di Weimar, ma non che esse abbiano avuto un ruolo; non foss’altro perché se non si fossero abbracciate quelle dottrine, coltivando invece anche solo un briciolo di *“relativismo politico”*, l’art. 48 della Costituzione weimariana non avrebbe potuto essere interpretato come invece fu interpretato, con ripercussioni rovinose, in una fase cruciale per la Repubblica.

Il dato stupefacente non è tuttavia che, non soltanto in Germania, le cose prendessero allora la piega che presero. Il dato stupefacente è che, anche oggi, non ci si sia tanto discostati dall’ impostazione di allora. La polemica tra Schmitt e Kelsen, per cui come risaputo l’art. 48 sui poteri di *“eccezione”* del Presidente del Reich fu uno dei maggiori terreni di scontro, ha esercitato ed esercita un fascino quasi ipnotico sulle dottrine costituzionali europee ed occidentali.

Naturalmente, pressoché nessuno ripete pedissequamente la lezione di Schmitt, per cui l’ *“unità”* del *“popolo”* sarebbe il *“valore assoluto”*, a cui il *“cittadino”* dovrebbe piegarsi, omologando a quelle di *“tutti”* la propria identità e le scelte personali. L’ *“integrazione”* ed *“omogeneità”* delle persone per cultura, *“valori”* e *“interessi”* sono piuttosto riproposte e attualizzate come fattori di semplificazione, di rapidità e di agevolazione delle deliberazioni *“democratiche”*. Ma l’ *“assolutismo politico”* ed il *“decisionismo”*, pur così moderati, restano tali. E ad essi sembra si opponga, per lo più, solamente che nel prefiggersi una *“democrazia”* più facilmente *“governabile”*, in quanto insediata in una comunità *“coesa”*, non bisogna esagerare, che chi rimane in minoranza deve essere tutelato, con *“contropoteri”* o freni all’azione della maggioranza. Si caldeggia il *“relativismo”* dei *“valori”* e degli *“interessi”* umani, recuperando l’insegnamento kelseniano per cui, eccettuata la divinità, non potrebbe raggiungersi una *“verità assoluta”* e, quindi, anche la maggioranza non potrebbe pretendere di possederla.

Che poi in questa polemica tra paladini dell’ *“unità”* politica e *“relativisti”* della politica, questi ultimi abbiano sovente la peggio è conseguente all’oggetto su cui si polemizza; poiché i paladini di *“valori”* o *“interessi”* unificanti, oggettivi e *“generalisti”* perché proclamati a maggioranza, fanno o predicano di fare, mentre i *“relativisti”* possono apparire, e talora sono, predicatori del non fare o del fare di meno.

I *“relativisti”*, in quanto tali, non negano la necessità dell’azione *“unificante”*, *“integratrice”* ed *“omogeneizzante”* della *“società democratica”*, da ottenersi affidando ad un sovrano di riclassificare, imprigionare e riconformare nella sfera pubblica le istanze del *“pluralismo”*. Ciò che i *“relativisti”* stessi rimproverano all’ *“assolutismo politico”*, in nome della precarietà di quel che deliberato dalla maggioranza, è soltanto una sorta di eccesso di *“assolutezza”*, l’assenza di freni o *“contropoteri”* moderatori di una *“verità”* politica che neppure la maggioranza potrebbe esprimere.

Non c'è insomma chi contesti autenticamente la sovranità come forza o potere "superiore" ad ogni altro, ma ci sono solo taluni che vorrebbero quella forza o quel potere ripartito o diviso, oltre che tra legislatore, amministrazioni o giurisdizioni in seno agli Stati, anche tra autorità internazionali o sovranazionali, raffigurate come proiezioni degli Stati stessi e fatte a loro immagine e somiglianza.

Si vorrebbe, dai "relativisti", che in democrazia la ricerca del "vero", inarrivabile o perfettibile per l'essere umano, si riconvertisse nella ricerca di un "compromesso", provvisorio e passibile illimitatamente di revisione, da parte di "maggioranze" altre e differenti, o di chi tutela i "diritti" delle minoranze. Al che gli "assolutisti" hanno buon gioco nel replicare, tra l'altro, che la "verità" della deliberazione a maggioranza, benché precaria ed imperfetta, non ha alternative tanto più credibili ed affidabili, che la "verità" deve comunque servire ad agire non restando impotenti e sguarniti e che, da tale angolazione, irrobustire freni e "contropoteri" non solo non garantisce soluzioni più "vere" bensì è anche un rischio.

Come sappiamo, è con argomenti vicini a questi, sebbene più coloriti, che l'"assolutismo politico" trionfò a Weimar e che, odiernamente, in paesi europei ed occidentali esso miete successi.

Ed è da sottolineare come, in tale visuale, un multiculturalismo quale quello che si lega all'internazionalizzazione o "globalizzazione", che incrementa e velocizza i movimenti di persone, attività ed idee di diversa provenienza culturale, possa essere o diventare un inciampo per la democrazia, proprio in quanto, in nome del medesimo multiculturalismo, si chiedano rassicurazioni per la libertà, l'autonomia morale e l'autosviluppo delle persone.

Poiché se la "democrazia" può esserci e mantenersi tale solo e fin tanto che la "società democratica" sia coesa e o protesa ad una coesione via via da rinforzare, poco importa se come assoluta o relativa, con un moto dall'alto alla stregua della sovranità, la "democrazia" stessa viene a presupporre, anzitutto, non tanto o solo un'eguaglianza di trattamento bensì una sostanziale conformità ed un livellamento, da ingiungere ove occorra con violenza e coercizione, delle identità e delle scelte culturali, degli "interessi" e dei "valori" delle persone che la compongono, individualmente e collettivamente.

In questa cornice, si spiega perfettamente il perché si possa, in "democrazia", cedere alla tentazione di edificare "comunità" minoritarie che stiano a sé, sino a poter essere qualificate come "originarie", dal punto di vista di un "autogoverno" che comprenda in ipotesi la gestione di titoli di appartenenza alla "comunità" stessa, come nelle "riserve" dei pellerossa negli USA o anche in altre "comunità" minoritarie linguistico-culturali. La "libertà" ed i "diritti politici" non sono affatto, in consimili casi, misurati e da misurare sul metro di un eguale peso per la "minoranza" ed i suoi membri in confronto ad altri e primariamente alla "maggioranza", ma sono misurati e da misurare sul metro del non nuocere, o del nuocere al minimo, alla "maggioranza" stessa ed ai suoi membri.

Sicché, una volta che essa sia separata, e messa in condizione subordinata alla "maggioranza", alla "comunità" minoritaria, sebbene per graziosa concessione, può essere assicurato di potersi gestire come meglio crede.

E si spiega altresì perfettamente, sempre in questa cornice, che per le dottrine giuridiche e costituzionali prevalenti, anche al là della collocazione (o "segregazione") delle "mi-

*noranze*” culturali in apposite “*comunità*”, l’esercizio delle “*libertà*” e dei “*diritti*” politici, nonché la partecipazione “*democratica*”, possano essere ancorati ad un’appartenenza il cui criterio sia deciso, politicamente o discrezionalmente, con la partecipazione soltanto, nella più rosea delle situazioni, di coloro che quella “*libertà*” o quei “*diritti*” già possiedono, con una specie di insindacabile cooptazione.

È questo il sottoprodotto, inevitabile, dell’aver concepito la “*società democratica*” come “*unità*” di identità e scelte culturali dei suoi componenti, i cui confini non possono essere tracciati se non chi sia già culturalmente “*unito*”.

Tanti costituzionalisti e giuristi italiani sono convinti che l’art. 48 della Costituzione, nel momento in cui proclama l’essere “*elettori tutti i cittadini*” (comma 1), automaticamente vieti di accordare il “*voto*” a chi non sia “*cittadino italiano*”, per la legge del parlamento approvata dai “*cittadini italiani*” medesimi.

I sostenitori di questa tesi sanno naturalmente che la “*cittadinanza*”, in Italia come altrove, è stabilita sovraneamente dal legislatore politico, con criteri come quelli dello *ius sanguinis* o dello *ius soli*, il cui utilizzo anche combinato, in quanto criteri solo per nascita e composti tra loro discrezionalmente, non garantisce nulla di preciso, né circa l’essere gli ammessi al voto più toccati di altri da quello su cui c’è da votare né, per la verità, circa l’essere i votanti di cultura ed identità italiana.

Il riallacciare la titolarità del voto alla “*cittadinanza*”, sui criteri per avere la quale neanche la Costituzione italiana si è pronunciata, deferendo la materia all’ordinaria legislazione, servirebbe tuttavia a denotare che la partecipazione politica, anche nella “*società democratica*”, sarebbe riconducibile ad un diritto obbligatorio o ad un diritto-dovere, e cioè ad una funzione, garantendo l’ “*unità*” del “*corpo sociale*” sotto l’egida del sovrano, piuttosto che garantire l’esplicazione della libertà, dell’autonomia morale e dell’autodeterminazione delle persone.

Il voto o la partecipazione e politica sono anche obblighi o doveri, e non solo diritti, in quanto funzionalizzati alla sfera pubblica; con il corollario che, pertanto, spetta al sovrano distribuire i “*diritti*” politici ai “*cittadini*”, esercitare lo *ius excludendi* verso lo “*straniero*” e domare le “*minoranze*”.

Né questa è una dottrina solo italiana. Giacché gli stessi trattati europei e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione collegano univocamente il diritto di voto per il parlamento dell’Europa alla “*cittadinanza*”, in una maniera che è curiosa. Poiché “*il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo*” spetta al “*cittadino dell’Unione*” (art. 39), il quale è tale quando abbia acquisito la “*cittadinanza*” in uno degli Stati membri con i criteri decisi, politicamente o discrezionalmente, da ciascuno degli Stati nazionali medesimi in quanto sovrani.

## **8. Segue: democrazia, conflitti e pacificazione**

È da notare peraltro che, ad avere una tale concezione della “*società democratica*”, per cui essa dovrebbe tendere ad unirsi per “*interessi*” e “*valori*”, rendendo progressivamente più “*omogenee*” le identità e le scelte culturali della “*comunità*”, del “*popolo*” o della “*nazio-*

ne”, la “democrazia” non può che ledere e danneggiare il multiculturalismo, come compresenza nelle relazioni sociali di differenti culture, o esserne essa stessa lesa o danneggiata.

La “democrazia” diventa facilmente incompatibile con il multiculturalismo, quando si concepisca come base democratica l’ “unità politica” che sia “assoluta”, come avvenne nella Germania nazista, nell’Italia fascista o, differentemente, nei paesi fedeli all’insegnamento leninista della “dittatura del proletariato”. Il multiculturalismo deve però cessare di essere tale, o è messo permanentemente sotto accusa, quand’anche soltanto l’ “unità politica”, l’omologazione di identità e scelte culturali di chi la compone, ne sia elevata a requisito “relativo”, da perseguire con più moderazione, accantonando la “tolleranza” solo per i frangenti più gravi, e dosando sapientemente coercizione o violenza. Poiché anche ad averne un’idea solo “relativa”, l’ “unità” resterebbe la direzione da intraprendere e proseguire, fin dove si riesce, affinché la “società”, per diventare (più) “democratica”, espunga da sé le differenze ed i conflitti di cultura, di identità e di scelte.

Anche per i “relativisti”, la “libertà politica” diventa, in una tale “società democratica”, una cosa diversa, e di estensione più modesta, dalla libertà in genere della persona. Anche per un “relativista” dichiarato, come Kelsen: *“l’ideale democratico, se è ritenuto soddisfatto nella misura in cui gli individui sottomessi all’ordine dello Stato partecipano alla creazione di questo ordine stesso, sarà indipendente dalla misura nella quale quest’ordine dello Stato abbraccia gli individui che lo creano, vale a dire indipendente dal grado fino al quale riduce la loro libertà; (...) se l’estensione del potere dello Stato sull’individuo fosse illimitata, (...) la democrazia sarebbe ancora possibile”*.

Poiché la nozione di “democrazia”, sino da Aristotele, ha carattere stipulativo e convenzionale, può darsi che si voglia, e si possa, chiamare “democratica” una tale “società” che combatte il multiculturalismo, in cui ogni anti-conformismo sarebbe patologico o da bandire; e può darsi anche, sebbene appaia alquanto azzardato, che con l’azione pervasiva di mezzi comunicativi di massa a disposizione odiernamente, sul piano tecnico-scientifico ed economico-organizzativo, o con la spinta che viene dai “mercati” alla svalutazione di ogni “interesse” o “valore” non puramente economico, il progetto di una tale società a-conflittuale possa tenere, non tramutandosi nell’immediato in tragedia.

Ma una tale “democrazia” ed una tale “società democratica” sarebbero pur sempre sotto minaccia di “guerra” o ribellioni violente. Poiché nessuno può assicurare che il multiculturalismo, benché deprezzato e sedato, non si risvegli improvvisamente, che lo “straniero” scacciato o chi è costretto a vivere in “minoranze” separate per garantire la “maggioranza” non abbia a reagire e lo faccia violentemente, non trovando protezione sufficiente della propria identità e delle proprie scelte culturali al livello giuridico e costituzionale. In altre parole, una tale “società democratica” deve essere sempre pronta alla “guerra”, con gli “stranieri” e le “minoranze” insoddisfatte da quel che la “maggioranza” concede loro per non essere disturbata.

Eppure, nel costituzionalismo moderno non sono mancate altre dottrine, più sensibili alla “pace” ed alle differenze culturali; solo che queste altre dottrine, se non giacciono sepolte, sono neglette.

Tra le dottrine meno neglette, si può rammentare come a partire dall'osservazione della democrazia degli Stati Uniti d'America - che gli appariva allora meno turbolenta e traballante delle democrazie europee, e che nonostante tutto forse poteva esserlo - A. de Tocqueville teorizzasse che le *"nazioni democratiche"* sarebbero come tali, ed eccettuati i loro eserciti, non inclini alla *"guerra"* o alle *"grandi rivoluzioni"*, le quali minaccerebbero quel tanto di *"benessere"* in esse acquisito.

Tocqueville infatti rigetta, e rovescia nel suo contrario, l'assunto per cui l' *"eguaglianza"* sarebbe il *"principio perturbatore che impedisce alla società di stabilizzarsi"*, e dunque l'assunto per cui a sorreggere la *"democrazia"* sarebbe il prendere lo *"straniero"* come *"nemico"* o il sottomettere le *"minoranze"* alla *"maggioranza"*. Egli, pur comprendendo le giustificazioni storico-politiche della schiavitù ed esitando persino nello stimarne risolutiva l'abolizione, bolla il trattamento inferto ai *"negri"* ed agli *"indiani"* d'America come *"tirannico"* e come *"asservimento"*, che prometterebbe scontri armati; poiché *"nelle società democratiche solo piccole minoranze desiderano le rivoluzioni, ma le minoranze possono talvolta farle"*.

Il principio centrale della democrazia è per Tocqueville l' *"eguaglianza"*, che assicura più agevolmente la *"pace"*: *"non sostengo affatto che un popolo sia al sicuro dalle rivoluzioni per il semplice fatto che nel suo seno le condizioni sono eguali, ma credo che, quali che siano le istituzioni di un simile popolo, le grandi rivoluzioni saranno sempre infinitamente meno violente e più rare"*; in forza di *"uno stato politico tale che, venendo a combinarsi con l'eguaglianza, renda la società più stazionaria di quanto non sia mai stata nel nostro occidentale"*.

E l'aspetto rilevante di questa dottrina è che l' *"eguaglianza"*, non casualmente indicata come *"condizione eguale"*, non rimanda ad una vaga isonomia o parità innanzi alla legge, per i diritti politici e per quelli civili, economici e sociali, ma rimanda all'avere un posto in società non vincolato a gerarchie precostituite. La *"società democratica"* è quella in cui: *"nessuno ha il diritto permanente né il potere di comandare e nessuno ha per condizione di obbedire, ma ognuno, trovandosi provvisto di un po' di cultura e di qualche risorsa, può scegliere la sua via e procedere indipendentemente dai suoi simili"*.

L'eguaglianza combacia, praticamente senza residui, con l'eguale autonomia morale e l'eguale autosviluppo della persona, con la propria differente identità e le proprie scelte culturali: *"l'ineguaglianza intellettuale proviene direttamente da Dio e nessuno può impedire che essa seguiti a sussistere sempre"* – ammonisce Tocqueville – *"ma, da quello che abbiamo detto, si deduce che le intelligenze, pur restando ineguali come il Creatore ha voluto, trovano a loro disposizione mezzi eguali"*. La democrazia risiede in questa *"eguaglianza fra le intelligenze"*, come tra loro differenti.

Il che, per inciso, porta coerentemente Tocqueville ad asserire che, se in democrazia la *"maggioranza"* non può e non deve essere *"onnipotente"*, come antidoto al suo ergersi a *"tiranna"* non basta un freno o un qualsiasi *"contropotere"* il quale, sottratto al *"popolo"*, si faccia *"aristocratico"*, come auspicato da tanti. L' *"aristocrazia"* è guardata con diffidenza, proprio perché essa *"ha bisogno di fondare l'ineguaglianza"*, di *"legalizzarla"* e di *"diffonderla in società"*: (...) *"tutte cose queste che ripugnano (...) all'equità naturale"* e, si può aggiungere, alla democrazia.

L'antidoto alla "tirannide" della "maggioranza", che andrebbe per Tocqueville inoculato (anche) alle amministrazioni o alle Corti ed ai giudici, quali forze e poteri moderatori delle deliberazioni democratiche, è piuttosto l' "idea dei diritti", la quale si riconnette, ancora e di nuovo, alla "libertà" ed all' "eguaglianza tra le intelligenze" delle persone. Poiché "con l'idea dei diritti gli uomini hanno definito ciò che sono la licenza e la tirannide: illuminato da essa, ognuno ha potuto mostrarsi indipendente senza arroganza e docile senza bassezza. L'uomo che obbedisce alla violenza si piega e si abbassa; ma, quando si sottomette al diritto di comando che riconosce al suo simile si eleva in qualche modo sopra quello stesso che gli comanda. Come non ci sono grandi uomini senza virtù, non ci sono grandi popoli senza il rispetto dei diritti, anzi si può dire che non vi è società; cosa è infatti un'accolta di esseri ragionevoli e intelligenti uniti soltanto dalla forza ?"

Non sarà mai troppo presto, ma neppure sarà mai troppo tardi, per avere la saggezza di rispondere a questa domanda, tutt'altro che retorica.

Non si sa se, qua ed ora, ci sia in società quella scintilla di razionalità, se si vuole illuministica, sufficiente a comprendere che l' "eguaglianza delle intelligenze" e l' "idea dei diritti", il garantire a tutti una stessa e pari opportunità di libertà delle differenze culturali, può aiutare la "pace". Quello che si sa, invece, è che se quella scintilla non scocca il multiculturalismo non cesserà di tormentare, se non peggio, anche quelle che ci ostiniamo a classificare "società democratiche" ma in cui ogni differenza di identità o scelta culturale corre il pericolo di essere degradata in quanto "minoritaria" o di essere marchiata come "straniera".

E gli auspici non paiono propizi. Da un canto, si vanno moltiplicando anche in Europa, e su scala minore in Italia, le aspirazioni di "minoranze", non solo linguistico-culturali ma anche religiose, di genere o di altro tipo a strappare, in assenza dell' "eguaglianza delle intelligenze", statuti *ad hoc*, in via di eccezione, per "diritti" individuali e collettivi. Mentre d'altro canto, anzitutto per i diritti di partecipazione politica, che pure dovrebbero essere più di altri "fondamentali" per la "società democratica", non si abbassa né si attenua lo sbarramento costituito dalla nazionalità e cittadinanza, distribuita con criteri differenti da ogni Stato sovrano e di cui la stessa "cittadinanza europea" è, come si è constatato, un assemblaggio. Anche un tentativo di minima correzione, come quello della Convenzione del Consiglio d'Europa del 1992, che ha previsto il diritto di elettorato a livello locale per gli "stranieri" legalmente residenti da almeno cinque anni – in quanto requisito attestante una presenza non effimera sul territorio anche per i principi dell'OIL sull'immigrazione – si è scontrato, in Italia ed in altri paesi, contro un muro di gomma.

## **9. Gli indizi e le premesse di un possibile mutamento di rotta**

Il quadro che si è abbozzato non è rassicurante, per un progetto di "diritti fondamentali" come quello avanzato dal costituzionalismo europeo ed occidentale, che dovrebbe giovare alla pacifica convivenza delle persone, fronteggiando i conflitti di identità e di scelta culturale che la "globalizzazione" o l'internazionalizzazione incentivano. C'è tuttavia da aggiungere che rispetto alla rotta sin qui seguita ci sono indizi di un cambiamento.

Il cambiamento affiora, oltre che più timidamente e solo in taluni paesi nella legislazione politica, in quella giurisprudenza, tanto a livello nazionale che internazionale o sovranazionale, la quale sembra sciogliere i legami tra la sovranità ed i diritti fondamentali, da assicurarsi alle persone a prescindere da *“cittadinanza”* e *“nazionalità”* e dunque, come ha auspicato la Corte costituzionale italiana, *“non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”* (così, ad es., Corte Cost., sent. n. 105 del 2001). I diritti fondamentali sembrano, in quanto tali, tornare a coincidere senza residui con i diritti umani, nel cui esercizio, piuttosto che soggiacere ad una sfera pubblica previamente proclamata sovrana, le persone contribuiscono alla sua costruzione, rendendosi politicamente attive.

La novità di questo approccio, che scompagina assetti tramandati e per taluni aspetti li rovescia, è invero duplice.

Da un lato, i *“diritti fondamentali”* non sono più trattati alla stregua di *“interessi”*, *“valori”* (o *“principi”*) obiettivati in solitudine da un sovrano, ma di *“interessi”* e *“valori”* i quali, nella misura in cui lo permetta il dover stare entro una trama di principi e regole per dirimere conflitti altrimenti insanabili, si modellano in forza dell’ *“autodeterminazione”*, o delle *“scelte”* dei loro titolari, individuali o anche derivate dalla consapevole inclusione dentro gruppi o collettività più ampie. Utilizzando come leva clausole che incoraggiano a procedere in questa direzione, come l’art. 2 della Costituzione italiana laddove menziona lo svolgimento della *“personalità”* dell’ *“uomo”*, si elevano l’ *“autodeterminazione”* e le *“scelte”* della persona ad elemento costitutivo dei suoi stessi *“diritti fondamentali”*, come tale da proteggere purché ovviamente l’ *“autodeterminazione”* e le *“scelte”* medesime siano rese trasparenti e percepibili nelle relazioni sociali.

Sfuma pertanto il primato dell’azione unificante e livellatrice del sovrano, al riguardo di *“scelte”* o *“identità”* culturali imputabili al *“popolo”*, alla *“nazione”* o alla *“comunità”*, come corollario dell’esserci un destino comune.

D’altro lato, ed è questo il mutamento di passo più rilevante, in più di un’occasione si antepone questo recupero della soggettività delle persone, come singoli o come aggregantesi in collettività o gruppi anche precari, all’individuazione ed interpretazione degli stessi principi e delle regole del diritto obiettivo. Nel senso che l’elaborazione ed interpretazione di queste regole e principi giuridici obiettivi sono, apertamente e prioritariamente, indirizzate al rispetto delle *“scelte”* e delle *“identità”* culturali delle persone, anche costo di rendere recesiva, o persino deformare od offuscare, l’immagine di un *“interesse generale”* o *“valore comune”* preformato.

Sino, oltretutto, a rileggere la *“dignità umana”*, iscritta nelle Costituzioni e nelle Carte internazionali e sovranazionali, come inscindibile dai convincimenti e dal patrimonio culturale *“personale”*, e dunque come rimessa, in ultima istanza, all’ autodeterminazione delle persone.

Col che, e proprio perché si persegue l’ autodeterminazione delle persone come principio-guida, si fuoriesce anche dallo schema consolidato del diritto soggettivo, in quanto volto a costituire, per il suo titolare, un semplice spazio vuoto, in cui si potrebbe essere immuni da responsabilità giuridica ma solo sino a che non sovenga un *“valore”* o un *“interesse”* il quale

sia *“generale”*, con cui il sovrano potrebbe venire ad occupare discrezionalmente, ed illimitatamente, quel medesimo spazio.

In Italia, ma per che consta anche in altri pesi europei, un simile orientamento ha avuto per la verità applicazioni ancora episodiche e circoscritte.

Esso è stato per lo più praticato per taluni diritti individuali collocati in prossimità della garanzia di *habeas corpus*, in quanto volti ad affermare la responsabilità che la persona deve avere di sé allorché su di essa, e non su diritti altrui, ricadano le conseguenze delle *“scelte”*; come il diritto, esplicazione di quello più ampio ad *“autogovernare”* la propria integrità psico-fisica (artt. 13 e 32 Cost.), di rifiuto individuale di cure, anche per la salute, non finalizzate a garantire situazioni altrui meritevoli di pari protezione e, per ciò stesso, non necessitate da un *“interesse della collettività”*; oppure come il diritto, esplicazione di quello più ampio alla *“personalità”* ed ad *“essere se stessi”* protetto dall’art. 2 Cost., all’ *“identità”* ed a *“scelte”* differenziate per quel che concerne il sesso e la vita di coppia, come le *“scelte”* delle persone transessuali od omosessuali.

Più prudenti si è stati, invece, nell’estendere la protezione di *“identità”* e *“scelte culturali”* alle persone in quanto inserite in gruppi o collettività; sebbene siano interessanti, su questo terreno le cd. *“azioni positive”*, congegnate per riequilibrare le presenze di *“genere”*, maschile e femminile, nel campo economico-sociale e della partecipazione politica.

Naturalmente, fatta salva l’attenzione a temi specifici che in passato erano parsi negletti o se si preferisce diversamente qualificati, come appunto quello dell’ *“identità”* e della cultura di *“genere”*, in tutto ciò non c’è nulla che non rimandi a dispute o polemiche già sperimentate; poiché, quantunque sia stato sottostimato e talora emarginato, c’è sempre stato nella riflessione costituzionale un filone di pensiero impegnato contro l’intrusione della sovranità statale e pubblica in campo *“morale”* o *“etico”*, con un *leit motiv* che ricongiunge dottrine diverse per origine ed attitudini, da quella di un W. v. Humboldt a quella di J.S. Mill.

In particolare, è di Mill la sottolineatura che una *“società”* la quale assicuri alle persone di seguire le proprie *“inclinazioni”*, anziché vincolarle alla *“consuetudine”*, nell’accezione di quello che più è consueto, sarebbe più forte e più resistente; poiché *“quando le singole unità sono più vitali lo è anche la massa che compongono”*.

Mill non era, si badi, un relativista, poiché tranquillamente concedeva che, per la persona, la *“verità”* fosse una e che potesse essere *“di fede”*. La questione centrale era, per Mill, il posto da dare alla riscoperta ed alla pratica della *“verità”* nelle relazioni sociali; ove proprio il potere statale e pubblico non avrebbe dovuto avallare, d’imperio, alcuna *“verità”* come assoluta.

Poiché: *“anche se l’opinione comunemente accettata è non solo vera ma costituisce l’intera verità, se non si permette che sia, e se in effetti non è, vigorosamente e accanitamente contestata, la maggior parte dei suoi seguaci l’accetterà come se fosse un pregiudizio, con scarsa comprensione e percezione dei suoi fondamenti razionali; (..) il significato stesso della dottrina rischierà di affievolirsi o svanire, e perderà il suo effetto vitale sul carattere e il comportamento degli uomini: come dogma, diventerà un’asserzione puramente formale e priva di efficacia benefica, e costituirà un ingombro e un ostacolo allo sviluppo di qualsiasi*

*convinzione, reale e veramente sentita, derivante dal ragionamento o dall'esperienza personale*".

L'adesione alla "verità", o alla "fede", non può pertanto essere riportata ad un fatto "meccanico". "A lungo termine" – conclude Mill – "il valore di uno Stato è il valore degli individui che lo compongono"; e "uno Stato che rimpicciolisce i suoi uomini perché possano essere strumenti più docili nelle sue mani, anche se a fini benefici, scoprirà che con dei piccoli uomini non si possono compiere cose veramente grandi; e che la perfezione meccanica cui ha tutto sacrificato alla fine non gli servirà a nulla, perché mancherà la forza vitale che, per far funzionare meglio la macchina, ha preferito bandire".

È notevole che nel quadro dell'intensificarsi dei movimenti e delle migrazioni, della comunicazione e degli scambi "globali" tra le persone tornino a farsi udire, sommessamente, gli echi di una tale dottrina per così vitalista della società, in cui la "libertà" delle "inclinazioni" culturali sia da promuovere, anche a costo di differenze e conflitti, per non "rimpicciolire gli uomini" ed aspirare a "cose veramente grandi".

Ciò potrebbe denotare che c'è un' alternativa al restare fermi, o sulla difensiva, anche nell' internazionalizzazione o "globalizzazione", con cui si rende pressoché inevitabile il confronto tra le differenze culturali, costringendo le persone a metterle in conto e non ignorarle.

## **10. La reazione all'omologazione culturale: cenni sull'ipotetico diritto alla difesa della propria differente cultura e sull'illecito "culturalmente motivato"**

Non dovrebbe affatto sorprendere che la legislazione politica, o la giurisprudenza, tutelino le "inclinazioni" culturali delle persone, anche mettendo in sottordine ciò che è consueto, con l'espansione dei diritti di *habeas corpus*, o abilitando "identità" e "scelte" sessuali differenti, o facendo spazio per l' autosviluppo di differenze di "genere".

Quello che dovrebbe sorprendere è che il criterio della legislazione politica o della giurisprudenza possa essere diverso in altri casi, in cui le identità e le scelte culturali delle persone sono almeno altrettanto rilevanti, ed in cui, invece, esse vengono rimesse alla determinazione discrezionale di poteri di autorità pubblicistici, statali ovvero internazionali e sovranazionali: come nei casi, sopra richiamati, dell'uso in pubblico dei "simboli" religiosi, della tutela delle differenti "minoranze" linguistiche o culturali e di chi ad esse appartiene o delle chiusure alla partecipazione democratica in forza di "cittadinanza" o "nazionalità".

Il criterio da seguire potrebbe o dovrebbe essere, anche in questi altri casi, quello dell'espansione di quel tanto di autonomia culturale di cui le persone sono per loro stesse capaci nell'esercitare propri diritti fondamentali; ponendo, ad una tale espansione della "libertà umana" nei diritti fondamentali, individuali e collettivi, il solo limite che deriva dall'osservanza dei diritti fondamentali altrui.

Il che, come avvertiva von Humboldt, sia pure in una dottrina talora fraintesa nel suo avere a bersaglio proprio e soltanto lo Stato "etico" o "morale", comporta che: "non si può desiderare, per l'uomo, nessun altro stato, se non quello in cui non solo ciascun singolo fruisce della libertà più assoluta di sviluppare sé da se stesso, in tutta la sua peculiarità".

Mentre, su tale premessa, lo Stato non avrebbe avuto e non avrebbe più da assicurare “valori” o “interessi generali” da sovrano, o nel lessico di von Humboldt non avrebbe più generici compiti di “benessere”, bensì avrebbe soltanto il compito di scongiurare che la “libertà umana” debordi “immediatamente in un’offesa al diritto dell’uno da parte dell’altro”; è giusto questo che von Humboldt intendeva, nel discorrere di “mantenimento della sicurezza”, che sarebbe compito dello Stato in quanto l’uomo non potrebbe darselo da solo.

Non si sarebbe dovuti giungere a tanto, e sarebbe bastato molto meno e solo un pizzico di una dottrina à la von Humboldt, affinché la Corte di Strasburgo mettesse alla pari come libero, in quanto non lesivo dei diritti altrui, l’uso in pubblico dei “simboli” di differenti religioni, nel contempo scacciandone l’obbligatorietà; o affinché la tutela delle “minoranze” linguistiche o culturali non fosse irretita da vincoli pubblicistici, non di rado in dispregio dei diritti dei loro componenti; o, ancora, affinché la partecipazione democratica ed il voto fossero accordati in virtù del coinvolgimento negli effetti delle deliberazioni da prendersi, anziché in virtù di preliminari scriminanti di appartenenza .

Il fatto è che le dottrine costituzionali esitano, timorose, nell’imboccare questo sentiero. Esse temono uno sconquasso della sfera pubblica, degli “interessi” e dei “valori” in essa riposti. Il massimo che, solamente da taluni, si è disposti a concedere è una relativizzazione di questi “interessi” e “valori” custoditi presso i poteri pubblici, presso gli Stati e, via via a salire, presso organizzazioni internazionali e sovranazionali: come aveva già proposto H. Kelsen, tratteggiando in nome della democrazia il continuo rinnovarsi di un “compromesso” tra i “valori” e gli “interessi”, tutti relativi e cangianti sebbene assunti nella sfera pubblica.

Nel raccomandare questo “compromesso”, in quanto democratico, non ci si accorge neanche, tuttavia, che il tentativo di relativizzazione di “valori” o “interessi” che per le persone sarebbero non compromettibili, per darli in gestione ad un sovrano reso più mite, più che un fattore semplificante, diventa fattore di enormi complicazioni, tanto sul terreno dei diritti che su quello delle responsabilità che seguono, o possono seguire, al loro esercizio.

Da un canto, si parla, sempre più sovente, di “diritti culturali”, non solo come diritti all’istruzione, all’arte o alla scienza ma come diritti ad agire secondo la propria cultura acquisita e di propria scelta; i quali “diritti culturali” sarebbero da esercitare verso i poteri pubblici e da riportare però al riparo, e sotto la direzione, degli Stati sovrani. Come se veramente, dall’autorità statale o pubblica, si potessero concedere come “culturali” taluni diritti, rispetto ad altri che “culturali” non sono. I “diritti culturali”, sarebbero messi a sé, sebbene sciolti dal riferirsi ad un oggetto specifico, quasi che la cultura non fosse insita in qualunque diritto, impregnando di sé l’intero svolgimento della personalità umana.

D’altro canto, e come altra faccia o rovescio di questa medaglia, si presuppone che l’identità o la scelta culturale, elevata a diritto a sé dal sovrano, debba essere tutelata dallo Stato o dall’autorità sovrana nel senso, appunto, di giungere con essa al “compromesso”, all’insegna della coesistenza di qualunque sotteso “interesse” o “valore” che, quale che esso sia, proprio perché incorporato in un “diritto”, dovrebbe entrare come qualunque altro nella sfera pubblica e soggiornarvi, anche a prezzo di un relativismo talora allarmante circa il distillato di “valori obiettivi” e “interessi generali”, sempre più annacquato, che può discendere da una tale accozzaglia, più che unione, delle differenze.

Ne è testimonianza l'impressionante disinvoltura con cui si discetta di un generale diritto all' "*obiezione di coscienza*", come se il fare ciascuno quel che il "*cuor comanda*" fosse nell'ordinario, e non un' eccezione da vagliare attentamente e difficilissima da controllare; salvo poi scoprire, in rapida successione, che questa "*obiezione di coscienza*", com'è logico che sia per non disintegrare l'ordine giuridico, debba valere solo laddove il sovrano espressamente l'ammetta, per graziosa concessione ed a suo insindacabile giudizio, magari come valvola di sfogo per allentare tensioni altrimenti percepite come eccessive ed inarginabili, quali talora possono essere quelle ingenerate da religioni o credi filosofici particolari.

E ne è ulteriore testimonianza che, come corollario dell'essere quello alla propria differenza culturale un diritto, il quale però resterebbe tale solo a patto che lo Stato stesso e le pubbliche autorità assentano a prenderlo in carico, ci si spinga sino a postulare una "*difesa culturale*" ("*cultural defense*") o, comunque, una rilevanza di identità e scelte culturali, individuali e collettive, anche per la responsabilità giuridica ed il giudizio sulla stessa.

Il campo delle relazioni familiari, a cui ineriscono bisogni elementari degli esseri umani con le più differenti culture, sta diventando una palestra per interrogarsi su dove una simile deriva può portare. Giacché nella giurisprudenza di vari paesi, e per la verità più di rado in quella italiana, è rinvenibile una casistica in cui, persino a petto della responsabilità penale per reati commessi in danno del coniuge o dei figli, non è infrequente si invochi, a scusante perfino della lesione di diritti umani o fondamentali, l'orientamento culturale del responsabile.

Si tratta di una pratica che fatalmente ricorda la vecchia vicenda del "*delitto d'onore*" o del trattamento differenziato dell' "*adulterio*" della donna da quello dell'uomo, con la medesima ambiguità del prendere il diritto, e per esso il legislatore o il giudice, posizione sulla "*motivazione culturale*" di una persona per giustificare l'offesa portata ad un'altra persona.

Il che non solo non ha nemmeno una lontana parentela con la garanzia dell' autosviluppo e dell' autonomia culturale delle persone, presupponendo piuttosto una logica di "*gerarchia*" pubblicistica di "*interessi*" o "*valori*" (se non addirittura dei "*sentimenti*"), ma può avere ripercussioni devastanti per la tutela effettiva dei diritti umani o fondamentali: poiché, qualora per avventura ciò che è lesione dell'integrità psico-fisica dei familiari o "*maltrattamento*" in famiglia fosse diversamente qualificabile solo grazie ad una "*motivazione culturale*", diritti fondamentali come quello alla tutela "*preminente*" dei "*minori*", o come quello alla "*parità*" tra i coniugi, rimarrebbero tali per modo di dire.

Sotto questa angolazione, dottrine come quelle della "*difesa culturale*" o degli illeciti "*culturalmente motivati*" dovrebbero solo servire a metterci in guardia contro i guasti del riportare identità e scelte culturali nella sfera pubblica, affinché essa le selezioni e le tramuti in "*diritti*" a sé. Dal momento che – ed è questo preme di segnalare – un esito come quello di tali dottrine della "*difesa culturale*" o dell'illecito "*culturalmente motivato*" può trovare spazio solo là dove l'identità o le scelte connesse alla cultura delle persone siano manipolate con l'armamentario della sovranità e, con esso, associate ad una costellazione di "*valori obiettivi*" o "*interessi generali*" tanto generica ed omnicomprensiva da poter comprendere tutto ed il suo contrario.

L'angolo di visuale muta allorché, viceversa, si prenda come premessa che – eccettuati quelli classificati tali per l'aver a che fare con il conoscere o l'intelletto, come l'istruirsi o

il coltivare l'arte e la scienza – non vi siano “*diritti culturali*” a sé. Poiché qualunque diritto fondamentale, che sia tale per l'essere un diritto umano e non per il dipendere dal sovrano, è già permeato nel suo esercizio da identità e scelte culturali del suo titolare, da proteggere per loro stesse ancorché differenti da quelle di altre persone.

Con questa premessa, poiché la differenza culturale permea dall'origine i diritti fondamentali, già diventa plausibile che non vi debba essere un sovrano che li omologhi nel loro esercizio, sovrapponendo alle identità ed alle scelte culturali di ciascuna persona, quando esercita individualmente o collettivamente i propri diritti umani, gli ingombranti “*interesse generali*” o “*valori obiettivi*”.

L'unico compito indefettibile di quelle che abbiamo chiamato autorità sovrane, di legislazione politica, di amministrazione o giurisdizionali, sarebbe quello di attivarsi allorché il diritto umano e fondamentale dell'uno interferisca con quello dell'altro, mettendolo a rischio di una menomazione. Che in questo frangente debba esserci un bilanciamento, volto a contemperare e rendere compatibili i diritti fondamentali in conflitto, con reciproci sacrifici, è infatti coesistente alla circostanza che ciascuno abbia titolo per esercitare i diritti fondamentali medesimi spendendo la propria distinta e differente cultura.

La tutela per la distinta e differente cultura di ogni essere umano, o collettività, non può essere adottata a esimente o attenuante per la lesione dei diritti fondamentali altrui, se non contraddicendo l'essere quei diritti di tutti, se non rivendicando, a detrimento del principio stesso dell'universalità, che la cultura del responsabile della condotta lesiva debba valere di più di quella di chi la subisce: ciò che c'è di inaccettabile, nell'escludere o attenuare la responsabilità per azioni “*culturalmente motivate*” in violazione di diritti fondamentali, è che in tal guisa ad essere calpestata è la cultura e l'identità culturale di chi nei propri medesimi diritti fondamentali venga colpito.

Si potrà dibattere fin dove si vuole, ad esempio, se e quanto la circoncisione o altre ingerenze nel corpo della figlia o del figlio possano essere promosse dalla madre o dal padre senza sconfinare in una lesione del diritto fondamentale all'integrità psico-fisica. Oppure si potrà dibattere, fin dove si vuole, se e quando atteggiamenti verso il coniuge che potrebbero essere di prepotenza siano, o non siano, autenticamente offensivi. Ed in questo, il farsi “*antropologi*”, come suggerito da I. Ruggiu, può aiutare a capire.

Ma non pare possano esserci dubbi sul fatto di intervenire, a garanzia ed a bilanciamento dei diritti fondamentali, quando l'attacco all'integrità psico-fisica dei figli o la prepotenza nei riguardi del coniuge sia riscontrabile, non si badi alla luce di “*valori*” estratti come per magia dal cappello a cilindro dei “*valori obiettivi*” e degli “*interessi generali*”, bensì alla luce del dato di realtà che l'identità o la scelta culturale di chi è stato attaccato non può essere messa a tacere o soffocata sul nascere, togliendo ad essa, com'è facile possa avvenire primariamente nel caso di persone minori di età, la *chance* di potersi manifestare.

In altre parole, non si comprende perché, nella responsabilità per l'aggressione a diritti fondamentali altrui, gli “*interessi*” o i “*valori*” culturali di chi aggredisca potrebbero o dovrebbero essere privilegiati in confronto a quelli dell'aggredito.

In un caso come quello notissimo e che possiamo dare per noto di Fumiko Kimura, quand'anche si potesse dare per assodato che la cultura dell'interessata le rendesse norma-

le trascinare i figli con sé nel suicidio, non avrei i dubbi che la stessa Ruggiu solleva: perché nessuno, e tantomeno un genitore, può avere il diritto di trascinare un bambino affidato alle sue cure a morire, stroncando ogni sua possibilità di rendersi protagonista di scelte culturalmente e moralmente autonome. La *“difesa culturale”* o la *“motivazione culturale”*, se accolte in casi come quello della Kimura, sono soltanto un segno di debolezza, di scarsa tenuta del *“nostro”* sistema di tutela dei diritti umani e fondamentali, che non può, ad essere crudi, condotto al punto di farci confondere la vittima con il carnefice.

## 11. Segue: note critiche sui diritti nella famiglia

Come accennato, il fatto che i diritti fondamentali con cui quotidianamente lavoriamo siano i *“nostri”*, e cioè siano tratti da Costituzioni, trattati, convenzioni e carte sovranazionali con il marchio dell'Europa e dell'Occidente, ci invita alla prudenza, nel diffondere e tentare di propagare quei diritti al resto del mondo, con mezzi diversi da quelli pacifici.

L'aver acquisito o recuperato nel tempo la consapevolezza che ogni posizione, interpretazione ed applicazione dei diritti, nonché di regole e principi giuridici anche prettamente obiettivi, non è mai culturalmente neutra e risente fatalmente di fattori culturali storicamente diffusi, è ciò che può, o dovrebbe, persuaderci che è illusorio imporre i *“nostri”* diritti con la forza. Come dovrebbero ricordarci i fatti storici sottesi alle colonizzazioni o alle conquiste a suo tempo intraprese in nome dei diritti *“naturali”* o *“autoevidenti”*, in quanto tali reputati esportabili proprio perché avulsi dal contesto culturale. E come, del resto, ci suggeriscono, anche oggi, i risultati non proprio brillanti, e costati molte vite umane, strappati con l'esportazione militare dei *“nostri”* diritti fondamentali in Iraq ed in Afghanistan.

Il che, tuttavia, non ci esime dalla coerenza.

Ogni minaccia ai diritti umani o fondamentali altrui come li abbiamo raffigurati in Europa ed in occidente, se può coinvolgere identità o scelte culturali dell'uno dei soggetti in conflitto, per forza di cose coinvolge anche le differenti identità o le scelte culturali, distinte ed irripetibili per ogni persona, dell'altro dei contendenti, il quale non si vede il perché dovrebbe soltanto sopportare. È precisamente, e solo questo, che legittima ad intervenire di autorità nel conflitto.

Non c'è bisogno di proclamarsi sovrani nello scegliere tra le differenti identità e culture tra loro confliggenti, invocando all'uopo *“interessi generali”* o *“valori obiettivi”*, *“interessi”* o *“valori”* acquisiti come *“nostri”* e per i quali, in quanto tali, combattere. È sufficiente, per essere legittimati ad intervenire nel conflitto su diritti umani e fondamentali, affermare l'esigenza che nessuna delle persone confliggenti debba veder mortificata la sua differente identità e cultura e che, dunque, occorra salvaguardare colui il quale è a rischio del maggior danno.

La sensazione è che i commenti sul caso Kimura siano stati inquinati dall'interrogativo, che su di esso aleggiava e che divide profondamente la stessa cultura giuridica occidentale, sull'ammissibilità della pena di morte. Se la pena di morte fosse ormai superata e messa fuori dal quadro delle possibilità, il commento della Ruggiu come di altri commentatori sarebbe stato probabilmente meno problematico: si sarebbe potuto constatare, più serenamente, che il problema non era, nel caso, l'interrogarsi su di una *“soluzione*

*equa*” che mettesse d’accordo la differenza culturale della Signora Kimura con *“interessi”* e *“valori”* della *“società americana”*, ma era, anzitutto, il problema del non passare sotto silenzio che l’autonomia culturale dei bambini era stata conculcata, sopprimendone consapevolmente la vita stessa.

Tutto questo tuttavia comprova anche che, allorché pur non ci sia solo da sancire la responsabilità che una persona o una collettività debbano conservare di sé, non violando diritti d’altri e sopportando in proprio le conseguenze del proprio agire, ma anche e soprattutto quando l’agire umano ricada su diritti altrui che siano *“diritti fondamentali”* – come esemplifica la casistica ricordata dei rapporti familiari – è comunque azzardato confidare, per dirimere i conflitti e persino distribuire responsabilità giuridiche, sull’ *“interesse generale”* o il *“valore obiettivo”* come posto o interpretato da un qualche sovrano.

Anche e precipuamente quando vi sia conflitto con i diritti fondamentali altrui, da parte di chi esercita esso stesso un diritto fondamentale, le dottrine costituzionali non sembrano potersi acquietare nell’idea che questi diritti umani o fondamentali si possano risolvere in una mera oggettivazione, includendo qualunque *“interesse”* o *“valore”* ad essi pertinente, della più varia provenienza, nella sfera pubblica della sovranità, in cui poi dare ai *“valori”* o agli *“interessi”* medesimi un qualche ordine, *“gerarchico”* o volto al *“compromesso”* ottenuto mediante una procedura trasparente, che sia per quel che si riesce un ordine preventivamente statuito, stabile e duraturo. In modo che un tale ordine *“gerarchico”* o *“compromissorio”* di *“interessi”* e *“valori”*, in cui si sostanzierebbero i diritti fondamentali, restituisca riconoscibilità ad un *“interesse generale”* o *“valore obiettivo”*, ovvero, e meglio, lo renda riconoscibile come non è mai stato, se non come manifestazione contingente della sovranità.

Infatti, il caso Kimura ed altri casi concernenti la menomazione in famiglia dei diritti fondamentali dei figli o del coniuge, mostrano che dando peso alle differenze di identità e di cultura, attuali o potenziali come possono essere quelle ancora in formazione dei figli, per dirimerne o ridurne la conflittualità all’interno un ordine preventivamente statuito, stabile e duraturo come può essere quello dell’ *“interesse generale”* risultante dall’esercizio di poteri di legislazione, amministrazione o giurisdizione sovrani, si può innescare una disparità di peso appunto preventiva, stabile, duratura, e dunque tendenzialmente irrimediabile, tra istanze culturali diverse: è inspiegabile, traducendosi il rimando alla *“motivazione”* o alla *“difesa”* culturale in un mero espediente verbale, il motivo per cui l’identità o la *“libertà”* culturale, in famiglia, debba essere premiata, preventivamente, stabilmente e durevolmente, per un coniuge più che per un altro, o per i genitori più che per i figli.

In questi casi, più raccomandabile, e saggio, sembrerebbe l’astenersi in partenza dal postulare identità e scelte culturali irrigidite in un *“interesse generale”* o *“valore obiettivo”* intangibile in quanto selezionato dal sovrano, e guardare all’agire concreto delle persone nell’esercizio dei propri diritti umani secondo le proprie *“inclinazioni”* culturali, circoscrivendo l’intervento autoritario della sfera pubblica solamente a quelle evenienze in cui il conflitto tra o con diritti fondamentali non trovi un accomodamento e, per ciò stesso, non ci possa essere altro da fare che offrire tutela a quello tra i diritti fondamentali stessi a cui è portato o minacciato, concretamente, il maggior sacrificio.

Una volta accantonato o attenuato il distinguo tra l' alquanto enigmatico "*interesse generale*", il "*valore obiettivo*" ed i diritti soggettivi, come diritti a far valere anche una propria differente cultura in un'area recintata come lecita e protetta da responsabilità giuridica, dobbiamo per forza, da giuristi e costituzionalisti, sporcarci le mani; entrando direttamente, per salvaguardare nel bilanciamento chi subisca la maggiore oppressione, nel "*pluralismo di fatto*", che trapassa quello "*istituzionale*", o negli "*antagonismi*" tra differenti culture, non illudendoci che a moderarli basti la "*poliarchia*". Se il conflitto è in procinto di scatenarsi, o in atto, i "*nostri*" diritti umani e fondamentali dovrebbero essere in grado, come ben possono porsi in grado di essere, la soluzione che, senza negare la "*pluralità*" e l' "*antagonismo*" tra differenti identità e scelte culturali, eviti, chirurgicamente, che una di esse debba irrimediabilmente soccombere.

Il che potrebbe essere meno arduo di quel che si creda, anche stando solo al tema della famiglia, quali che siano le istanze culturali "*maggioritarie*" e quelle "*minoritarie*" nella società. Nel caso dei genitori e dei figli, è palese che i diritti fondamentali di questi ultimi debbano avere la precedenza. L' "*interesse del minore*" è "*preminente*" proprio perché egli è maggiormente in difficoltà nel difendere la propria autonomia culturale ed il proprio autosviluppo; e ciò può appianare, senza bisogno di un giurista come l' Hercules di R. Dworkin, la gran parte degli interrogativi che di fatto insorgono sulla tutela dei figli.

Mentre anche nelle relazioni tra coniugi, non è arduo, nell'ordinario, il sapere chi possa avere concretamente la peggio, e dunque debba essere difeso nel bilanciamento, quanto all'esercizio dei diritti fondamentali in famiglia. Gli interrogativi più duri da dipanare, anche quanto ai coniugi, non sono tanto quelli in punto di diritto, su cui la cultura giuridica europea ed occidentale pone il principio della parità in famiglia come faro illuminante.

Ce n'è voluta, anche e principalmente in Italia, per superare il "*delitto d'onore*". E la giurisprudenza costituzionale italiana ha impiegato anni ed anni per giungere alla conclusione, non tanto sorprendente, che l' "*adulterio*" della moglie non è più grave di quello del marito. Ma il fatto di aver dovuto spendere tante energie per arrivarci, almeno, dovrebbe suggerirci che il principio di "*parità*" tra coniugi può sciogliere i nodi del diritto familiare, anche alla luce di concezioni della famiglia differenti da quella prevalente in Italia ed in Europa.

Il principio di "*parità*" tra i coniugi tanto faticosamente emerso in tanti paesi, e che è effettivamente e più ampiamente entrato nel diritto italiano solo con la riforma codicistica del 1975, merita di essere conservato, ed elevato a diritto umano e fondamentale, proprio per la sua stessa origine, denunciata dalla grande fatica che c'è voluta per conquistarlo. Quel principio non è affatto nato da chissà quali elucubrazioni su "*interessi generali*" o "*valori*" sovrani, ma è nato, semplicemente, dalla constatazione che il "*delitto d'onore*", la disparità di trattamento per l'adulterio e più latamente la circostanza che in famiglia ci fosse un "*capo*" calpestavano il rispetto per la differenza "*di genere*", abbattendo l'identità e le scelte culturali di uno dei coniugi.

È sotto tale angolazione che il principio di "*parità*" dei coniugi può essere, proficuamente, il metro di soluzione dei conflitti tra diritti umani o fondamentali non solo nelle "*nostre*" famiglie. Il punto è che, senza un principio di "*parità*" in famiglia, l'identità e le scelte culturali di (almeno) uno dei coniugi possono essere non garantite. E questo è tutto, e solo, quel che

basta a chiudere il problema, a farci concludere che la relazione di subordinazione, tra coniugi, è da bandire; con ogni logica conseguenza: ad esempio, quello che si è esposto più indietro contro il divieto per la donna del “velo integrale” in pubblico non varrebbe più, qualora quel capo di abbigliamento le fosse imposto in famiglia.

## **12. L'importanza di tutelare identità e scelte culturali delle persone per i diritti del lavoro ed alla “solidarietà sociale”**

Quello che vorrei sostenere, al di là dei singoli casi dell'esemplificazione addotta per non incorrere in fraintendimenti, è, peraltro, solo che la “nostra” proposta di diritti umani e fondamentali sarebbe rafforzata e più incisiva, come proposta rivolta dall'Europa e dall'occidente al resto del mondo, se la formulassimo come proposta di un insieme di criteri da adoperare per evitare che, nel frangente del conflitto, una delle identità o delle scelte culturali effettivamente in gioco possa prevalere con la sopraffazione dell'altra. Senza di che dobbiamo, invece, attardarci nell'equilibrismo della ricerca di condivisione di “interessi generali” e “valori obiettivi” o - il che può essere lo stesso - di “gerarchie” di “interessi” o “valori”.

So bene che forse per qualunque giurista, e non per i costituzionalisti solamente, questo è un passaggio invisibile e ritenuto pericoloso.

E qui non gioca solo la paura di perdere la “coscienza” della “comunità”, del “popolo” o della “nazione”, che varrebbe in sé poco, qualora fosse una paura realistica. Giacché se per perdere la “comunità”, il “popolo” o la “nazione” bastasse ridimensionare la sfera pubblica e magari mettere tra i ferrovicchi la sovranità degli Stati, a vantaggio della libertà di identità o scelte culturali e quindi dell' autonomia culturale e dell'autosviluppo di persone e collettività, ciò significherebbe, in realtà, che la “comunità”, il “popolo” o la “nazione” varrebbero poco, se non proprio riducibili ad entità posticce.

La “comunità”, il “popolo” o la “nazione” anziché il portato di differenze di identità e di scelte culturali profondamente radicate nella “coscienza” individuale e collettiva, quali in effetti sono, dovrebbero infatti consistere di una vaga astrazione solo giustificativa di un potere “unificante”, qualora a farle cadere fosse sufficiente il ridimensionamento della sfera pubblica ed il mettere in disparte il principio della sovranità statale, che di tale medesima sfera pubblica ha comportato un' indefinita dilatazione.

La paura che scoraggia oggi tanti costituzionalisti dall'intraprendere un vigoroso rinnovamento della propria dottrina è più immediata. Essa è la paura che misconoscendo il presupposto della sovranità, come depositaria dell' “interesse generale” o di “valori obiettivi”, si spezzino o si compromettano “solidarietà” e “coesione sociale” e, concretamente, ad andare perduti siano gli ancora fragili “nuovi diritti”, ed in specie i diritti sociali e del lavoro, come scaturiti appunto dall'allargamento della sfera pubblica durante l'esperienza europea ed occidentale novecentesca.

Ed in merito c'è, però, da comprendersi.

È per intanto assai dubbio che questi “nuovi diritti”, inizialmente affermati per lavoratori con maggiori difficoltà economiche e successivamente allargati a cerchie via via più ampie di persone, siano sorti, come a taluno è piaciuto e piace supporre, come una sorta di

spontanea elargizione statale e costituzionale, derivante da un progressivo ed inarrestabile perfezionamento delle forme di esercizio della sovranità politica, con una presenza più massiccia e capillare dello Stato stesso nelle relazioni socio-economiche, per lo scopo innocuo di più diffuso *“benessere”*, o anche solo come portato dell'allargamento della partecipazione democratica alle deliberazioni pubblicistiche.

Quanto una simile immagine possa essere fuorviante, e travisatoria, è subito segnalato dal fatto che taluni di questi *“nuovi diritti”* novecenteschi, a cominciare dai diritti di azione sindacale, di sciopero e di contrattazione collettiva dei lavoratori, hanno avuto da prima i caratteri e la struttura di diritti prettamente attinenti alla sfera privata ed ai rapporti privati: e ciò non per casualità della storia, ma perché tali pretese furono, essenzialmente, il prodotto di proteste e lotte sociali e politiche organizzate, le quali, quando ebbero successo, condussero al ritaglio dei diritti dei lavoratori per sottrazione dai diritti della proprietà e dell'impresa e che furono, dagli Stati europei ed occidentali maltollerate, quando non represses in maniera sanguinosa.

L'assunzione nella sfera statale e pubblica dei diritti dei lavoratori e sociali venne, in tempi diversi e più in Europa che al di là dell'oceano, allorquando, in modo più stabile negli anni trenta del '900, lo *“Stato sociale”* o il Welfare si resero inevitabili affinché le contraddizioni economiche, a cui le lotte sociali e politiche in atto davano rilievo, non andassero integralmente a carico della proprietà e dell'impresa.

Ma questa assunzione nella sfera pubblica restò dimidiata ed i diritti sociali e del lavoro non varcarono neppure la soglia del diventare autenticamente *“diritti soggettivi pubblici”*: si trattò sempre di un'assunzione nella sfera pubblica largamente condizionata, e mai fatta per il titolo di diritti universali, da assicurare in regime di eguaglianza, delle persone o anche solo dei cittadini. Gli Stati e le loro Costituzioni si sono tenuti alla larga, fin quando hanno potuto, dai diritti dei lavoratori e sociali, concedendo ad essi garanzie solamente precarie (spesso limitandosi al sostegno di iniziative *“solidaristiche”* o *“caritatevoli”* di provenienza privata), dismettibili non appena la situazione ne potesse rendere praticabile la dismissione.

Una sorte apparentemente differente i diritti sociali e del lavoro ebbero negli *“stati totalitari”*, ma, anche in disparte il prezzo pagato sul terreno della libertà, fu questa per lo più, ed appunto, un'apparenza.

La pubblicizzazione della garanzie dei lavoratori e sociali, negli *“stati totalitari”* fu fatta a pezzi componibili e riscomponibili, selezionando per categorie ed avocando al sovrano la scelta del da farsi nonché delle persone o collettività beneficiarie, per lo più concepita come scelta autocratica, insindacabile, contingente, non di rado progettata in alternativa ed a contrasto, per sé alla lettera illiberale, delle lotte sociali e politiche. I governanti del nazismo e del fascismo furono maestri nella distribuzione di *“prestazioni pubbliche”* ai più disperati in funzione di propaganda ed imbonimento.

Giova comunque rammentare per l'Italia come, nonostante la *“carta del lavoro”* fascista varata sin dal 1927, ancora nel 1946 nei *“Principii di diritto costituzionale generale”* di Santi Romano, studioso sicuramente al corrente degli accadimenti europei, ancora non vi fosse alcunché di neanche lontanamente apparentato a *“libertà sociali”* o dei lavoratori, accanto alle *“libertà civili”* ed a quelle *“politiche”*.

Quando si invoca lo Stato o la sovranità a presidio di diritti dei lavoratori e sociali, o più comprensivamente di “*solidarietà*” e “*coesione sociale*”, c’è pertanto da essere prudenti.

È vero che, posteriormente alla seconda guerra mondiale, il contesto è notevolmente mutato; poiché anche laddove i diritti dei lavoratori e sociali, arricchiti da quegli altri “*nuovi diritti*” che l’evoluzione tecnologica ed economica ha comportato, non sono stati inseriti per esplicito nei testi delle Costituzioni (come più tempestivamente avvenuto in Italia o in Germania), hanno tuttavia visto ammesso, non di rado, il proprio carattere costituzionale sotto l’incalzare della guerra fredda e la ripresa dei movimenti sociali e politici avversi alle disuguaglianze di fatto.

Tanto che infine, e benché con discussioni o ripensamenti proprio circa il loro rango rispetto ai diritti “*civili*” e “*politici*”, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha accolto questi diritti dei lavoratori e sociali nel titolo IV sulla “*solidarietà*”.

Ed è vero che questo, non solo in Italia bensì in Europa, ha allargato la schiera delle dottrine costituzionali propense alla riscoperta, che non pare richiedere poi tanti sforzi intellettuali, per cui i diritti sociali e del lavoro non sono sganciati, ed anzi sono indissolubili, dalle “*libertà civili*” e “*politiche*” come strumento di garanzia della “*personalità*” (art. 2 Cost. it.), di una propria identità e di proprie scelte culturali per la persona: perché la garanzia di *habeas corpus* o quella della riservatezza possono essere addirittura vanificate, per chi non ha cure per la salute o non ha un luogo ove essere riservato; o perché la libertà di espressione o anche quella del voto possono essere derisorie per chi non abbia accesso all’istruzione, alla scienza ed all’arte; o perché, più ampiamente, non ha un gran senso presupporre autonomia culturale ed autosviluppo per chi incolpevolmente non ha lavoro, ovvero sul lavoro vive oppresso o con l’assillo economico della sopravvivenza.

Ciò non ha affatto dileguato, tuttavia, l’ambiguità della garanzia dei “*nuovi diritti*”, del lavoro e sociali, in quanto racchiusa nella sfera pubblica.

La presa d’atto che i “*nuovi*” diritti sociali o del lavoro sono complementari, e pertanto aventi lo stesso rilievo, rispetto ad altri “*diritti civili*” o “*politici*”, per la tutela a tutto tondo della personalità umana, avrebbe potuto e dovuto suggerire alla dottrine giuridiche e costituzionali che questi medesimi diritti del lavoro e sociali, ancorché “*nuovi*”, non fossero meno essenziali per le identità e le scelte culturali individuali e collettive di quanto lo fossero i diritti ereditati dai secoli diciottesimo e diciannovesimo. Il che però non è accaduto: in maniera ambigua, ed in linea con l’orientamento per cui essi sarebbero una concessione sempre revocabile degli Stati sovrani, sotto la sembianza dello “*Stato sociale*” o del Welfare, i “*nuovi*” diritti, nonché i “*valori solidaristici*” e gli “*interessi*” talora prettamente economici ad essi soggiacenti, sono stati, più degli stessi diritti civili e politici, esauriti o esauribili nella sfera pubblica e dati in gestione alla sovranità statale.

Non si spiegherebbe altrimenti nemmeno il perché, nell’Unione Europea, la equiparazione della Carta dei diritti fondamentali ai trattati per “*valore giuridico*” (art. 6 TUEF) abbia potuto essere temperata da una clausola come quella per cui: “*per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta*” – riguardante come si è visto la “*solidarietà*” – “*crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno*” (prot.

n. 30). Una clausola siffatta suona, per sé, come monito che i “nuovi” diritti del lavoro e sociali possono essere meno “fondamentali” degli altri, e più degli altri rimessi alle alterne vicende delle sovranità nazionali.

### **13. Segue: l’ambiguità della collocazione dei diritti sindacali e di quelli “a prestazione” nella sfera pubblica**

Quale possa essere l’ambiguità della dislocazione dei diritti sociali e del lavoro nella sfera pubblica è stato segnalato da quella giurisprudenza con cui, qualche anno addietro, la Corte di giustizia dell’Unione europea intervenne sui diritti di sciopero e di negoziazione dei lavoratori agendo appunto in una duplice direzione: giacché con una serie di pronunce emesse in rapida successione si proclamarono questi diritti dei lavoratori come “*diritti fondamentali*”, da un lato, e, dall’altro, li si resero sistematicamente deteriori, nel bilanciamento con i diritti dell’impresa, reputati “*fondamentali*” essi stessi.

Il quesito che peraltro preme qui porre non è quello, il quale andrebbe posto ma devierebbe troppo dal discorso intrapreso, se nell’uno o nell’altro dei casi esaminati dalla Corte, che sono tra loro diversi, si fosse errato nel bilanciare: non importa tanto capire se, nel caso “*Viking*”, si dovesse proibire ai lavoratori marittimi di scioperare contro il cambiamento di bandiera della nave (v. la sent. Grande Sezione, 11 dicembre 2007 in C-438/05); se, in “*Laval*”, si dovesse impedire ai lavoratori di scioperare per “*costringere*” ad un contratto collettivo l’impresa stabilita in Lettonia la quale, oltre ad essere attiva in Svezia, era interamente posseduta da altra società svedese (v. la sent. Grande Sezione, 18 dicembre 2007 in C-341/2005); o se, in “*Rueffert*”, si dovesse consentire all’impresa polacca vincitrice di un appalto pubblico in Germania di disapplicare il contratto collettivo localmente applicabile ai lavoratori, richiamato come inderogabile dalla *lex specialis*, per mantenere il “*vantaggio concorrenziale*” che ad essa dava la disciplina del paese di origine (v. la sent. Seconda Sezione, 3 aprile 2008, in C-346/06).

Quello che preme rimarcare, piuttosto, è che in tutti e tre questi casi non c’era solo un quesito di indole economica o normativa, ma un quesito su “*valori*” attinenti la “*solidarietà*” e la “*coesione*” tra lavoratori; giacché in tutti e tre i casi, in “*Viking*” e “*Laval*” quanto allo sciopero ed in “*Rueffert*” quanto all’osservanza delle pattuizioni collettive, veniva in causa la finalità, che da sempre è una delle finalità basilari, elementari e più antiche di ogni azione sindacale, di assicurare un trattamento comparabile, se non per criterio uniforme, a coloro che fanno lo stesso lavoro in uno stesso contesto, affinché essi possano stare “*uniti*” e “*solidali*” di fronte alla controparte contrattuale.

Era quindi in causa l’identità e la scelta anche culturale (e di “*valore*”), fatta dai lavoratori, di organizzarsi per tale finalità in sindacati; ed in una tale cornice si poteva, e forse si doveva, domandarsi se un tale dato di partenza, e dunque il fatto che le azioni o le pattuizioni collettive controverse fossero esercizio di libertà sindacale, dovesse influire sul bilanciamento con i diritti dell’impresa.

La Corte europea ha invece scantonato dalla libertà sindacale.

Sebbene dopo aver classificato lo sciopero e la contrattazione collettiva come “*diritti fondamentali*”, la Corte ha preso tutt'altra strada, dichiarando sistematicamente i diritti dell'impresa da preferire nel bilanciamento, non essendo provata o non essendo provata sufficientemente la ricorrenza di un “*interesse imperativo*” o “*pubblico*” da tutelare a profitto dei lavoratori, per ragioni diverse da caso a caso: in “*Laval*” perché sarebbe stata “*difficile la determinazione*” degli obblighi che sarebbero potuti ricadere sull'impresa con lo sciopero fatto per indurla a contrarre (punto 110.); in “*Viking*” perché del cambio di bandiera della nave, contestato dal sindacato internazionale dei marittimi come fattore di incertezza per i diritti di questi lavoratori, non sarebbero stati, di nuovo, chiariti i riflessi, quanto alla “*conservazione*” della contrattazione collettiva per essi già in essere nel “*rispetto delle disposizioni legislative*” (punto 82.); in “*Rueffert*” perché non poteva darsi per accertato che il “*contratto collettivo*” da applicare all'impresa polacca valesse anche per gli appalti privati, oltre che per quelli pubblici, né era accertato che la sua disapplicazione recasse ad un “*rischio grave di alterazione*” per il “*sistema di sicurezza sociale*” (punti da 37. a 42.).

Il vizio di questa giurisprudenza sta, sin dal momento in cui essa discorre di “*interessi imperativi*” o “*pubblici*”, nell'argomentare sul diritto di sciopero o persino sulle negoziazioni collettive, quanto al loro bilanciamento con i diritti di iniziativa economica e di concorrenza delle imprese, in modo non appropriato al loro carattere, che pure la Corte europea darebbe per assodato, di “*diritti fondamentali*” e, quindi, di manifestazioni di libertà dei lavoratori, della loro identità e delle loro scelte culturali circa il “*valore*” del lavoro, oltre che circa gli “*interessi*” economici.

La carenza di “*determinatezza*” degli “*obblighi*” che possono scaturire per l'impresa, a cui ci si appiglia in “*Laval*”, il difetto di un'esigenza di tutela dell'affidamento per la “*conservazione*” nel “*rispetto*” delle leggi dei diritti ormai acquisiti nelle contrattazioni, che si affaccia in Viking, nonché l'assenza del “*rischio grave di alterazione*” per la “*sicurezza sociale*”, che compare in “*Rueffert*” insieme al problema del campo di applicazione del contratto collettivo, il quale non sarebbe stato tanto ampio da abbracciare gli appalti privati, sono tutte cose che si addicono, ed avrebbero potuto essere opposte, ad atti pubblici di legislazione o di amministrazione; per recingere i limiti in cui gli “*interessi*” o i “*valori*”, per legittimamente comprimere la libertà dell'impresa, possono essere tradotti di autorità in specifici e verificabili “*interessi imperativi*” e “*pubblici*”. in quanto “*general*” e obiettivi.

Queste stesse cose su cui la Corte si sofferma, al contrario, non sembrano poter divenire fattori di verifica attendibile dell'uso dello sciopero e delle negoziazioni collettive, in quanto diritti fondamentali di autotutela e contrattuali dei lavoratori e dei loro sindacati, da bilanciare con la libertà essa stessa di stampo contrattuale dell'impresa come dotata, per solito e presumibilmente, di maggior forza economica; giacché è persino scontato che l'esito di una contrattazione collettiva, sollecitata attraverso lo sciopero, non sia in anticipo prevedibile, che nello scioperare e contrattare ci si possa spingere al di là della “*conservazione*” di diritti acquisiti o della prevenzione di un “*rischio grave*” o che, infine, il campo di applicazione di un contratto collettivo sia quello che riesce ad essere, dipendendo esso dall'azione contingente dei contraenti; com'è nella dinamica stessa di una qualunque negoziazione.

La Corte europea, nel trascurare questi non minuscoli particolari, ha confuso le finalità sindacali dello sciopero e della contrattazione collettiva, come esplicazione libera di *“diritti fondamentali”* dei lavoratori, con le finalità pubblicistiche, gli *“interessi imperativi”* o *“pubblici”* perseguiti o perseguibili dagli Stati membri, oppure dagli stessi trattati, regolamenti o direttive dell’Unione. Col che la libertà sindacale può smarrire il *“valore”*, il quale gli appartiene per la storia europea ed occidentale, di garanzia dell’identità e delle scelte culturali dei lavoratori come gruppo sociale organizzato e *“solidale”*, se non vogliamo proprio parlare di *“classe”*.

La libertà sindacale avrebbe potuto e potrebbe trasformarsi, con una giurisprudenza europea quale quella descritta, in un nudo meccanismo succedaneo dell’azione statale e pubblica; poiché lo sciopero o le negoziazioni collettive dovrebbero stare, meccanicamente, alla tutela di *“interessi”* rientranti tra quelli suscettibili di tipizzazione come *“imperativi”* o *“pubblici”* dagli Stati o a livello internazionale o sovranazionale.

È probabile che la sua estraneità alla storia europea abbia tenuto a freno, per ora, una simile prospettiva. Ma è eloquente il fatto che, comunque, né la giurisprudenza né il legislatore dell’Unione europea abbiano neanche fatto in macchina indietro. Come sarebbe stato indispensabile anche solo per riallineare alla tradizione i principi e le regole sulle azioni collettive ascritte alla libertà sindacale, restituendo il loro esercizio alla libertà di autodeterminazione dei lavoratori, come espressione della loro identità e delle loro scelte culturali.

Sotto questo profilo, il riportare i diritti nella sfera pubblica per oggettivarli, reciderne il collegamento con identità e scelte culturali soggettive delle persone e collocarli in prossimità di *“interessi”* o *“valori”* essi stessi pubblici, non è meno ambiguo, in relazione ai diritti del lavoro o sociali, di quanto lo sia per altri diritti umani o fondamentali.

E ciò vale *a fortiori*, tra l’altro, per quei diritti sociali i quali si sostanzino in diritti a *“prestazioni”*, di fare o di dare, che appunto gli Stati o i corpi pubblici si impegnino ad erogare, magari solo per temperare le asprezze dell’economia di mercato; perché anche in questo frangente in cui la *“prestazione”* che soddisfa il diritto sia inequivocabilmente di fonte pubblicistica, e quand’anche la misura erogata possa non essere a stretto rigore dovuta come unica misura possibile per assicurare un diritto umano o fondamentale, il conformare la misura stessa con il solo metro di un *“interesse generale”* o *“valore pubblico”*, non guardando alle ripercussioni per l’identità e le scelte culturali delle persone, può provocare disastri, quanto alla discriminazione, non *“ragionevole”* e *“proporzionata”*, che può concretizzarsi, anche solo di rimbalzo, in ordine al godimento di diritti, i quali avrebbero da essere universali, di chi sia differente per cultura o gruppo culturale di appartenenza.

Si pensi, per un piccolo ma probante esempio, al caso risolto dalla Corte costituzionale italiana con la sent. n. 432 del 2005, della gratuità del trasporto pubblico in Lombardia, che la legislazione regionale aveva accordato agli *“invalidi”*, purché avessero cittadinanza, e dunque appartenessero per *“nazionalità”* all’Italia.

In questo caso, come rilevato dalla Corte, il beneficio, sebbene avesse a requisito l’*“invalidità”* e dunque fosse mirato ad un aiuto per la salute, non era, come del resto si disse in sentenza, una *“scelta costituzionalmente obbligata”*, potendosi aiutare un *“invalido”* anche con altri e differenti mezzi.

La Corte dichiarò l'incostituzionalità argomentando sulla violazione dell'art. 3 Cost., *"in ossequio al principio di ragionevolezza"*, riscontrando la *"presenza di una "causa" normativa (...) palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria"*. Il legislatore regionale non avrebbe giustificato il perché *"la circolazione gratuita"* avrebbe dovuto essere *"assicurata non a tutti gli invalidi residenti in Lombardia che abbiano un grado di invalidità pari al 100%, ma soltanto a quelli, fra essi, che godano della cittadinanza italiana"*.

E questa motivazione suscitò anche qualche critica, soprattutto per la concomitante affermazione per cui la stessa *"circolazione gratuita"* non sarebbe stata destinata *"in sé, a soddisfare diritti fondamentali"*. In effetti, guardando solo al beneficio immediatamente concesso della *"gratuità"*, come *"prestazione"* pubblicistica da ricondurre alla finalità del *"trasporto pubblico"*, poteva anche convenirsi, come sostenne la difesa regionale, che lo sbarramento della *"cittadinanza"*, slegato dagli scopi del servizio ma ancorato al contenimento della spesa pubblica per la cui provvista i *"cittadini"* avrebbero contribuito più degli *"stranieri"*, fosse un criterio non più *"irragionevole"* o *"sproporzionato"* di altri.

La Corte, su questo tema, restò reticente, non volendo, evidentemente, approfondire la circostanza che la *"cittadinanza"*, in generale e per come configurata nel diritto italiano, rimanda a vincoli di sangue, etnici o culturali della *"comunità nazionale"*, prima ancora e più che ad una cooperazione alla raccolta delle risorse finanziarie pubbliche, da cui oltretutto lo *"straniero"* non è immune come tale.

Non toccando più di tanto il mito degli *"interessi generali"* o dei *"valori oggettivi"* con cui modulare prestazioni *"non costituzionalmente obbligate"*, mettendo tra questi l' *"interesse"* a *"contenere la spesa pubblica"*, ci si accontentò, quindi, di censurare assertivamente la mancanza di una correlazione tra la *"condizione positiva di ammissibilità al beneficio (la cittadinanza italiana, appunto) e gli altri peculiari requisiti (invalidità al 100% e residenza) che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio e la funzione"*, nel contempo enfatizzando la contraddittorietà con il principio, inserito dallo stesso legislatore italiano con l'art. 41 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, per il quale: *"gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, sono equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste [...] per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti"*.

E con questo rimase non detto, anche nella sent. n. 432 del 2005, l'essenziale per l'identità e la libertà della differenza culturale dello *"straniero"*, in quanto tale escluso dalla *"prestazione"* dedicata agli *"invalidi"*.

La Corte avrebbe potuto andare più a fondo della mancata *"correlazione"* tra la *"cittadinanza"* e l' *"invalidità"*, come requisiti resi entrambi necessari per la gratuità del trasporto pubblico, in congiunzione tra loro.

Si sarebbe potuto osservare, per un verso, come il nesso tra il beneficio concesso e l' *"invalidità"*, per quanto solo occasionalmente e discrezionalmente instaurato dallo stesso legislatore regionale, rendesse per sé rilevante la situazione di salute, il cui mantenimento è un *"diritto fondamentale"* (art. 32 Cost. it.); mentre, ciò, posto, si sarebbe potuto agilmente os-

servare, per un altro verso e proprio per l'essere invece la sostanza della "cittadinanza" un'appartenenza all'Italia per sangue, etnia e cultura, come l'utilizzare un tale criterio etnico-culturale, per dare un qualunque aiuto alla salute, oltre che incongruo potesse suonare in sé offensivo della "personalità" del soggetto discriminato, svalutato nella sua integrità psico-fisica solo perché non italiano.

Scivolando su questo aspetto, la Corte ha fatto salva *pro futuro*, come ulteriori successive pronunce avrebbero dimostrato, la "discrezionalità" del legislatore nel manovrare, nell' "interesse generale", le "prestazioni" a soddisfacimento di "interessi" o "valori" pur costituzionalmente protetti. Non altrettanto salva ne è uscita, però, la libertà delle persone di ammalarsi in Italia, e diventare bisognose di ausili per la salute, senza preventivamente farsi italiane.

#### **14. Nota finale: i diritti fondamentali, la terra ed il mare**

L'identità e le scelte culturali differenti delle persone non sono pertanto da mettere in conto per una qualche cerchia predefinita di diritti umani e fondamentali, da tutelare e bilanciare tra loro, evitandone altri. La convivenza tra differenti culture, incentivata dagli scambi, dai movimenti e dalle comunicazioni internazionali e "globali", coinvolge nel complesso i diritti umani e fondamentali, sollecitando una rimeditazione dei pilastri portanti delle stesse Costituzioni degli Stati.

G. Winkler ci ha rammentato, anche recentemente, che le Costituzioni, in quanto manifestazioni giuridiche, vanno pensate e studiate come provviste di "senso e scopo", in relazione al tempo ed allo spazio.

Con i diritti delle rivoluzioni settecentesche fondati sulla "natura" dell'uomo in sé, il costituzionalismo ha solo per un breve tratto coltivato un progetto potenzialmente proiettato in uno spazio ed in un tempo indefiniti, e quindi "cosmopolita" sebbene non immune, proprio per l'essere avulso da identità e scelte culturali storicamente sedimentale, dal germe contraddittorio della violenza per propagare i diritti medesimi.

Dopo di allora, le Costituzioni ed i loro diritti sono tornati ad avere uno spazio storicamente assegnato. E questo spazio, affidato nel suo perpetuarsi nel tempo al persistere e rinnovarsi della sovranità degli Stati, è divenuto uno spazio pressoché esclusivamente territoriale, riferibile a "nazioni", "popoli" e "comunità" solo in quanto esse fossero raccordabili al territorio dal criterio deciso dal sovrano stesso, per lo più giostrando appunto la terra ed il sangue, lo *ius soli* e lo *ius sanguinis*. Gli Stati sovrani hanno preso in carico la relazione tra le persone ed il territorio, nonché il ridurle su questa base ed in forza di un *imperium* esso stesso territoriale a "popoli", "nazioni" o "comunità" omogenee anche per scelte ed identità culturali, forgiando come artificio "interessi generali" e "valori obiettivi" chiamati a dominare.

E tali "interessi generali", poi riallacciati anche a "valori obiettivi" in quanto incarnati dallo Stato come "unità" sovrana, sono diventati il fulcro di un equilibrio sorretto da un reciproco e variabile *ius excludendi*, esercitato da ciascun "popolo", da ciascuna "nazione" e da ciascuna "comunità", nonché dai suoi componenti come individui e collettività, verso altre

persone differenti primariamente per identità e scelte culturali, sia pure talora concepite come proiezione di etnia o di stirpe.

Il “*totalitarismo*” non ha istituito questo risvolto escludente del diritto e delle Costituzioni degli Stati sovrani, europei ed occidentali, ma lo ha portato semplicemente alla conseguenza estrema di una dottrina ed una pratica propensa a sacrificare ad un tutto, ad una “*totalità*”, ogni elemento di “*personalità*” differente. E dunque, anche liquidato il totalitarismo, lo *ius excludendi alios* può rimanere il principio-guida, come è restato, dell’organizzazione giuridica e costituzionale.

Il fatto è che oggi questa raffigurazione, per “*senso e scopo*”, subisce i contraccolpi dell’internazionalizzazione o della “*globalizzazione*”, la quale riduce e contrae spazi e tempi in cui culture diverse possono trovarsi a contatto, interferendo tra loro. La rapidità ed intensità delle comunicazioni e degli scambi, nonché dei movimenti e dei trasferimenti di persone e di beni, rendono il contatto tra identità e scelte culturali diverse, il loro propagarsi ed il loro non raro intrecciarsi in guisa di “*meticciato*”, un fatto ordinario, rimpicciolendo tra l’altro quello che, in maniera non tanto tranquillizzante, era stato denominato lo “*spazio vitale*” di ciascuna “*comunità*” o anche “*popolo*” o “*nazione*”.

In questo quadro, peraltro, le cose non sono arrivate (ancora) al punto di rottura degli equilibri lungamente tramandati. E possiamo dunque, almeno *medio tempore*, mantenere la “*nostra*” idea occidentale di sovranità, di “*popolo*”, “*nazione*” e “*comunità*”, aggregata intorno a propri “*valori*” o “*interessi*” postulati, o supposti, come “*generali*” ed “*obiettivi*”.

In effetti, è proprio questo che facciamo quando, per la conservazione di quello che ci è stato tramandato, come “*senso e scopo*” del costituzionalismo e del diritto costituzionale, facciamo quadrato intorno all’essere persino i “*diritti fondamentali*”, i quali vorremmo universalmente estesi a qualunque persona, avvinti alla sovranità e, pertanto, pertinenza degli Stati, di “*popoli*”, “*nazioni*” e “*comunità*” incommensurabilmente diverse. Col che possono diventare persino banali “*gerarchie*” tra le religioni o le loro manifestazioni “*simboliche*”, la riduzione delle “*minoranze*” linguistiche e culturali ad un pericolo da rendere inoffensivo, dando ad esse uno statuto *ad hoc* e separato da quello della “*maggioranza*”, l’esclusione dello “*straniero*” dalla partecipazione politica democratica, la negazione o il tentativo di sedare o celare conflitti anche economici e sociali, che si affacciano prepotentemente, o si sono affacciati da tempo, in ambiti culturalmente sensibili come pur sono quelli della famiglia o del lavoro.

Mi permetterei soltanto di osservare, come rilievo finale, che però non possiamo pensare, come Pangloss, che questo sia l’unico o il migliore dei mondi possibili. Poiché, come ho cercato di dare sentore, ci sono delle alternative, che potrebbero essere ricercate e costruite pazientemente.

Come potrebbe essere un’alternativa, o un inizio di alternativa, il lasciare di massima libere persone, da sole o collettivamente, di agire con le proprie “*attitudini*”, di esercitare i propri diritti secondo la propria identità e le proprie scelte culturali differenziate; preoccupandosi di tutelare non tanto “*valori*” o “*interessi*” da assumere come “*superiori*”, in quanto da forzosamente accogliere come “*generali*” ed obiettivi, bensì preoccupandosi che taluni diritti che ci sembrano più importanti ed irrinunciabili per l’essere umano, e che se vogliamo pos-

siamo continuare a classificare come fondamentali, non possano tramutarsi, mai, in strumenti di sopraffazione dell'uno o degli uni sull'altro o sugli altri.

Non si tratterebbe neppure, si badi, di *"integrare"*, che implica conformazione ad un ordine preformato, o di *"tollerare"*, che implica in premessa che si distingue tra chi è *"tollerante"* e chi è *"tollerato"*. Si tratterebbe piuttosto di *"bilanciare"* questi diritti umani e fondamentali nell'accezione più elementare del termine, ossia di dare la precedenza, e proteggere dall'oppressione, il diritto di colui che avrebbe altrimenti minori opportunità di affermarlo, non necessariamente perché più debole ma perché destinato obiettivamente, per la situazione in cui si trova, a soccombere, perdendo la sua autonomia, la sua capacità di autosviluppo e la sua libertà; senza, con questo, pretendere di sacrificare la differente cultura di ciascuno a *"interessi"* o *"valori"* dichiarati più alti o più grandi, ma solo imponendo l'accomodamento, e la chiusura autoritativa dello scontro, ove empiricamente indispensabile.

Ho provato a dare qualche esemplificazione. Ma solo per suggerire che, a tal proposito, la questione è anche di cultura giuridica, di identità e di scelte dei cultori del diritto costituzionale.

Noi oggi prestiamo la nostra cultura e la nostra tecnica, di giuristi e costituzionalisti, alla difesa delle frontiere, dei territori che abbiamo immaginato come presupposti o elementi costitutivi dei *"popoli"*, delle *"nazioni"* o delle *"comunità"* sovrane, con grande tenacia. Sotto questo profilo rimaniamo uomini della *"terra"*, nel *"senso"* e con lo *"scopo"* vagheggiato da Schmitt del radicare sul territorio le nostre identità e scelte culturali come omogenee, unificanti e messe a rischio da ogni cultura confliggente o solo diversa.

E però dobbiamo per un verso ammettere che questa difesa del radicamento territoriale, è sempre meno convinta, o se si preferisce sempre più conservativa: perché lo stringersi delle persone in *"comunità"*, *"nazioni"* o *"popoli"* compatti per cultura, da depurare delle differenze e da cui tenere lontano il diverso, è rimesso incessantemente in discussione non foss'altro dalla rapidità con cui circolano informazioni e conoscenze, portatrici di consapevolezza sia pur critica di opinioni, di credenze o fedi anche religiose, di convincimenti, di costumi, di linguaggi e stili di vita che non sono solo differenti ma che ci appaiono non comparabili ai *"nostri"*, a cui non sono raffrontabili con precisione in quanto sorti altrove, su altre basi e con altre storie completamente distinte.

La difesa della nostra *"unità"* ed omogeneità sociale e culturale somiglia sempre meno ad un *"patriottismo"* di *"interessi"* e *"valori"* spirituali e sempre di più, invece, alla difesa di un *"benessere"* materiale che temiamo ci sia sottratto se non ci conformiamo alla forza o al potere sovrano di turno. Non è un caso che, per raffigurare le relazioni tra Stati, *"popoli"*, *"nazioni"* o *"comunità"* utilizziamo oggi termini, come *"concorrenza"* o *"competizione"*, che non appartengono tanto al lessico delle dottrine politiche quanto a quello delle dottrine dell'economia capitalistica e di mercato.

Su quello che può servirci, a *"competere"* e *"concorrere"* efficacemente, sul piano culturale, siamo viceversa assai più incerti ed esitanti; ed è solo per questo che possono essere talora prese sul serio dottrine come quelle, di cui si è parlato, della *"difesa culturale"* o dell'illecito *"culturalmente motivato"*, che abbassano la soglia delle responsabilità nell'osservanza dei diritti altrui.

Mentre, e per un altro verso, diventa inevitabile l'interrogarsi sui costi, e le sofferenze, che la difesa dei "nostri" territori e dei loro confini infliggono ad altre persone.

Nell'opinione concordante resa per la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Hirsi Jamaa ed altri c. Italia del 23 febbraio 2012, il Giudice Pinto de Albuquerque ha constatato, impietosamente, che: *"i rifugiati che tentano di scappare dall'Africa non richiedono un diritto di ammissione in Europa. Essi domandano soltanto all'Europa, culla dell'idealismo in materia di diritti dell'uomo e luogo di nascita dello Stato di diritto, di cessare di chiudere le sue porte a persone disperate che fuggono dall'arbitrio e dalla brutalità. È una preghiera modesta, peraltro sostenuta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Non restiamo sordi a questa preghiera"*.

Quando si dibatte dei modi con cui non dover nemmeno più ascoltare quella "preghiera", come si fa da anni, credo che non solo i giuristi ed i costituzionalisti operanti in Italia, la quale si è meritata quella severa condanna sui "respingimenti", bensì tutti i giuristi o costituzionalisti che abbiano a cuore le sorti della tradizione europea ed occidentale dovrebbero avere la buona grazia di arrossire e chinare la testa.

Poiché questa è la situazione, ci sarebbe quantomeno da chiedersi se non dobbiamo cambiare il nostro atteggiamento culturale di giuristi e costituzionalisti di "terra".

Ho definito, all'inizio, la concezione del "mare" di Schmitt, in relazione a quella della "terra", come visionaria, poiché lo è per davvero. Che Schmitt non sia stato uomo di mare è reso palese dal fatto che Egli lo guardi solo con paura: per Lui, il "mare" è solo luogo di insidie e di "mostri", magari nascosti negli abissi, che bisogna attraversare, armati, per conquistare od occupare le "terre".

Il che dà del "mare" una rappresentazione inverosimile. Quello che Schmitt ed i suoi epigoni sembrano ignorare è che il mare è un luogo di libertà, rappresentativo di un ordine giuridico e di una cultura giuridica differenti, discosti da quelli della "terra" ma, neanche per un istante, da scartare in quanto solo strumentali e deteriori.

Il mare, che rivela come "alto mare" la sua più schietta essenza, non è di principio un luogo da suddividere in proprietà, possessi o domini; in mare ciò che è posseduto, e dunque lo *ius excludendi alios*, sono eccezioni, rispetto al principio per cui il mare stesso è, in genere, *res communis omnium*, che ogni persona può solcare liberamente, con il proprio naviglio e la propria bandiera, purché non incontri uno speciale divieto a presidio dei diritti altrui.

La libertà di solcare il mare, con la propria identità e la propria scelta, è solo scandita da pochi ma importanti principi, tra cui spiccano, come universali, il diritto reciproco, a cui corrisponde un simmetrico dovere ed obbligo, per il soccorso e l'assistenza nell'emergenza, nonché il diritto a non subire le aggressioni dei "pirati", anch'esso convertibile in dovere o obbligo universale di combattere la "pirateria"; un dovere od obbligo di "collaborare" contro la "pirateria" il quale, molto prima dell'art. 100 della Convenzione di Montego Bay del 1982, si trovava scolpito già da Cicerone, nel "De Officiis", per cui il "pirata" era "*communis hostis omnium*".

Il mare, per ogni navigante, dà l'opportunità di una grande solitudine, che dovremmo mettere a frutto responsabilmente, a livello di autonomia morale e di libertà di autodeterminazione, per soddisfare quella rigorosa solidarietà la quale, nel contempo, il mare stesso e-

sige. Poiché chi vada per mare sa che quando sia in pericolo un solo essere umano a cui egli potrebbe dare soccorso – e non decine di migliaia come di recente accaduto nelle acque tra Africa ed Europa – la responsabilità di immediatamente soccorrere non ammette scusanti, e men che meno può essere trasferita ad altri, i quali pure abbiano più mezzi e risorse.

C'è da chiedersi se non sia questa dei principi e delle regole del mare la suggestione da seguire, per la tutela dei diritti umani e fondamentali, anziché restare attaccati nella terra. Non foss'altro perché non vadano perdute, definitivamente, l'identità e le scelte culturali dei giuristi e del costituzionalismo europeo ed occidentale.