

# NUOVI CONFLITTI SOCIALI E NORMATIVI GENERATI DAL PLURALISMO CULTURALE: ALCUNE IPOTESI RISOLUTIVE \*

di Flavia Cannata\*\*  
(6 dicembre 2012)

**SOMMARIO:** 1. *Una società complessa* 2. *Il rilievo dei gruppi sociali nell'evoluzione del pensiero giuridico occidentale* 3. *Dallo stato nazione all'affermazione del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici: mutamenti sociali e nuove forme di conflitto sociale* 4. *Il principio pluralista quale garanzia di "diversità"* 5. *Le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo* 6. *L'Italia da paese di emigrazione a paese di immigrazione* 7. *Il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazioni sulla base della razza e dell'etnia* 8. *Le azioni positive e le previsioni del Dlgs 215/2003* 9. *L'opportunità di riconoscere in futuro dei diritti collettivi culturali* 10. *I diritti collettivi delle First Nations canadesi: reazione e riscatto dopo le politiche di discriminazione razziale* 11. *I conflitti normativi a sfondo penale generati nel contesto familiare. Ipotesi risolutive.*

## 1. *Una società complessa*

Il carattere complesso che a seguito dei processi di globalizzazione e d'incremento dei flussi migratori, connota la società italiana, pone l'esigenza di ripensare in modo critico gli strumenti normativi predisposti dall'ordinamento italiano, al fine di rispondere alle istanze pluraliste di cui si fanno portatrici le persone immigrate e le rispettive comunità etniche in cui si esplica la loro personalità.

Sul fronte del diritto vivente, il notevole incremento delle controversie aventi ad oggetto conflitti normativi riconducibili alla radicata presenza di soggetti portatori di culture differenti su un medesimo ambito spazio-temporale, induce inoltre, a ragionare sulle modalità attraverso cui fornirvi delle risoluzioni.

La presenza e il radicamento di persone appartenenti a molteplici etnie e portatrici di differenti bagagli culturali, genera l'insorgere di conflitti normativi aventi ad oggetto norme giuridiche nazionali, e regole consuetudinarie dotate di forza giuridica negli ordinamenti di provenienza, ma non in quelli di arrivo.

Tali contrapposizioni risultano maggiormente problematiche quando comportano la messa in discussione di beni della vita protetti da norme penali e la connessa violazione delle relative disposizioni costituzionali poste a garanzia dei diritti inviolabili della persona.

Alla luce di tale premesse ci si chiede attraverso quali modalità sia possibile dirimere questo tipo di controversie che negli anni futuri interesseranno in maggior modo le seconde generazioni di migranti: diventa sempre più essenziale affrontare i problemi migratori alla luce della variabile famiglia<sup>1</sup>.

Se, infatti, le prime generazioni<sup>2</sup>, incorporavano nella loro scelta migratoria la consapevolezza di dovere rinunciare all'esercizio di alcuni diritti tradizionali in nome dell'aspettativa lavorativa e di benessere collegata al loro progetto migratorio, differente appare la posizione delle seconde generazioni. Cresciuti nel contesto italiano, i bambini

\* Scritto sottoposto a referee.

<sup>1</sup> P. DONATI, *Famiglia migrazioni e società interculturale: quali regole di convivenza civile?* intervento alla Conferenza Nazionale della famiglia, Firenze, 2007, p. 3. [http://www.astrid-online.it/Immigrazio/Studi-ric/P\\_Donati.pdf](http://www.astrid-online.it/Immigrazio/Studi-ric/P_Donati.pdf).

<sup>2</sup> «Qualsiasi odierna concezione dei diritti fondamentali deve affrontare il tema della tutela delle generazioni future. Una teoria che tenesse conto soltanto delle persone o addirittura dei cittadini attualmente viventi sarebbe tanto egocentrica quanto frammentaria». P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, p.114 ss.

immigrati degli anni Ottanta e Novanta sono gli adulti del nuovo millennio. Costituendo una componente demografica ed una forza lavoro determinante per l'economia italiana, oltre che una risorsa umana e culturale preziosa, le seconde generazioni di immigrati rivendicheranno un ventaglio più ampio di diritti.

Paiono dunque miopi, le idee di chi, ragionando sul problema immigrazione in Italia, non riesce a intravedere nei frequenti episodi di guerriglia urbana, in cui confluisce la protesta di gruppi immigrati, i prodromi dell'esplosione di un grave conflitto sociale. Conflitto oggi in fase embrionale, ma che, stante l'attuale approccio cultural-istituzionale al fenomeno migratorio, probabilmente condurrà le seconde generazioni di persone immigrate a porsi nei decenni futuri su un piano di netto antagonismo rispetto alle istituzioni statali.

Esemplificativi di tale stato di cose, sono i fatti di Rosarno del gennaio 2010 che hanno visto protagonisti decine di lavoratori stagionali immigrati, scendere in strada per protestare contro il ferimento di alcuni di loro e per denunciare le inumane condizioni di lavoro e di vita a cui vengono quotidianamente sottoposti<sup>3</sup>.

Se, infatti, a livello teorico, i lavoratori immigrati ricadono nell'ambito soggettivo di applicazione del principio di eguaglianza e gli viene in astratto garantito il riconoscimento dei diritti fondamentali, specie nel contesto meridionale, sono oggetto di sfruttamento, in quanto sottopagati e non coperti dalle garanzie minime previste per i lavoratori dipendenti. Tale stato di cose, se per un verso alimenta un mercato del lavoro irregolare e a basso costo che favorisce la crescita dell'economia italiana in settori chiave come l'edilizia, l'agricoltura e i servizi, dall'altro marginalizza e rende sempre più ricattabili i lavoratori extracomunitari, che pur di non perdere il lavoro e quindi il diritto di soggiorno sul territorio italiano, accettano le condizioni di svantaggio loro imposte dagli imprenditori e implicitamente dalle istituzioni italiane.

Al fine di comprendere le ragioni sottese alle attuali politiche migratorie, è parso utile ripercorrere a grandi tappe, il cammino storico che ha condotto alla formazione dello stato moderno, fondato sul presupposto della omogeneità delle sue componenti etnico-culturali. Tale analisi consente di attribuire un peso determinante all'apporto fornito nell'Europa occidentale dai gruppi sociali, (concetto variamente declinato sotto forma di *corporazioni, corpi intermedi, istituzioni, comunità, formazioni sociali, associazioni, persone giuridiche*) alla creazione degli ordinamenti giuridici ed in particolare dell'ordinamento giuridico statale. Da qui l'opportunità di guardare con interesse alle politiche multiculturali adottate in altri paesi attraverso il riconoscimento di diritti collettivi di matrice comunitaria, volti alla valorizzazione della lingua, della cultura e delle tradizioni delle varie etnie.

A tal proposito il nostro ordinamento dovrà rispondere alle rivendicazioni delle nuove generazioni di migranti facendo leva su metodi, strumenti e tecniche innovative, alla luce dei bisogni di una società sempre più multiculturale. Il concetto di multiculturalismo fonda la propria essenza sulla pari dignità delle espressioni culturali dei gruppi e delle comunità che convivono in una società democratica, così da garantire a ciascun soggetto il diritto alla propria identità senza che essa debba essere recessiva innanzi alle culture dominanti<sup>4</sup>.

A tal proposito, significativa risulta essere l'esperienza, maturata quanto a pratiche multiculturali, nell'ambito dell'ordinamento federale canadese, che fin dalla sua origine ha saputo preservare e valorizzare accanto all'identità nazionale, le molteplici identità collettive presenti sul territorio statale, attraverso il riconoscimento di diritti di autogoverno e di diritti collettivi legati all'appartenenza culturale. Posto il valore aggiunto che lo studio di realtà ordinamentali straniere può apportare all'elaborazione di efficaci politiche migratorie,

---

<sup>3</sup> E. G. PARINI, D. LOPRIENO, *La piramide dell'arroganza. Una riflessione sui fatti di Rosarno*, in *Federalismi.it*, 13 gennaio 2010, <http://www.federalismi.it/AppI/MostraDoc.cfm?Artid=15118>.

<sup>4</sup> A. FERRARA, «*Multiculturalismo*», in BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2004, p.671. Vedi anche E. CECCHERINI, «*Voce Multiculturalismo*», *Digesto delle discipline pubblicistiche* (appendice di aggiornamento), Torino, 2008, <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/MulticulturalismoCeccherini.pdf>.

il peculiare approccio scelto a livello istituzionale per la gestione dei flussi migratori, nonché la forte conflittualità sociale generata in questi ultimi anni in Italia dalla crescente presenza di immigrati, ci inducono a riflettere *in primis*, sugli strumenti normativi di cui il nostro ordinamento giuridico già dispone e che non sono affatto di poco momento.

Si tratta del principio pluralista e di quello di eguaglianza sostanziale, due canoni di valutazione che interpretati alla luce della mutata realtà sociale, possono fornire un formidabile fondamento di legittimazione normativa nell'ottica della garanzia della diversità<sup>5</sup> sotto il profilo oltre che socio-culturale, anche polietnico<sup>6</sup>. L'idea di fondo è che sul fronte delle politiche della differenza sia possibile percorrere una terza via basata sulla società aperta che caratterizza lo Stato Costituzionale<sup>7</sup> e tale da realizzare il superamento sia del modello assimilazionista, che di quello fondato sul relativismo culturale<sup>8</sup>. Tale approccio incontra un limite naturale nella necessità di garantire sempre e comunque il rispetto dei diritti inviolabili della persona quali principi supremi e invalicabili dell'ordinamento italiano<sup>9</sup>.

## **2. Il rilievo dei gruppi sociali nell'evoluzione del pensiero giuridico occidentale**

E' nell'Antica Roma che devono essere rinvenute le prime forme di associazioni corporative a base professionale. Si tratta dei *collegia* e dei *corpora opificum*, che Plinio e Plutarco fanno risalire ai tempi di Numa Pompilio. I collegi svolgono di regola funzioni economiche reputate di pubblica utilità e si caratterizzano per l'essere associazioni obbligatorie che impongono stringenti obblighi ai membri del collegio (collegiati)<sup>10</sup>. In cambio di questi oneri, ai collegi vengono accordati numerosi privilegi sotto forma di esenzione dai carichi pubblici, dal servizio militare, dalle imposte straordinarie. In quanto corpi morali, i collegi possono acquistare, contrarre obbligazioni, possono inoltre stare in giudizio, rappresentati da un *actor* o *syndicus* e difesi dal *defensor*.

<sup>5</sup> Cfr. E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, Relazione presentata al XX Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, «Nuovi temi e tecniche della comparazione giuridica», Urbino, 18-20 giugno 2009.

<sup>6</sup> W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, p.221-27. Partendo dal postulato che l'individuo non possa essere considerato *un atomo solitario indipendente dalle sue scelte culturali e dal contesto sociale in cui vive*, Kymlicka sostiene che l'impostazione liberale dei diritti individuali debba arricchirsi attraverso la formulazione di una teoria dei diritti delle culture minoritarie. In particolare, in base alla sua classificazione, la società italiana, in quanto caratterizzata da un pluralismo culturale originato dall'immigrazione di individui o famiglie, risulta essere una società multiculturale di tipo *polietnico*. Ad essa l'autore contrappone la società multiculturale *multinazionale*, generata, invece, dalla presenza di minoranze nazionali autoctone. La dottrina dei diritti umani ha, infatti, trascurato la rilevanza che nel mondo contemporaneo assumono le minoranze etniche. L'accezione di multiculturalismo a cui Kymlicka si riferisce, non fa però riferimento a tutti i gruppi sociali in condizioni di svantaggio, bensì ai gruppi portatori di culture sociali. Una cultura sociale è una cultura che conferisce ai propri membri modi di vivere dotati di senso, in un ampio spettro di attività umane ivi compresa la vita sociale, formativa, religiosa, ricreativa ed economica, nonché la sfera pubblica e quella privata. Una cultura sociale implica la condivisione non solo di ricordi e valori ma anche di pratiche e di istituzioni. L'autore sottolinea l'importanza di riconoscere a ciascun gruppo portatore di una *cultura sociale* dei diritti a statuto speciale. In tal modo il riconoscimento e la valorizzazione dei tratti caratterizzanti l'identità della cultura minoritaria funge da strumento di integrazione e di inclusione nella cultura dominante.

<sup>7</sup> P. HABERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, p. 33 e E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006.

<sup>8</sup> Per la visione relativista cfr. J. TULLY, *Strange multiplicity*, Cambridge, 1995, p.99.

<sup>9</sup> Cfr. Sentenze della Corte costituzionale n.1146 del 1988, 98 del 1965, 183 del 1973, 170 del 1984, 232 del 1989.

<sup>10</sup> L. ORNAGHI, «Voce *Corporazione*», Enc. scienze sociali, Roma, 1992, Vol. II, p.469-481.

[http://www.treccani.it/enciclopedia/corporazione\\_\(Enciclopedia\\_delle\\_Scienze\\_Sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/corporazione_(Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali))

La pluralità delle aggregazioni sociali gioca un ruolo ancor più determinante nel Medioevo, epoca che si connota per una forma estrema di particolarismo giuridico<sup>11</sup>: molteplici ordinamenti giuridici prodotti da diversi gruppi sociali, convivono nella stessa sfera spazio-temporale, nonostante siano sottoposti ad una medesima autorità politica governante un determinato territorio.

Il vuoto rappresentato dal crollo dell'apparato pubblico romano viene parzialmente colmato da un potere politico, a ragione definito da alcuni "incompiuto"<sup>12</sup> in quanto fondato su strutture politico-sociali per nulla interessate all'esercizio di poteri assoluti, bensì, impegnate a svolgere il compito di figure guida delle loro nazioni<sup>13</sup>. A mitigare il peso esercitato dalle monarchie, concorre la diffusione capillare dell'organizzazione della Chiesa Romana, che contribuisce non poco al consolidamento di una psicologia collettiva antiassolutistica. In tale contesto, la frammentazione del potere, stimola la proliferazione di numerosi gruppi sociali, si tratta di nuclei plurifamiliari, aggregati gentilizi, corporazioni di natura religiosa, assistenziale, professionale. La realtà socio-politica medioevale si presenta come una società di società in cui la dottrina cattolica ha un ruolo determinante. La Chiesa si identifica in una comunità salvante che professa una salvezza eterna difficilmente raggiungibile dal fedele isolato. Il diritto rispecchia in quest'epoca la realtà fattuale, realtà che confluisce nella fonte fatto per eccellenza, la consuetudine<sup>14</sup>. Fatto normativo fondato sul ripetersi di un comportamento sorretto da una precisa *opinio iuris sive necessitatis* e posto in essere non da un individuo singolo, bensì, da una collettività, da un gruppo sociale in un certo ambito territoriale. Ogni terra ha dunque la sua consuetudine, fonte fatto in cui confluiscono convinzioni, valori e radici di singoli gruppi sociali.

### **3. Dallo stato nazione all'affermazione del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici: mutamenti sociali e nuove forme di conflitto sociale**

Il passaggio dal Medio Evo all'Epoca Moderna segna la crisi dell'ordinamento universale. Successivamente, lo stesso principio unitario ed unificatore delle monarchie nazionali, incorporato nella prevalente influenza della burocrazia monarchica, condurrà poco a poco, alla distruzione del pluralismo feudale attraverso la trasformazione delle classi politiche in classi civili.

---

<sup>11</sup> Per particolarismo giuridico deve intendersi la mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme di leggi vigenti in una data sfera spazio-temporale, individuata in seguito ad un giudizio di valore secondo il quale nella stessa sfera vi dovrebbe essere, o ci si aspetterebbe vi fosse, unità e coerenza di leggi. Vedi G. TARELLO *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1995, p.28-29.

<sup>12</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma- Bari, 2007, p.13-14.

<sup>13</sup> Cfr. H. PIRENNE, *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, Roma, 1991, p.117. «Nel sistema cosiddetto feudale, la questione principale è prima di tutto la disgregazione dello stato».

<sup>14</sup> GROSSI, *op.ult.cit.* p.23

Gli stati nazionali europei nascono, infatti, in contrapposizione all'universalismo dell'Impero e della Chiesa<sup>15</sup> che nel corso del Medio Evo avevano rappresentato le istituzioni-guida per eccellenza.

Lo stato moderno è nazionale<sup>16</sup>, ovvero, espressione di un ordinamento unitario caratterizzato dalla presenza, in riferimento ad un dato territorio, di un insieme di individui che per il fatto di condividere una medesima origine, cultura e lingua, costituiscono un popolo con un destino comune<sup>17</sup>. Il concetto di nazione<sup>18</sup> viene impiegato a partire dalla Rivoluzione francese con la finalità primaria di negare ed eliminare il carattere di originarietà della sovranità del monarca, per attribuirlo ad altra entità **-la nation-** su cui viene poi innestato il principio di governo rappresentativo e di separazione dei poteri<sup>19</sup>.

L'affermazione dello stato moderno comporta, inoltre, il consolidarsi di una visione dirompente del concetto di eguaglianza<sup>20</sup>: è l'individuo in quanto tale a divenire il destinatario della norma giuridica e non più l'individuo in quanto appartenente a una determinata classe, casta o gruppo sociale<sup>21</sup>. L'Illuminismo, infatti, concependo gli uomini come individui eguali, dotati di diritti naturali dettati dalla ragione, poneva esso stesso le basi per l'affermazione del concetto di nazione come comunità di eguali. Da qui la matrice razionale dell'idea di nazione che conduceva all'attribuzione a quest'ultima di diritti naturali, costruiti ad immagine e somiglianza di quelli dell'individuo<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> Alla formazione dello stato moderno è stato possibile pervenire attraverso l'eliminazione o l'assorbimento degli ordinamenti giuridici sovra e sottordinati alla società nazionale: tale processo è stato definito da Bobbio di *monopolizzazione della produzione giuridica*. «Se per potere, intendiamo la capacità che hanno certi gruppi sociali di emanare norme di condotta valide per la totalità dei membri di quella comunità e di farle rispettare ricorrendo anche alla forza (il cosiddetto potere coattivo), la formazione dello stato moderno va di pari passo con la formazione di un potere coattivo e pertanto con la graduale soppressione dei centri di potere inferiori e superiori allo stato, il che ha avuto come conseguenza l'eliminazione di ogni centro di produzione giuridica che non fosse quello dello stato medesimo. Se oggi vi è ancora una tendenza ad identificare il diritto con il diritto statale, essa è la conseguenza storica del processo di accentramento del potere normativo e coattivo che ha caratterizzato il sorgere dello stato moderno». N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p.14-15. Vedi anche L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cap. II, Padova, 2007, p.30 ss.

<sup>16</sup> Vedi C. ESPOSITO, *Lo stato e la nazione italiana* in *Archivio di diritto pubblico* 1937, p.409 ss.; F. MEINECKE, *Cosmopolitismo e stato nazionale*, Firenze 1975; F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Bari, 1961 e J. G. FICHTE, *Discorsi alla nazione tedesca*, p.75-78 e 148-53.

<sup>17</sup> «L'esistenza di una nazione è (perdonatemi la metafora) un plebiscito quotidiano come l'esistenza di un individuo è una affermazione perpetua di vita». E. RENAN, *Che cos'è una nazione*, Milano, 1919, p.23-25.

<sup>18</sup> «La parola *nazione* deriva dal latino *natio* che a sua volta viene da *nascor* ed implica pertanto sicuro riferimento all'idea di un'origine comune da un medesimo ceppo (o anche da un medesimo luogo che può costituire sintomo di un medesimo legame di sangue)». V. CRISAFULLI E D. NOCILLA, *Voce «Nazione»* in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p.790. Vedi anche G. F. FERRARI, *Voce «Nazione»* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990, p.1-6.

<sup>19</sup> R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette*, in T. BONAZZI E M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, p. 286. Vedi Articolo 3 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789: «Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani direttamente da essa».

<sup>20</sup> Il principio di eguaglianza davanti alla legge è sancito nelle Costituzioni francesi del 1791, del 1793 e del 1795; nell'articolo 1 della Carta del 1814, nell'articolo 6 della Costituzione belga del 1830 e nell'articolo 24 dello Statuto albertino del 1848. Di eguale portata viene considerato il XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti che vuole assicurata ad ogni cittadino *l'eguale protezione delle leggi*. N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 1986, p.22-28.

<sup>21</sup> «Il principio ha quindi prima di tutto un significato storico, bisogna ricollegarlo non tanto a quello che afferma quanto a quello che nega, bisogna cioè intenderne il valore polemico. Il bersaglio principale dell'affermazione che tutti sono uguali dinanzi alla legge è lo stato di ordini o di ceti in cui i cittadini sono divisi in categorie giuridiche diverse e distinte, disposte in ordine gerarchico rigido, onde le superiori hanno privilegi che le inferiori non hanno». N. BOBBIO, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Milano, 2009, p.904-905.

<sup>22</sup> V. CRISAFULLI E D. NOCILLA, *Op. cit.*, p.793.

Al particolarismo della società dell'*Ancien Régime* subentrano istanze universalistiche che si traducono nell'esigenza di pervenire ad una normazione connotata dai caratteri dell'astrattezza e della generalità<sup>23</sup>.

Sulla scia dell'impostazione ideologica patrimonio della Rivoluzione francese<sup>24</sup>, lo Stato liberale nega e disconosce ogni comunità intermedia che possa frapporsi tra Stato e individuo. Alla negazione del pluralismo interno, si affianca la fede nella concezione statualistica, che considera il diritto come integralmente prodotto o comunque autorizzato dallo stato<sup>25</sup>.

Postulato di tale concezione è l'idea dell'unità-esclusività dell'ordinamento statale. Lo stato, in quanto entità sovrana, detiene la potestà esclusiva di attribuire ad un atto o ad un fatto normativo l'idoneità a produrre norme giuridiche valide<sup>26</sup>.

L'ordinamento statale viene visto come tendenzialmente completo ed esaustivo<sup>27</sup>. In tale ottica tutto il diritto viene ad essere considerato di matrice statale e privo di lacune, cosicché, qualora non fosse possibile applicare alcuna norma ai fini della risoluzione di una determinata controversia, si ricorre a forme di autointegrazione come l'interpretazione estensiva, il procedimento analogico o l'impiego dei principi generali del diritto.

In particolare, la legge costituisce il fulcro del sistema delle fonti di produzione dello stato liberale: in essa si plasmano le manifestazioni di volontà dell'organo parlamentare, che incarnando il principio rappresentativo, agisce in modo quasi "onnipotente", non essendo ancora contemplata alcuna forma di controllo di legittimità costituzionale né di riconoscimento e garanzia di un nucleo intangibile di principi e diritti fondamentali.

Ma l'idea di un ordinamento unico ed unitario, nonché esaustivo ed esclusivo, si rivela essere l'ordinamento di una società monoclasse, ovvero, quella in cui fino ad un certo punto esercita il suo predominio la classe borghese. Nel tentativo di enucleare un'unica società politica, lo stato moderno finisce per generare una profonda scissione tra società politica e società civile.

Mentre nel corso dell'*Ancien Régime* la rappresentanza politica si sostanziava nella rappresentanza di volontà formate all'interno delle singole corporazioni, dei singoli "stati" di cui il rappresentante si faceva semplice latore, nello stato moderno essa è piuttosto una delega ad esprimere una volontà che la massa popolare non è in grado di elaborare e non è neppure chiamata ad elaborare<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Secondo Augusto Cerri l'esigenza più forte che l'affermazione dell'eguaglianza ha portato con sé, deve essere rinvenuta nella necessità di pervenire alla produzione di norme universali attributive di eguali doveri ed eguali diritti in identiche situazioni e non con riferimento a qualità meramente soggettive. L'esigenza di differenziare le discipline delle varie situazioni, in collegamento con l'esigenza di riferire ogni differenziazione a tutti, e cioè di non riferire la differenziazione al soggetto come tale, conduce alla definizione classica di eguaglianza contenuta nell'*Etica Nicomachea* di Aristotele secondo cui, deve essere ricollegato pari trattamento a pari situazioni e diverso trattamento a diverse situazioni. A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila- Roma, 1984, p.48-49.

<sup>24</sup> L'articolo 1 della Legge Le Chapelier del 14 giugno 1791 stabilisce la cancellazione definitiva dell'assetto corporativo: «L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit.»

<sup>25</sup> F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico- Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985.

<sup>26</sup> C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, 1990, p.109.

<sup>27</sup> Bobbio ha osservato come il carattere della completezza dell'ordinamento per come concepito nella tradizione medioevale, è assurdo, nell'ambito della teoria giuridica continentale di origine romanistica, al rango di vero e proprio dogma. Il diritto romano per come enunciato nel *Corpus Iuris Civilis*, viene considerato come il diritto per eccellenza, al quale non c'è nulla da aggiungere e nulla da togliere, perché contiene le regole con le quali il buon interprete è in grado di risolvere tutti i problemi giuridici. Successivamente, a seguito del consolidarsi dello stato moderno, il dogma della completezza diviene parte integrante della concezione che fa della produzione giuridica un monopolio dello stato. Espressione macroscopica di questa volontà di completezza sono state le grandi codificazioni. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.131.

<sup>28</sup> GROSSO, *op.ult.cit.* p.131.

Come dirà qualche anno più tardi Santi Romano nella sua prolusione pisana<sup>29</sup> sulla crisi dello stato moderno, l'ordinamento politico venuto fuori dalla Rivoluzione francese *credette di potere trascurare un quantità di forze sociali che o s'illuse fossero venute meno, o alle quali non diede importanza, considerandole come semplici sopravvivenze storiche, destinate a scomparire in brevissimo tempo. [...] L'organizzazione dello stato moderno si dimostra del tutto deficiente, nel regolare, anzi spesso nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui pur così necessari in ogni società pervenuta ad altro grado di sviluppo.*

Secondo il Romano è dunque nel corporativismo su base professionale che deve essere intravisto il fenomeno più significativo dell'epoca contemporanea<sup>30</sup>.

Anche Kelsen, sottolinea in diverse occasioni la fragilità insita in alcuni dei concetti cardine su cui trova fondamento lo stato moderno. In una serie di scritti degli anni Venti, il giurista viennese definisce il principio rappresentativo *una finzione* e osserva come la volontà statale formata dal parlamento, non costituisce volontà del popolo perché negli stati a regime parlamentare, una volontà del popolo -a parte l'elezione del parlamento- non ha alcuna possibilità di formarsi<sup>31</sup>. Singolari risultano, inoltre, le riflessioni sviluppate da Kelsen in riferimento al concetto classico di sovranità statale che egli decostruisce degradandola ad una mera *ipotesi dell'osservatore*, ovvero, ad un *presupposto di considerazione e di valutazione*<sup>32</sup>.

L'interesse delle scienze sociali e della sociologia giuridica inizia quindi a dirigersi verso lo studio e la valutazione dell'effettiva influenza che le formazioni sociali riescono ad esercitare in ambito politico, sociale ed economico. Negli anni successivi, tali cambiamenti contribuiscono all'affermazione di una nuova visione dell'ordinamento giuridico. Il diritto inizia ad essere considerato come un fenomeno eminentemente sociale, prodotto dalla dinamica delle forze sociali che spingono verso la teorizzazione di un libera ricerca del diritto<sup>33</sup>.

Alle fonti statali vengono contrapposte la consuetudine, la giurisprudenza, l'equità ed anche un nuovo diritto naturale; mentre ai metodi dell'autointegrazione vanno a sostituirsi quelli dell'eterointegrazione (rilevanza di ordinamenti extrastatali o endostatali, fonti diverse dalla legge). In Francia e in Germania la rivolta contro il monopolio statualistico del

<sup>29</sup> S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, Saggi di diritto costituzionale, Milano, 1969.

[http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/Santi\\_Romano\\_Lo\\_stato\\_moderno\\_e\\_la\\_sua\\_crisi.pdf](http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Santi_Romano_Lo_stato_moderno_e_la_sua_crisi.pdf). Vedi anche C. PINELLI, *La costituzione di Santi Romano ed i primi maestri dell'Età Repubblicana*, Rivista AIC, II, 2012, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/la-costituzione-di-santi-romano-e-i-primi-maestri-dell-et-repubblicana>.

<sup>30</sup> «Si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni e di associazioni che a loro volta tendono a collegarsi tra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutte hanno un carattere comune: quello di raggruppare gli individui col criterio della loro professione, o meglio del loro interesse economico. Sono federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza». ROMANO, *op. ult. cit.*

<sup>31</sup> H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, p. 178.

<sup>32</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale (1920)*, Milano, 1989, p.29. Tale visione del concetto di sovranità deve essere inquadrata nel contesto della costruzione kelseniana di una teoria delle relazioni tra ordinamenti statali ed ordinamento internazionale, improntata al monismo con primato del diritto internazionale. Modello che, secondo Kelsen avrebbe dovuto condurre alla realizzazione del principio pacifista a detrimento delle politiche imperialistiche ritenute di contro, trovare il proprio fondamento di legittimità nella visione dualista delle relazioni interordinamentali. Cfr. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, (Traduzione italiana di *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, di G. BUZZATI), Torino, 1913, D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale (1923)*, Padova, 1964, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967.

<sup>33</sup> N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.139-140; MODUGNO, *op. ult. cit.*, p.195.

diritto viene condotta dalla scuola del diritto libero che ha in Eugen Ehrlich<sup>34</sup> uno dei suoi massimi esponenti.

I sostenitori della nuova scuola affermano che il diritto positivo è pieno di lacune e per riempirle bisogna affidarsi al potere creativo del giudice, cioè di colui che è chiamato a risolvere gli infiniti casi che i rapporti sociali suscitano, al di là ed al di fuori di ogni regola preconstituita.

Tale atteggiamento critico scaturisce dalla constatazione circa il processo di progressivo invecchiamento dei contenuti dei codici, che finiscono per risultare sempre meno adatti a fornire risposte giuridicamente adeguate alle esigenze poste da una società che l'industrializzazione ha profondamente trasformato. Dallo sfasamento tra diritto positivo e realtà sociale nasce la polemica contro lo stato e la scoperta della società al di sotto dello stato.

Sulla base di queste premesse il pensiero marxista e quello dei sociologi positivisti demoliranno il monismo statualistico che aveva avuto la sua espressione più intransigente nella filosofia hegeliana.

La sempre maggiore rilevanza che sul piano sociale sono venuti ad assumere gli ordinamenti diversi da quello statale, spinge la scienza giuridica a superare il punto di vista statalistico per approdare alla tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, ovvero, della socialità del diritto<sup>35</sup>.

Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici si afferma in Italia grazie ai preziosi contributi teorici sviluppati da Santi Romano<sup>36</sup>.

La teoria istituzionalistica, rinvenendo in qualsiasi gruppo organizzato dotato di propria autonomia normativa, un'istituzione e dunque un ordinamento giuridico, ebbe il merito di spezzare il cerchio chiuso della teoria statualistica del diritto, che considerava come diritto, soltanto quello statale e ambito di applicazione del diritto solo l'ambito dello stato<sup>37</sup>.

Il pluralismo giuridico diviene il paradigma attraverso cui si cerca di fornire un inquadramento teorico alla straordinaria accelerazione del processo di mutamento sociale verificatasi nel corso del XIX secolo. Mutamento che vede il fiorire di numerose aggregazioni sociali fondate su ruoli acquisiti e che pone altresì la necessità di inquadrare giuridicamente la formazione "artificiale" dei corrispondenti sistemi di ruoli<sup>38</sup>.

Il carattere multiculturale che connota la società odierna implica una ridefinizione delle relazioni fra ordinamenti giuridici diversi. Emerge un continuo *shifting* fra diritto dello Stato e altri diritti, in particolare quelli delle varie comunità etniche e religiose<sup>39</sup>. Il diritto statale non può più essere visto come una regola razionale durevole, certa e basata su rapporti intersoggettivi, in una società in cui cambia velocemente la natura di tali rapporti. Si pone, dunque, l'impellente esigenza di colmare le lacune presenti nel sistema giuridico ed il bisogno di ricercare meccanismi di adeguamento dell'ordinamento alle sempre nuove esigenze sociali (nomodinamica).

Da qui l'idea Kelseniana dell'ordinamento come tecnica sociale<sup>40</sup>, per cui spetta al diritto positivo il compito di guidare il mutamento attraverso la formulazione di strategie di politica sociale. In tal senso ci pare condivisibile la dottrina che vede nel pluralismo giuridico il paradigma che allo stato attuale riesce meglio di qualunque altro a far emergere i conflitti in atto, così come quelle contraddizioni che non riescono a dare luogo a un vero e proprio

<sup>34</sup> Avendo il diritto, la natura di fenomeno sociale, prodotto dalla società e non solo dallo stato, il giudice ed il giurista erano chiamati a ricavare le regole giuridiche adeguate ai nuovi bisogni, non nelle regole morte e cristallizzate nei codici, bensì nello studio della società e della dinamica dei rapporti tra le diverse forze sociali. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.25.

<sup>35</sup> F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico...*, p.198.

<sup>36</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p.106.

<sup>37</sup> N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p.13.

<sup>38</sup> M. CORSALE, *Voce «Pluralismo giuridico»*, in Enc. dir., Vol. XXXIII, Milano, 1983, p.1012 ss.

<sup>39</sup> DONATI, *op. cit.* p.10.

<sup>40</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 2009.

conflitto, ma generano un disagio sociale potenzialmente esplosivo<sup>41</sup>. E' il caso dei mutamenti generati dall'emergente pluralismo culturale<sup>42</sup> che caratterizza la nostra società.

#### **4. Il principio pluralista quale garanzia di "diversità"**

Ragionando dalla prospettiva dell'ordinamento italiano, ci muoviamo nel contesto della tradizione giuridica occidentale<sup>43</sup>, sviluppatasi a ridosso del cammino storico che, partendo dalla Rivoluzione Francese e passando attraverso i due conflitti mondiali, ha visto il moderno stato nazionale, evolversi gradualmente in Stato costituzionale<sup>44</sup>.

Tale visuale si riconduce, infatti, alla dottrina universalistica di cui si fa portatrice la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. Alla luce dei principi in essa contenuti le costituzioni europee del Dopoguerra riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili degli individui e la loro pari dignità sociale<sup>45</sup>.

In particolare la dottrina dei diritti umani si sviluppa in netta contrapposizione a quei movimenti che avevano strumentalizzato il concetto di diritto delle minoranze ai fini dell'attuazione di politiche di potenza (nazismo) e di discriminazione razziale.

Al principio personalistico si affianca quello solidaristico: insieme alla centralità della persona umana assume rilevanza costituzionale la dimensione sociale comunitaria<sup>46</sup>.

Profondi mutamenti segnano il sistema italiano delle fonti di produzione, l'insieme dei valori e dei principi sottesi alla nuova forma di stato repubblicana. In particolare, l'affermarsi del principio di eguaglianza sostanziale insieme a quello pluralista costituiscono il presupposto giuridico su cui va a fondarsi la tutela delle minoranze linguistiche (art.6 Cost.) confessionali (art. 8 e 19 Cost.) e delle istanze culturali (art. 2 e art. 9 Cost.)

Esiste dunque una stretta relazione tra pluralità degli ordinamenti giuridici e pluralismo sociale, istituzionale e culturale. Il processo che conduce all'emersione di molteplici gruppi sociali portatori di interessi in conflitto, parte dalla seconda metà dell'Ottocento, e segnatamente con l'affermarsi della Rivoluzione industriale che mette a dura prova la vacillante impalcatura ordinamentale fondata sul principio della sovranità della nazione.

Con l'emergere della questione sociale legata alla grande industria e all'organizzazione del lavoro, le classi economico sociali fino ad allora rimaste fuori dall'agone politico, iniziano ad organizzarsi per fare sentire la loro voce nei processi decisionali incidenti sui loro interessi e per rivendicare maggiori tutele da parte dei poteri statali.

La Costituzione del '48 andrà a recepire tali istanze ponendo lo sviluppo della persona al centro dell'organizzazione sociale sottesa all'ordinamento giuridico italiano. Riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'individuo in quanto tale e nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, l'articolo 2 Cost. segna un importante cambiamento di

<sup>41</sup> CORSALE, *op. cit.*, p.1022.

<sup>42</sup> «Se per cultura intendiamo l'insieme dei codici che permettono di attribuire significati ai comportamenti istituzionalizzati all'interno di un contesto sociale, possiamo affermare che si ha pluralismo culturale o pluralità di culture quando all'interno di un sistema sociale globale vigono più sistemi di codici del tipo suddetto». CORSALE, *op. cit.*, p.1024

<sup>43</sup> «L'applicazione alle etnie del concetto di nazione costituisce un prodotto proprio della cultura occidentale, maturato in una certa area ed in un certo periodo storico, pur se poi impiegato, più o meno felicemente e opportunamente, anche con riferimento alle aree meno influenzate da tale cultura». A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, p.59 e A. D. SMITH, *Le origini etniche delle nazioni*, Bologna, 1992, p.35.

<sup>44</sup> P. HABERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, p. 33 e E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006.

<sup>45</sup> Articolo 3 comma 1 della Costituzione italiana, articolo 1 comma 1 della Legge Fondamentale tedesca.

<sup>46</sup> C. MORTATI, *La persona, lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971 ed anche P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna 1966, F. TÖNNIES, *Comunità e società*, Milano, 1979.

prospettiva sul fronte dei rapporti autorità- libertà. Viene abbandonato il retaggio giuridico - culturale del periodo liberale che concepiva i diritti, quale forma di difesa della sfera individuale da ingerenze del potere esecutivo, sulla base del postulato della preesistenza o dell'antiorità logica dello stato-legislatore rispetto ai diritti fondamentali del cittadino<sup>47</sup>. L'idea che ad essere inviolabili fossero le supreme istituzioni costituzionali e il monarca, cede il passo al concetto d'invulnerabilità dei diritti dell'uomo sviluppato dalla tradizione anglo-americana che li considera valori anteriori o superiori rispetto ad ogni potere pubblico<sup>48</sup>. A tale risultato fu possibile pervenire grazie alla rinuncia dei cattolici a definire i diritti inviolabili come naturali, nonché, a quella delle sinistre ad una democrazia fondata sull'onnipotenza del parlamento<sup>49</sup>.

Il concetto d'invulnerabilità confluito in Costituzione deriva dalla tradizione dei *diritti dell'uomo e del cittadino* che presupponeva l'impossibilità giuridica dei poteri pubblici di eliminare, modificare o comunque di comprimere sostanzialmente il contenuto delle disposizioni in materia di diritti. Prima di transitare sulla sfera dei diritti, l'invulnerabilità, costituiva una tipica connotazione del monarca, inteso come organo supremo dello stato che doveva in quanto tale, essere sottratto a qualsiasi valutazione politica o atto, suscettibile di mettere in discussione la sua posizione costituzionale. I diritti inviolabili hanno attualmente assunto il significato di valori primari intangibili nel loro nucleo assiologico sia da parte di qualsiasi soggetto privato, che di qualsiasi potere costituito anche di revisione costituzionale. Essi rappresentano i valori fondanti di una democrazia pluralistica in cui i poteri decisori delle maggioranze risultano limitati *in primis* dal rispetto dei diritti e delle libertà dei singoli e dei gruppi sociali<sup>50</sup>.

La vasta gamma di corpi intermedi definiti nell'art.2 della Costituzione, *formazioni sociali*, viene ritenuta essere sede privilegiata dello svolgimento della personalità e strumento di

<sup>47</sup> A. BALDASSARRE, *Voce «Diritti inviolabili»* in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XI, 1989, p.16. Vedi anche A. BARBERA, *Articolo 2*, in Commentario della Costituzione, G. BRANCA, (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975, p. 105 e 109 e S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p.14.

<sup>48</sup> La preesistenza dei diritti rispetto allo stato, è stata da alcuni ritenuta trovare fondamento, oltre che su basi giusnaturalistiche, anche su basi storiche, in ragione del principio che vede l'ordinamento positivo recepire quanto emerge da una cultura civile che lo precede. Vedere intervento On. Marchesi, in Atti Assemblea Costituente, Prima Sottocommissione, 11 settembre 1946, p.32 e 9 settembre 1946 p.16. Vedere anche P. CALAMANDREI, *La crisi della libertà*, introduzione a F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, 1975, p. XX- XXIV.

<sup>49</sup> All'accoglimento di tale accezione, l'Assemblea Costituente, pervenne dopo un acceso dibattito che ebbe come protagonisti tre grandi schieramenti: il cattolico, deciso sostenitore del pluralismo sociale, il socialista-comunista a favore dei diritti individuali e sociali connessi al principio della sovranità popolare, nonché il laico che difendeva l'idea giusnaturalistica della primarietà dell'individuo in quanto tale. Il minimo comune denominatore dal quale prese avvio il confronto tra le diverse componenti, fu l'Ordine del giorno Dossetti. Esponente della sinistra cattolica, Dossetti propose all'Assemblea di ragionare su tre principi cardine: l'antiorità della persona rispetto allo stato, il rango parimenti primario dei valori della dignità umana e di socialità-solidarietà, l'antiorità dei diritti della persona e delle comunità sociali rispetto allo stato. (Cfr. Intervento On. Giuseppe Dossetti in Atti Assemblea Costituente, Seduta I Sottocommissione, 9 settembre 1946, p. 21). A tale riflessione si aggiunse un altro testo, formulato dal democristiano, La Pira e dal socialista Basso, che se per molti versi riecheggiava l'o. d. g. Dossetti, da esso si distingueva per una più marcata presa di distanza dalla teoria del diritto naturale. Nella versione definitiva confluita nell'articolo 6 del Progetto, si afferma l'esistenza di un nucleo di diritti supremi, superiori alla legge, immutabili ed ineliminabili neppure dal potere di revisione costituzionale, secondo quella che nelle sedute precedenti era stata la configurazione proposta da Piero Calamandrei del Partito d'Azione. Non viene, invece, accolta l'idea del giurista fiorentino di porre i diritti sociali in un preambolo alla Costituzione, né quella di attribuirgli un valore meramente programmatico e d'indirizzo. La disposizione sui diritti inviolabili non a caso confluirà, invece, all'articolo 2, ovvero, subito dopo l'enunciazione del principio democratico e immediatamente prima del principio di eguaglianza, proprio a volere denotare come i diritti inviolabili costituiscano il presupposto di una democrazia connotata in modo incontrovertibile dal carattere pluralista. A tal proposito Aldo Moro osservò come: «[...] La libertà dell'uomo è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà una astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale». (Intervento On. Aldo Moro, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta I Sottocommissione, 24 marzo 1947, p. 2416.).

<sup>50</sup> A. BALDASSARRE, *Voce «Diritti inviolabili»*, in Enciclopedia Giuridica Vol. XI, Treccani 1989, p.10, 27, 29.

partecipazione alla vita economica, sociale e politica del paese. Il principio pluralista costituisce una delle garanzie costituzionali qualificanti la forma di stato dell'ordinamento italiano<sup>51</sup>.

La forma di stato sociale che trova nella Costituzione del 1948 il suo fondamento, rappresenta il superamento di quell'individualismo di matrice liberale che, postulando un rapporto diretto tra stato e individuo, intravedeva nei corpi intermedi, dei soggetti capaci di mettere in discussione gli assetti di potere costituiti e, per questa via, di compromettere l'egemonia borghese all'interno della società liberale. All'individuo, da singolo immediatamente imputabile di diritti e di doveri in relazione con l'autorità costituita, subentra una concezione personalista che lo pone destinatario di una molteplicità di relazioni da cui prendono forma organizzazioni autonome dallo stato e a loro volta titolari di diritti<sup>52</sup>.

Il concetto di persona ed i valori ad esso riconducibili rappresentano quel nucleo assiologico primigenio, quel *dover essere* o quell'*a priori* positivo senza il quale non è possibile concepire una democrazia pluralistica, vale a dire una democrazia che, lungi dall'esaurirsi nel mero parlamentarismo o nel principio di maggioranza, limita piuttosto lo strapotere di questi con una serie di garanzie a tutela del *pluralismo sociale e istituzionale*. In tal senso viene garantito il valore primario della persona considerata sia singolarmente che come parte di formazioni sociali.

Intesa come unità di relazioni sociali *emancipate dal dominio*, la tutela della persona si pone in un rapporto di diretto condizionamento con la più generale garanzia dell'autodeterminazione collettiva, quella della democrazia<sup>53</sup>.

## **5. Le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell'individuo**

Al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo come singolo, i costituenti, affiancano il riconoscimento di tali situazioni giuridiche positive anche all'interno delle formazioni sociali, intendendo così conferire un rilievo costituzionale ai gruppi sociali in cui si esplica la personalità individuale<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. C. MORTATI, *La persona, lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, p. 32.

<sup>52</sup> V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in, Manuale di diritto pubblico I, G. AMATO A. BARBERA (a cura di), p.101. Tale posizione è stata messa in discussione da una parte della dottrina. Per un'analisi esaustiva si rimanda ad A. BALDASSARRE, *Voce «Diritti inviolabili»* in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XI, 1989, p. 17.

<sup>53</sup> A. BALDASSARRE, *Voce «Diritti inviolabili»*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XI, 1989, p.16.

<sup>54</sup> L'articolo 2 tutela i diritti inviolabili anche all'interno delle formazioni sociali e negli ordinamenti speciali. Vedere sentenza Corte cost. n. 132/1985 in particolare punto 4,1 del considerato in diritto. «I diritti che s'inquadrano nello schema di questa disposizione costituzionale sono riconosciuti non solo al singolo, ma all'uomo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, ivi inclusa quella naturale società, fondata sul matrimonio, che, secondo la definizione dello stesso costituente, è la famiglia». Ed ancora le sentenze nn.185/1986, 8/1996. Per l'ordinamento militare vedere Corte cost. nn.126/1985, 37/1992, 449/1999, 332/2000, 445/2002, per l'ordinamento penitenziario n. 349/1993, 26/1999, 341/2006. S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p.14.

Le formazioni sociali vengono riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali, ma nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona<sup>55</sup> o nella misura in cui garantiscano la tutela di *interessi diffusi*<sup>56</sup> rilevanti costituzionalmente<sup>57</sup>. Secondo parte della dottrina<sup>58</sup> nel novero delle formazioni sociali a cui è accordata la garanzia costituzionale, devono essere incluse sia le associazioni di carattere volontaristico che gli enti territoriali (regioni, comuni, province)<sup>59</sup>. Diversamente, da altri<sup>60</sup> è stato ritenuto che solo le società intermedie costituite su base volontaria abbiano rilievo costituzionale in ragione dell'assunto che elementi necessari ai fini di tale caratterizzazione siano lo spontaneo costituirsi di un gruppo di individui ed il loro assoggettamento ad un regime di diritto privato.

<sup>55</sup> A. BALDASSARRE, *Voce «Diritti inviolabili»* in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XI, 1989, p. 16. Contra vedi C. PINELLI, *Nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità* in I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale, R. BIN E C. PINELLI (a cura di), Torino, 1996, p.209. Pinelli sostiene la non equivalenza della proposizione contenuta nell'articolo 2 Cost. dove si parla dell'uomo che *svolge la sua personalità in formazioni sociali* e il *pieno sviluppo della persona umana* dell'art.3 Cost. «Nel primo caso la Costituzione presuppone che, riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo, la sua personalità continui a svolgersi nelle formazioni sociali senza esprimere alcun giudizio sul modo dello svolgimento. Nel secondo caso presuppone, esprimendo un giudizio di valore, che lo sviluppo della persona non potrà essere pieno, ma limitato di fatto, quanto alla libertà e all'eguaglianza dei cittadini, in assenza della rimozione di detti ostacoli da parte dei pubblici poteri».

<sup>56</sup> Per la definizione di interesse diffuso vedi T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 4, G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993, p. 190, e A. MAZZITELLI, *Libertà di associazione e tutela dell'ambiente: spunti introduttivi*, in I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale, R. BIN E C. PINELLI (a cura di), Torino, 1996, p.189-193. «Il tratto caratteristico comune (agli interessi diffusi) è rappresentato dal fatto di essere riconducibili a valori costituzionali primari, di cui si sono fatti portatori soggetti privati con l'obiettivo di sensibilizzare l'opinione pubblica e non solo, e la cui azione coincide con l'attività dei pubblici poteri». In riferimento al rilievo assunto nel nostro ordinamento dalle maggiori associazioni ambientaliste, l'autore osserva come, se per un verso esse hanno avuto il merito di aver fatto emergere problematiche che la nostra cultura politica e giuridica in parte trascurava, per un altro, il loro riconoscimento, iscrivendosi a pieno titolo nel fenomeno di istituzionalizzazione dei centri di riferimento di interessi privati, ha posto numerosi problemi circa i rapporti tra stato e società e il ruolo delle formazioni sociali. In base al dettato dell'articolo 8 della legge n. 349/1986 in materia ambientale e all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 641/1987, la legittimazione ad agire per danno ambientale attribuita allo stato ed agli enti territoriali minori, [...] trova fondamento nella loro funzione a tutela della collettività e delle comunità nel proprio ambito territoriale e degli interessi all'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio che ad essi fanno capo. Da tali premesse e alla luce della tradizionale interpretazione dell'articolo 24 Cost., la tutela dell'ambiente andrebbe riconosciuta esclusivamente allo stato-persona. In realtà, come ha invece, dichiarato la Corte costituzionale, l'ambiente appartiene alla categoria dei beni liberi fruibili dalla collettività e dai singoli, quindi bene comune e della collettività la cui titolarità andrebbe imputata allo Stato- Comunità nei termini in cui si evince dal combinato disposto degli articoli 9 e 32 Cost. mentre lo Stato- persona ricoprirebbe un ruolo di strumentalità rispetto all'interesse della collettività. Per quanto attiene poi la possibilità di intervenire nei giudizi per danno ambientale, sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, e di ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi, questa viene riconosciuta soltanto alle associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale ed a quelle presenti in almeno cinque regioni. Tali associazioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente (art. 13,1 e art. 18,3 e 18,4 legge n.349/1986). Facendo leva sul contenuto di alcune pronunce del giudice delle leggi (sent. nn. 8/1962, 7/1972, 417/1993), l'autore auspica un riconoscimento più ampio alle finalità delle comunità intermedie a base volontaria carenti della necessaria dimensione nazionale, ovvero, un minore apprezzamento della dote organizzativa a tutto vantaggio della partecipazione e dello sviluppo della persona.

<sup>57</sup> A. BARBERA, *Commento all'art.2*, in Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 105 e 109, e S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 2008, p.13-14., In senso contrario vedi V. P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Padova, 1966, p. 43.

<sup>58</sup> C. MORTATI, *La persona lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, p.79. L'autore sottolinea la difficoltà di mantenere ferma una distinzione tra le due categorie considerato «Il carattere funzionale che anche associazioni di natura privatistica assumono quando abbiano ad oggetto la soddisfazione di esigenze diffuse nella società, e quindi l'interesse dello Stato a qualche controllo e ad interventi nella loro attività e, dall'altra il diffondersi della tendenza a fornire di speciali garanzie costituzionali le autonomie degli enti pubblicistici così da sottrarli all'asservimento del potere centrale e consentire la libera esplicazione di un

Parte della dottrina<sup>61</sup> ha poi individuato nell'intermediazione delle formazioni sociali tra apparato e cittadino, un valore e un metodo nuovo di concepire ed esercitare la sovranità. Nelle *democrazie sociali* e nei regimi interventisti succeduti alle democrazie formali di stampo liberale, il pluralismo sociale, diviene una componente necessaria della concezione di una sovranità *dal basso*<sup>62</sup>.

Altra autorevole dottrina,<sup>63</sup> vede le formazioni sociali quale momento di sintesi nella definizione della volontà politica statale<sup>64</sup>.

Le formazioni sociali, se da un lato *soddisfano il naturale spirito associativo dell'uomo e consentono la consapevole ed efficiente partecipazione dei singoli alla vita dell'apparato autoritario*, dall'altra pongono in essere delle istanze di difesa rispetto all'arbitrio di questo, in particolare rispetto ad eventuali attacchi che le autorità pubbliche potrebbero perpetrare a danno della persona umana. Le formazioni sociali si caratterizzano, infatti, per la funzione formativa della persona, che sono chiamate a svolgere, da quando dopo la caduta dei regimi aristocratici e totalitari essa è assunta al rango di valore fondativo dello Stato personalista<sup>65</sup>.

Le Carte dei diritti liberali<sup>66</sup> intendevano tutelare l'individuo come monade, ovvero, soggetto astratto che in quel momento storico necessitava di essere liberato dalle *bardature derivanti da un potere politico e da un diritto pubblico autoritario ed onnivadente*<sup>67</sup>. Il loro obiettivo era, infatti, quello di stabilire degli spazi di azione individuali liberi dall'intervento pubblico e porre le premesse per la collocazione giuridica dell'autonomia privata.<sup>68</sup>

Da qui la forte diffidenza che i regimi liberali nutrivano nei confronti delle aggregazioni di natura associativa. Se, infatti, nel periodo statutario viene garantito il *diritto ad adunarsi pacificamente*<sup>69</sup> risultano al contempo estesissimi i poteri di controllo preventivo e repressivo esercitati dallo stato.

Tali garanzie minime accordate al diritto di riunione verranno ulteriormente svilite dal regime fascista. Attraverso un'ampia dilatazione degli illeciti associativi e l'introduzione di numerosi controlli di natura amministrativa sulle associazioni, il fascismo spiana la strada ad una massiccia tutela in positivo di certe categorie di associazioni, che saranno

---

proprio indirizzo politico». In senso conforme vedi anche T. MARTINES, *op. ult. cit.*, p.505. A. BARBERA, *Commento all'art.2*, in Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1975, p.109.

<sup>59</sup> Il carattere pluralista del nostro ordinamento si manifesta, inoltre, attraverso il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali (articolo 5 Cost.). Rispetto allo stato liberale che conserva anche nella sua parentesi fascista una struttura accentrata, lo stato sociale repubblicano si connota, per il suo carattere decentrato, riconoscendo il principio del pluralismo autonomistico e attribuendo agli enti locali una propria potestà normativa.

<sup>60</sup> RESCIGNO, *Persona e comunità*, p. 43.

<sup>61</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 605.

<sup>62</sup> Quest'ultima segnerà un profondo tratto di rottura rispetto alla visione Ottocentesca dei rapporti di potere che erano fondati su una concezione della sovranità proveniente dall'alto.

<sup>63</sup> C. MORTATI, *La persona lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, p. 75-80.

<sup>64</sup> «Lo stato di massa non potrebbe riuscire al coordinamento dei vari interessi che si manifestano nel suo seno se imponesse esclusivamente dall'alto tale coordinamento e non si giovasse invece del concorso dei gruppi. Infatti la solidarietà, per riuscire vitale, deve scaturire non già dalla artificiosa eliminazione dei motivi di contrasto che esistono nella società, ma, invece, dal dar loro pienezza di espressione». C. MORTATI, *op. ult. cit.* p.76.

<sup>65</sup> C. MORTATI, *op. ult. cit.* p.75-76. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975, p.1158 ss.

<sup>66</sup> Vedi la Costituzione francese del 1791, la Costituzione belga del 1930 e lo Statuto albertino del 1948.

<sup>67</sup> A. BALDASSARRE, *Voce «Diritti inviolabili»* in Enciclopedia Giuridica Treccani vol. XI, 1989, p. 15.

<sup>68</sup> BALDASSARRE, *op. ult. cit.*

<sup>69</sup> Articolo 32 dello Statuto Albertino.

funzionali all'affermazione e al consolidamento del regime, divenendo dei veri e propri strumenti di politica statale<sup>70</sup>.

Una volta crollato il regime fascista e conclusasi la vicenda bellica, nel corso del processo costituente, i Padri fondatori della Repubblica, pur se coscienti del diverso e rilevante ruolo che le formazioni sociali avrebbero dovuto avere nel nuovo assetto ordinamentale, dovettero ugualmente fare i conti con la pesante tradizione culturale e giuridica ereditata dal periodo liberale e dal ventennio<sup>71</sup>. Con l'avvento dello stato democratico si sviluppa una nuova concezione della libertà individuale: la libertà negativa di stampo liberale cede il passo alla libertà positiva che presuppone l'autodecisione individuale e collettiva<sup>72</sup>.

La libertà di associazione stabilita all'articolo 18 Cost<sup>73</sup>, è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale meritevole di tutela come diritto inviolabile<sup>74</sup>.

L'associazione è un gruppo che si costituisce con l'adesione dei suoi membri al fine di operare insieme e coordinatamente in vista di uno scopo, secondo regole riconducibili alla volontà di questi. L'associazione si connota per il carattere volontario che la contraddistingue fin dall'inizio. Diversamente, la formazione sociale (art.2 Cost.) è un concetto più ampio che comprende l'associazione ma anche fenomeni diversi (azienda, ufficio, scuola, famiglia, confessione religiosa, minoranza etnica) nei quali non esiste un accordo iniziale tra gli individui che compongono il gruppo né un coordinamento autonomo e su base consensuale paritaria fra di essi. Pare, infatti, condivisibile la tesi dell'Esposito<sup>75</sup> a cui anche il Cerri aderisce e che considera il concetto di associazione contenuto nell'articolo 18 Cost. come non coincidente con quello enunciato all'art. 14 c.c. in quanto comprendente rapporti consensuali/convenzionali anche quando non abbiano un contenuto patrimoniale e dunque non integrino un vero contratto<sup>76</sup>.

Principio ispiratore della disciplina costituzionale dell'associazionismo è dato dall'autonomia delle formazioni sociali che viene tutelata attraverso l'astensione dello Stato da interventi limitativi della stessa<sup>77</sup>.

L'autonomia delle formazioni sociali presuppone un comportamento astensivo o omissivo da parte delle autorità. L'assetto normativo previsto in materia di formazioni sociali è stato

---

<sup>70</sup> G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993, p.89-90.

<sup>71</sup> A tal proposito, interessante risulta la tesi sostenuta dal Paladin secondo cui tra l'ordinamento fascista e il regime statuario non sarebbe intervenuta alcuna frattura radicale e ciò in ragione del fatto che «Le leggi di prima e principalmente lo Statuto hanno continuato a vigere dopo la "marcia su Roma", venendo soltanto sostituite in questa o quella parte; l'apparato amministrativo ha continuato a funzionare; lo stesso stato Persona ha mantenuto al suo vertice il Re». L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 2007, p. 86.

<sup>72</sup> In sede costituente la componente cattolica si fece sostenitrice di una proposta di valorizzazione delle formazioni sociali quale forma di garanzia della persona umana. A tal proposito vedere intervento dell'Onorevole A. Moro, Atti Assemblea Costituente, seduta del 24 marzo 1947, p. 2416 e intervento On. G. La Pira, Atti Assemblea Costituente, seduta dell'11 marzo 1947, p.1986.

<sup>73</sup> Sia il Barile che il Mortati concordano nel ritenere che le associazioni costituite esclusivamente da stranieri godano della libertà ex. art. 18 Cost., ma siano costituzionalmente irrilevanti. P. BARILE, *Voce « Associazione (diritto di)»* Enc. dir. Milano, 1952, vol. III, p.845 e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, p.1160. Tuttavia se si considera il concetto di cittadino, alla luce dell'interpretazione dell'art. 3 Cost. fornita dalla Corte costituzionale (sentenze nn.120/1967, 104/1969, 144/1970, 46/1977, 54/1979, 28/1995, 203/1997, 376/2000 e sentenza 239/1984 sul divieto di distinzioni normative fondate su motivi razziali) si dovrà intendere la parola cittadino come equivalente a quella di individuo. Dall'inclusione degli stranieri nell'ambito soggettivo di applicazione del principio di eguaglianza, sarebbe così possibile ricavare la piena titolarità, che ad essi deve essere riconosciuta, della libertà di associazione ex. art.18, in quanto consolidata giurisprudenza costituzionale ha affermato che il godimento dei diritti civili ed economici, non discende dalla titolarità dello status di cittadinanza.

<sup>74</sup> Sentenza della Corte costituzionale n. 239/1984, in particolare punto 8 del considerato in diritto.

<sup>75</sup> C. ESPOSITO, *Lo stato fascista e le associazioni*, Padova, 1933.

<sup>76</sup> A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2006, p.478.

<sup>77</sup> Le confessioni religiose, la famiglia, la scuola, le comunità del lavoro e i partiti che si danno ordinamenti autonomi nell'ambito dell'ordinamento statale devono rispettare il principio di eguaglianza formale e di libertà

criticato da un'autorevole dottrina<sup>78</sup> che ha accusato i Padri Fondatori di essere stati *accurati nel garantire la libertà di associazione, ma lontani dal porsi seriamente il problema della libertà degli associati, nonché, più portati a garantire l'autonomia delle formazioni sociali dal potere pubblico che la loro partecipazione a tale potere*. Il limite più grande della disciplina costituzionale delle libertà civili sarebbe da rinvenire nel loro essere libertà dallo stato e quindi regolamentate solo nell'ottica del rapporto autorità-libertà.

Un'altra dottrina<sup>79</sup> più recente, ha corredato il precedente giudizio critico di alcune attenuanti. Se per un verso deve essere accolta la tesi che considera la disciplina costituzionale sul pluralismo, non corrispondente alle potenzialità che il regime di tutela in positivo delle formazioni sociali sembrava possedere, dall'altro si deve rilevare come, in quella fase della storia costituzionale italiana, non vi fossero le premesse politiche e culturali per la produzione di una normazione che andasse oltre la previsione di tutele in negativo.

La propensione verso forme di tutela in positivo delle associazioni che perseguono fini di interesse generale si manifesta nel nostro ordinamento a partire dagli anni Settanta. Dopo il fallimento dei tentativi di programmazione economica, si allarga in misura significativa quel solco che a causa delle trasformazioni apportate dall'avvento della società industriale e dalle innovazioni tecnologiche, tendeva a segnare una grossa frattura tra lo Stato apparato e la società civile.

A fronte di un profondo mutamento nella composizione sociale e all'emergere di nuovi bisogni, lo Stato, i partiti e le formazioni sociali tradizionali non riescono a dare delle risposte alla domanda di tutela di interessi diffusi e collettivi.

Se il decennio 1948-1958 è caratterizzato dal ruolo egemonico dei partiti che ricopriranno un ruolo fondamentale nella ricostruzione socio-economica del paese, con la fine degli anni Sessanta, in coincidenza con forti trasformazioni sociali e culturali si manifesta la crisi del sistema dei partiti di massa. Crisi che si verifica in concomitanza con l'affermazione di nuovi bisogni di cui si farà portatore il movimento associazionistico, prima su base spontanea e poi su base volontaria.

Tale sviluppo trova un sicuro riscontro in taluni enunciati costituzionali i quali consentiranno alle formazioni sociali su base volontaria di costituirsi e perseguire le proprie finalità<sup>80</sup>.

Nel contesto italiano emergono tra gli anni Sessanta e Settanta una serie di nuovi soggetti collettivi impegnati per la difesa di interessi che fino ad allora non avevano avuto voce, come il diritto allo studio, la tutela del lavoro, della salute, dei consumatori, dei cittadini e dell'ambiente.

La costituzione di alcuni movimenti ed i successi da essi ottenuti in quegli anni daranno un forte impulso alla successiva nascita di associazioni che in tempi più recenti si struttureranno e articoleranno su tutto il territorio nazionale fino a dare vita a dei veri e propri partiti politici<sup>81</sup>.

---

personale. MARTINES, *op. ult. cit.*

<sup>78</sup> A. BARBERA, *Commento all'art.2, in Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1975, p. 59.

<sup>79</sup> «L'esigenza di superare un liberalismo diffidente verso le associazioni e di prevenire un soffocante totalitarismo di fresca memoria, i moduli dominanti del diritto comparato dell'anteguerra e le culture istituzionali proprie delle esperienze liberal-democratiche uniformate al principio della libertà di associazione, le condizioni socio-politiche del tempo e l'assetto dell'associazionismo caratterizzato nel periodo da una sua scarsa incidenza nella dinamica costituzionale: [...] tutto ciò sembra che giustifichi la decisione del Costituente di dare vita ad un regime in negativo delle associazioni». G. GEMMA, *op. ult. cit.* p.108-112.

<sup>80</sup> Cfr. art. 2 e art.18 Cost.

<sup>81</sup> Il riferimento è al movimento ambientalista ed alle associazioni ambientaliste che confluiranno nel partito dei Verdi.

Ne è quindi risultata una crescente politicizzazione del fenomeno associativo che è riuscito ad acquisire negli anni un maggiore rilievo costituzionale<sup>82</sup>. L'attitudine delle associazioni a promuovere e ad attuare programmi d'intervento nella sfera pubblica ne ha fatto degli attori collettivi in grado di incidere nelle relazioni tra autorità e libertà e di farsi portatori di una nuova cultura dello stato sociale. In tale contesto si affermerà una prassi politica volta alla promozione dei fenomeni associativi con finalità costituzionalmente rilevanti, funzionale pure ad accrescere la partecipazione alla vita del paese.

Accanto al profilo positivo contenuto nell'articolo 18 Cost. la Corte costituzionale, attraverso un'interpretazione evolutiva del concetto di libertà d'associazione, ha desunto dal precetto costituzionale un aspetto negativo consistente nella libertà di non associarsi. Nella sentenza n.69 del 1962<sup>83</sup> la Corte<sup>84</sup> ha rilevato la sussistenza di tale profilo attraverso la valutazione del contesto storico in cui l'articolo 18 trasse origine, segnato come fu dal clima di forte reazione al regime totalitario ed alle sue strutture corporative. La Corte ha ammesso l'esistenza di enti pubblici a struttura associativa<sup>85</sup>, sempre che non compromettano libertà e principi coperti da garanzia costituzionale ed a patto che il fine pubblico non sia pretestuoso. In tal senso la libertà negativa incontra una serie di limiti non definibili una volta per tutte. La difficoltà di formulare nella materia principi generali ed astratti, ha indotto la Corte a concludere che il giudizio sulla legittimità costituzionale dei limiti alla libertà di associazione richiede un'analisi da effettuare caso per caso<sup>86</sup>. Diversamente, autorevole dottrina ha ritenuto maggiormente persuasivo il ricondurre la garanzia della libertà negativa a quella della libertà positiva: solo ciò che è vietato ai singoli può essere svolto da un ente pubblico anche corporativo, onde questo può operare laddove non sarebbe concepibile neppure una libertà positiva di associazione, ovvero, qualora debbano essere esercitati poteri che fuoriescono dalla capacità giuridica/di agire di diritto comune<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Questo periodo è, inoltre, attraversato da una contestazione strutturale dello stato sociale. La crisi fiscale dello stato, l'erogazione di servizi non a misura d'uomo e l'ipertrofia burocratica che immobilizza l'azione amministrativa, generano un complesso di disfunzioni a cui si cerca di fornire risposte al di fuori della sfera pubblica. Il tale contesto, il volontariato ed il libero associazionismo istaureranno proficue collaborazioni con la pubblica amministrazione facendosi apprezzare per l'efficienza con cui riescono a svolgere i compiti propri dell'amministrazione per servizi. Si assiste così ad una vera e propria affermazione del sociale nella sfera politica. Se per un verso tale trend è funzionale alla raccolta di consenso politico nella società civile, dall'altro costituisce un'istanza partecipativa dei soggetti privati alle decisioni che li riguardano in prima persona.

<sup>83</sup> In materia di libertà negativa di associazione vedere anche le sentenze Corte cost. n.11/1968, 25/1968, 120/1973, 20/1975.

<sup>84</sup> In senso critico rispetto a tale interpretazione, si espresse il Crisafulli proponendo di perimetrare le ipotesi in cui fosse possibile imporre ai singoli l'obbligo di associarsi, entro la possibilità di perseguire fini assunti inequivocabilmente come pubblici in Costituzione. CRISAFULLI, *Op. ult. cit.*, p.752. A partire dagli anni Ottanta anche la Corte costituzionale andrà ad individuare con maggiore precisione i parametri costituzionali su cui l'obbligo di associazione trova fondamento. In tal senso vedere sentenze della Corte cost. nn.40/1982 e 248/1997.

<sup>85</sup> E. CHELI, *In tema di libertà negativa di associazione*, Foro italiano, 1962, I, p.1844. Cfr. anche V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, Giur. Cost., 1962, p.746, A. PACE, *Articolo 18*, in Commentario della Costituzione italiana a cura di G. BRANCA, Roma-Bologna, 1977, p.206, P. BARILE, *Associazione (diritto di)*, Enc. giur., Vol. III, Milano, 1958, p.841.

<sup>86</sup> Tuttavia la Corte costituzionale osserva come «La libertà di non associarsi si deve ritenere violata tutte le volte in cui, costringendo gli appartenenti a un gruppo o a una categoria ad associarsi tra di loro, si violi un diritto o una libertà o un principio costituzionalmente garantito; o tutte le altre in cui il fine pubblico che si dichiara di perseguire sia palesemente arbitrario, pretestuoso e artificioso e di conseguenza è arbitrario, pretestuoso e artificioso il limite che così si pone a quella libertà definita come si è ora visto. Il che può accadere quando si assumano come pubbliche finalità, la cui natura privata non possa essere in alcuna guisa modificata o assunta a pubblica, o come quando il fine pubblico si aggiunga alle finalità private manifestamente come pretesto per sottrarre alla libera decisione degli interessati di perseguirle in questa o quella forma; o come quando l'interesse pubblico connesso con una determinata attività sia già tutelato per altra via». Punto 4, considerato in diritto, sentenza Corte cost. n.69/1962.

<sup>87</sup> A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2006, p.481, C. MEZZANOTTE, *Libertà di manifestazione del pensiero, libertà negativa di associazione e ordine professionale dei giornalisti*, Giur. Cost. 1968 p.1561 ss.

## 6. L'Italia da paese di emigrazione a paese di immigrazione

A partire dagli anni Settanta l'Italia, deve confrontarsi con un massiccio incremento dei flussi migratori generati dai processi di globalizzazione: ogni giorno migliaia di persone in cerca di lavoro o in fuga da situazioni di conflitto affrontano condizioni di viaggio disumane e rischiano la vita per abbandonare i paesi di provenienza.

La crescita esponenziale del numero di migranti, trasforma l'Italia da storico paese di emigrazione in paese di immigrazione. Tale passaggio è stato affrontato dal punto di vista istituzionale, normativo e sociale prevalentemente nell'ottica dell'emergenza, considerato che a differenza di paesi come Francia e Regno Unito, l'Italia non ha vissuto delle vicende coloniali paragonabili a quelle che hanno caratterizzato i due paesi europei.

Si deve, inoltre, ricordare come la previsione nel Trattato di Maastricht della cittadinanza europea quale *status* complementare alle cittadinanze nazionali dei paesi membri, segni uno spartiacque importante ai fini della comprensione del modo in cui il fenomeno migratorio è stato gestito nel contesto dell'Unione Europea. A partire da allora, i migranti provenienti da paesi non rientranti nell'area dell'Unione vengono classificati come *extracomunitari* e dunque esclusi dal godimento di tutta una serie di situazioni giuridiche soggettive riconosciute in capo ai cittadini Ue. Ciò nonostante la Corte costituzionale abbia ricompreso gli stranieri nell'ambito soggettivo di applicazione del principio di eguaglianza riconoscendo loro la titolarità dei diritti inviolabili in base agli art.2 e art.10 comma 2 Cost.

<sup>88</sup>.

Nell'ultimo ventennio, la legislazione italiana ha gradualmente limitato l'ingresso dei migranti attraverso l'introduzione di un apparato sanzionatorio conseguente al crescente senso di insicurezza avvertito dall'opinione pubblica.

Questo elemento ha contribuito a trasformare il fenomeno dell'immigrazione in un problema di ordine pubblico e di sicurezza e ad affievolire le tutele predisposte dall'ordinamento nei confronti degli immigrati. Nella sentenza n. 62 del 1994 la Corte costituzionale ha affermato che le disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali devono essere applicate a tutti gli individui a prescindere dallo *status* di cittadinanza, riconoscendo quindi al principio di eguaglianza portata generale nel senso della non riferibilità ai soli cittadini. Tale previsione incontra un unico limite: il principio di sovranità popolare. Possono, infatti, essere previste delle limitazioni in relazione a particolari situazioni giuridiche connesse alla diversità dei rapporti esistenti tra lo Stato ed il cittadino e lo Stato e lo straniero, in quanto per lo straniero è assente «*un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano*».

La più recente evoluzione della disciplina legislativa in tema di immigrazione ha messo in crisi l'effettività dei diritti riconducibili alla persona umana. In particolare la legge n. 94 del 2009, meglio nota come *pacchetto sicurezza*, ha stabilito una serie di misure che hanno costituito essenzialmente uno strumento di lotta alla criminalità ed all'immigrazione clandestina, favorendo il teorema immigrazione = maggiore criminalità e di conseguenza, maggiore necessità di sicurezza pubblica. La legge ha introdotto il reato di clandestinità, fattispecie che si configura nel caso di ingresso illecito o permanenza illegale di persone straniere sul territorio italiano. La *ratio* delle legge consiste nel rendere maggiormente efficienti ed incisivi i provvedimenti di espulsione ed allontanamento. La normativa assume, infatti, che l'ingresso non autorizzato sia finalizzato alla commissione di attività criminose e si pone l'obiettivo prioritario di limitare la criminalità clandestina Il primo e più

---

<sup>88</sup> Vedere la sentenza Corte cost. n.120/1967 a cui hanno fatto seguito le sentenze nn.104/1969, 144/1970, 46/1977, 54/1979, 28/1995, 203/1997, 376/2000. Vedere anche le ordinanze ord. nn. 503/1987, 490/1988.

rilevante effetto dell'illecito in esame è stato quello di sottoporre i clandestini stessi ad un giudizio immediato davanti al Giudice di pace. Tale giudizio, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe favorire e rendere più efficace l'espulsione del clandestino<sup>89</sup>.

Nell'aprile dello scorso anno una sentenza della Corte di giustizia della Ue<sup>90</sup> ha affermato che la legge n. 94/2009 contrastava con la direttiva rimpatri<sup>91</sup> del 16 dicembre 2008. Il giudice del Lussemburgo ha imposto al giudice italiano di disapplicare<sup>92</sup> la normativa interna in contrasto con la direttiva e segnatamente l'articolo 14 comma 5 del dlgs 286/1998 che prevede la pena detentiva fino ad un massimo di quattro anni per il cittadino di un paese terzo che abbia violato l'ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio dello stato. Con la sentenza n. 18586, 11 maggio 2011, anche la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'intervenuta non applicabilità del delitto di inottemperanza all'ordine del questore.

## **7. Il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazioni sulla base della razza e dell'etnia**

Ritornando sul tema degli strumenti che la Costituzione italiana fornisce per governare la diversità, non si può prescindere dal soffermarsi sul significato e la portata del principio di eguaglianza sostanziale.

---

<sup>89</sup> L'ingresso irregolare in uno Stato risulta espressione di una condizione individuale, soggettiva, quella di essere migranti, una condizione tale da non produrre lesioni a rilevanza penale. Tuttavia, pur dando seguito all'applicazione dell'intervento sanzionatorio, ciò risulterebbe in contrasto con il principio di uguaglianza ed il diritto di difesa nei casi in cui all'immigrato extracomunitario non venisse garantito il principio del giusto processo. Cfr. Il commento espresso dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano in occasione della promulgazione della legge n. 94/2009: «L'attribuzione della contravvenzione di immigrazione clandestina alla cognizione del giudice di pace non appare in linea con la natura conciliativa di questo giudice, disegnando, peraltro, per il reato in questione, un sottosistema sanzionatorio non coerente con i principi generali dell'ordinamento e meno garantista di quello previsto per delitti di trattenimento abusivo sottoposti alla cognizione del tribunale. Per il nuovo reato la pena inflitta non può essere condizionalmente sospesa o patteggiata, mentre l'eventuale condanna non può essere appellata».

<sup>90</sup> Punto 58 della sentenza della Corte di giustizia 28 aprile 2011, C-61-11, Hassen El Dridi. «Gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti».

<sup>91</sup> La direttiva rimpatri è stata recepita in Italia con il decreto legge n. 89 del 23 giugno 2011 recante «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/Ce sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/Ce sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 144 del 23 giugno 2011. Si ricorda che il termine di attuazione della direttiva rimpatri era scaduto il 24 dicembre 2010.

<sup>92</sup> Punto 61 della sentenza della Corte di giustizia 28 aprile 2011 in cui vengono richiamate le sentenze Simmenthal, 9 marzo 1978, causa 106/77 e Melki e Abdeli, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10.

Accanto ai diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dalla Repubblica, l'articolo 2 Cost., richiedendo di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale, sancisce un altro principio cardine del nostro ordinamento<sup>93</sup>, il principio solidarista<sup>94</sup>.

Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art.2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente<sup>95</sup>.

Se a tale visione si lega quella che vede nel secondo comma dell'articolo tre uno strumento idoneo al raggiungimento di obiettivi di eguaglianza sostanziale, si comprende come il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali in Costituzione siano stati strumentali all'attuazione di tali principi o, come è stato sostenuto, a realizzare una sintesi dei concetti di libertà ed eguaglianza. Attraverso la rimozione degli ostacoli economici e sociali che incidono sulle condizioni di libertà ed eguaglianza, lo stato mira a tutelare il pieno sviluppo della personalità individuale (principio personalista) e la piena partecipazione dei lavoratori all'articolazione della collettività e del corpo sociale sul piano politico, economico e sociale. Tale impostazione presuppone una chiara insufficienza o inadeguatezza del mercato a consentire il rapporto di ciascun individuo con l'oggetto di volta in volta tutelato. L'insufficienza incorpora la necessità di intervenire sulle risorse in modo che i più svantaggiati non finiscano con l'essere esclusi dalla fruizione del bene, nella misura in cui non sarebbero posti in grado di soddisfare la relazione con quell'oggetto attraverso la mera eguale libertà di accedere al mercato per procurarselo. L'inadeguatezza incorpora un'ulteriore valutazione che fa riferimento alla qualità della relazione soggettiva con il bene, ai fini e nella direzione specifica della partecipazione (integrazione) sociale<sup>96</sup>. Nell'ottica dello Stato liberale il riconoscimento del principio di legalità nella pubblica

<sup>93</sup> La concezione di uomo accolta dai Padri costituenti fu il frutto dell'accordo tra sinistre e Democrazia Cristiana. Tali schieramenti s'incontrarono a metà strada al fine di coniugare il principio della dignità umana con la libertà positiva e con le condizioni sociali di una democrazia pluralistica. Il principio della dignità umana viene letto nel senso che ogni uomo, in qualunque posizione sociale si trovi inizialmente, deve essere messo nelle condizioni di avere pari opportunità di autorealizzazione e quindi pari *chances* di godere effettivamente delle libertà costituzionalmente garantite. (A. BALDASSARRE, *Voce «Diritti sociali»*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XI, 1989, p.11.). I Padri Costituenti vollero, che i diritti sociali sanciti nella Costituzione repubblicana non avessero come punto di partenza lo stato, bensì i luoghi ed i legami sociali- come la famiglia, la scuola, il lavoro, l'ambiente di vita personale e collettiva- nei quali e loro tramite, il singolo individuo si fa persona e si esprime come persona. I diritti sociali sono anteposti allo stato e ne veicolano le funzioni. Non a caso un acceso dibattito, segnò la discussione in merito ai diritti sociali soprattutto per quanto concerneva la loro collocazione nella Carta. A suscitare polemiche fu innanzitutto l'ordine del giorno con cui Calamandrei, rinvenendo nei diritti sociali delle enunciazioni programmatiche e non delle norme giuridiche, proponeva di inserirli in un preambolo alla Costituzione. Nettamente divergente era, invece, la posizione di Togliatti che non solo riconosceva ai diritti sociali natura normativa, quanto li poneva alla base di quel progetto che avrebbe condotto la società italiana a trasformarsi in una democrazia sostanziale. A sostegno della normatività dei diritti sociali si schierò anche Mortati, precisando al contempo come non fosse possibile stabilire in modo assoluto quale dovesse essere il rango delle fonti da cui promanavano tali situazioni giuridiche. Il riconoscimento di una determinata posizione delle disposizioni sui diritti nel nostro ordinamento sarebbe, dunque, dipesa da quella che l'insigne giurista definirà come Costituzione materiale.

<sup>94</sup> «Effettivamente c'è stata una confluenza di due grandi correnti: da parte nostra un solidarismo-scusate il termine barbaro-umano e sociale; dall'altra parte un solidarismo di ispirazione ideologica e di origine diversa, il quale però arrivava, nella impostazione e soluzione concreta di differenti aspetti del problema costituzionale, a risultati analoghi a quelli a cui arrivavamo noi. Questo è il caso dell'affermazione dei diritti del lavoro, dei cosiddetti diritti sociali; è il caso della nuova concezione del mondo economico, non individualistica né atomistica, ma fondata sul principio della solidarietà e del prevalere delle forze del lavoro; è il caso della nuova concezione e dei limiti del diritto di proprietà. Né poteva fare ostacolo a questo confluire di due correnti, le quali partono da punti ideologicamente non eguali, la concezione, pure affermata dall'onorevole La Pira, della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell'uomo e del cittadino». Intervento On. P. Togliatti, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta 11 marzo 1947, p. 1996.

<sup>95</sup> Punto 2, motivazione in diritto. sentenza della Corte costituzionale. n. 75/1992.

<sup>96</sup> B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, p. 125.

amministrazione, l'attribuzione della titolarità dei diritti civili e politici ai cittadini, se per un verso avevano permesso la transizione da una società fondata sul privilegio, ad una fondata sull'eguaglianza formale, per un altro lasciavano ancora impregiudicate le situazioni di ingiustizia e le disuguaglianze di fatto prodotte dal consolidarsi del regime di proprietà ed autonomia privata<sup>97</sup>.

Da qui la necessità avvertita dai costituenti di introdurre nel testo costituzionale la previsione di disposizioni finalizzate alla riduzione delle disparità dei punti di partenza attraverso interventi statali di natura normativa ed economica volti a garantire quegli standard minimi di prestazioni sanitarie, scolastiche e previdenziali tali da compensare il *gap* di opportunità esistente nella nostra società. La transizione dallo stato liberale allo stato sociale, avviata sulla base dei precetti della Costituzione Repubblicana, oltre a portare con sé il riconoscimento e l'obbligo di attuazione dei diritti sociali per il legislatore, dovrebbe avere come ultima tappa della sua evoluzione, la realizzazione di un vero e proprio progetto di trasformazione della società: quello enunciato nel secondo comma dell'articolo 3. In sede costituente, il principio di eguaglianza sostanziale diventa, infatti, il punto nodale del dibattito sull'organizzazione e sull'assetto dei futuri rapporti socioeconomici che avrebbero caratterizzato la struttura del paese, consentendo il passaggio da un regime di democrazia formale a uno di democrazia sostanziale. Come autorevolmente messo in luce dal Romagnoli, a questo proposito la Costituzione è *sincera*: non nasconde, anzi esplicita e indica come far fronte alle conseguenze prodotte da quella contraddizione che condiziona, a partire dalle sue fondamenta, il sistema socio-politico. *Dopo avere proclamato che tutti i cittadini sono liberi e uguali di fronte alla legge non esita di esibire di se stessa un'immagine dissociata ammettendo che la società è fondata sulla diseguaglianza di fatto.*

La Costituzione Repubblicana mette dunque in discussione alcuni caratteri del sistema delle fonti di matrice ottocentesca. Il principio dell'unitarietà della legge viene attenuato dall'introduzione di un'ampia gamma di fonti primarie tra le quali a partire dagli anni Settanta, si distingueranno le leggi regionali, manifestazioni normative della volontà di enti territoriali politicamente autonomi. Accanto a tale fenomeno, definito da autorevole dottrina<sup>98</sup>, *pluricentrismo interno*, viene rilevata l'esistenza di un *pluricentrismo esterno*, conseguente all'apertura dell'ordinamento italiano ad altri ordinamenti per il tramite degli articoli 10 comma 5 ed 11 della Costituzione<sup>99</sup>. In concomitanza all'accrescersi dei poteri d'intervento dello stato, la normazione diviene sempre più settoriale, cospicua è, infatti, la mole di leggi d'intervento economico di organizzazione di pubblici servizi e di protezione di singole categorie sociali<sup>100</sup>.

L'esigenza di universalità, garantita nel periodo liberale attraverso la formulazione di leggi dai contenuti generali e astratti, con l'avvento del welfare state, viene soddisfatta attraverso l'applicazione del principio di adeguatezza della norma alla sua *ratio*<sup>101</sup>.

Al legislatore viene consentito di effettuare delle distinzioni normative che siano ragionevolmente giustificate. Sono, invece, vietate in linea di principio le distinzioni basate sui criteri elencati nell'articolo 3 Cost. il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali.

<sup>97</sup> CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p. 50 e p.106.

<sup>98</sup> R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, Scritti in memoria di Giuseppe G. Floridia, Napoli, 2009, p. 27-52.

<sup>99</sup> A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, Il Diritto dell'Unione Europea, I, 2010, p.128. A tal proposito, l'ingresso delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento ha fortemente smentito o incrinato l'unitarietà e la sistematicità dello stato sovrano tradizionalmente concepito, nonché le sue rivendicazioni monopolistiche sulla produzione delle fonti del diritto nazionale.

<sup>100</sup> G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Vol. I, Bologna, 1984, p.314-15.

<sup>101</sup> A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, p.48-49 e F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, Padova, 2003, p.40.

Al fine di dare attuazione al principio di parità di trattamento ex. art.3 Cost., al diritto di azione ex art. 24 Cost., nonché alla tutela dei diritti e degli interessi legittimi ex. art.113 Cost., il Testo unico sull'immigrazione, Dlgs.286 del 1998, sancisce agli articoli 43 e 44 il divieto per il datore di lavoro di porre in essere comportamenti discriminatori diretti o indiretti in ragione dell'appartenenza del lavoratore ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza<sup>102</sup>.

L'articolo 44 del Testo unico dà la possibilità di ricorrere al giudice civile per ottenere, anche in via d'urgenza, un provvedimento che faccia cessare il comportamento discriminatorio e ne rimuova gli effetti. Può essere, inoltre, chiesto il risarcimento dei danni patrimoniali e dei danni non patrimoniali<sup>103</sup>. Qualora il datore di lavoro ponga in essere un atto o un comportamento discriminatorio di carattere collettivo<sup>104</sup>, anche in casi in cui non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni, il ricorso può essere presentato dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Il giudice, nella sentenza che accerta le discriminazioni, è tenuto ad ordinare al datore di lavoro l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni rilevate<sup>105</sup>.

Ad ampliare tale dimensione di tutela antidiscriminatoria è intervenuto il Dlgs.215/2003 che ha esteso le garanzie previste in ambito lavorativo anche ai settori della protezione sociale, sicurezza, sociale, assistenza sanitaria, prestazioni sociali, istruzione, accesso a beni e servizi incluso l'alloggio.

Il Dlgs 215/2003 ha dato attuazione alla direttiva CE 2000/43 in materia di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. In tal modo il decreto ha esteso anche l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina contenuta nel Dlgs 286/1998 che aveva come destinatari esclusivamente gli "stranieri".

Il decreto legittima associazioni ed enti, inseriti in un apposito elenco<sup>106</sup> -approvato dal Ministro del lavoro e da quello delle pari opportunità- individuati sulla base delle finalità programmatiche e della continuità dell'azione, ad agire in giudizio, in nome e per conto della vittima della discriminazione, sulla base di una delega rilasciata per atto pubblico o in forza di una scrittura privata autenticata<sup>107</sup>.

Al contrario di quanto previsto in relazione alle discriminazioni fondate sul fattore di genere o sugli altri fattori di cui alla direttiva n. 2000/78/CE (orientamento sessuale, disabilità, età, convinzioni personali e credo religioso), per le quali la legittimazione ad agire delle associazioni viene prevista sulla base del criterio del legittimo interesse dell'associazione a garantire il rispetto della normativa, nel caso della legittimazione ad agire nelle cause anti-discriminazione razziale, il d.lgs. n. 215/2003, ha previsto una sostanziale discrezionalità dell'esecutivo nel selezionare i soggetti legittimati ad agire, mediante lo strumento della previa obbligatoria iscrizione in uno dei due registri (vedi art. 5 comma 2 Dlgs 215/2003), nonché del periodico aggiornamento dell'elenco. La sostanziale difformità di trattamento riguardo alla tematica della legittimazione ad agire delle associazioni nei procedimenti anti-discriminazione, a seconda del fattore discriminatorio operante, non

---

<sup>102</sup> Tale normativa riconferma quanto stabilito nell'articolo 15 della legge 300/1970 in riferimento al divieto di atti discriminatori.

<sup>103</sup> Articolo 44 comma 7, Dlgs. 286/1998.

<sup>104</sup> Vedere Ordinanza n.2454/08 del Tribunale di Milano sezione lavoro (GCIL comprensorio di Milano, Funzione pubblica CGIL, CISL comprensorio di Milano, FPS CISL comprensorio di Milano e Hanane Nadry v. Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano) e Cassazione, Sezioni unite civili, 30.03.2011, n.7187.

<sup>105</sup> Articolo 44 comma 10, Dlgs. 286/1998.

<sup>106</sup> L'elenco delle associazioni stilato nel 2005 è stato aggiornato nel 2010 con il decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le Pari Opportunità 9 aprile 2010, in G.U. n. 180 dd. 04.08.2010.

<sup>107</sup> Articolo 5 comma 1, Dlgs. 215/2003.

appare fondata su una ragionevole causa giustificatrice e potrebbe quindi esporsi a rilievi di costituzionalità<sup>108</sup>.

Tali associazioni sono, inoltre, legittimate ad agire nei casi di discriminazione collettiva qualora non siano individuabili in modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione<sup>109</sup>.

Una novità di rilievo introdotta dal Dlgs 215/2003 deve essere rinvenuta nella equiparazione della molestia ad una forma di discriminazione. Il reato di molestia o mobbing fin ora oggetto di riconoscimento solo dalla giurisprudenza lavoristica, grazie alla qualificazione fornita in sede comunitaria dalla direttiva 2000/43 CE, è stato così positivizzato.

Un punto di forte criticità della normativa di attuazione è dato dalla mancata previsione dell'inversione dell'onere della prova che la direttiva 2000/43 suggeriva agli stati membri di recepire ai sensi dell'articolo 8.

Diversamente, in base all'articolo 4 comma 3 del Dlgs. 215/2003 spetta alla vittima dimostrare di essere stata oggetto di un comportamento discriminatorio sulla base della razza o dell'etnia, circostanza questa, che ha reso molto difficile ottenere giustizia per chi decide di ricorrere in giudizio.

Sorprende notare come, mentre la legge delega 39/2002 all'articolo 28 comma 1, lettera g, facesse gravare sul convenuto in giudizio l'onere della prova dell'insussistenza della discriminazione, l'esecutivo abbia poi normato tale punto in senso opposto, preferendo avvalersi del regime delle deroghe previsto dalla direttiva.

Altro punto nevralgico del Dlgs. 215/2003 deve essere rinvenuto nell'articolo 5 comma 3 che legittima le associazioni inserite nell'elenco ex. articolo 1 dello stesso decreto, ad agire in giudizio nei casi di discriminazioni collettive, qualora non siano individuati in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione. Mentre nel caso di discriminazioni collettive sui luoghi di lavoro, le associazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale possono rappresentare autonomamente i lavoratori sia nel caso in cui quest'ultimi siano individuabili sia in caso contrario<sup>110</sup>, ciò non è consentito per le discriminazioni fuori dai luoghi di lavoro. Nel caso di discriminazioni fuori dai luoghi di lavoro riferite a soggetti individuabili, può instaurarsi un rapporto di rappresentanza volontaria tra la vittima e l'associazione sulla base della delega ex. articolo 5 comma 1, ma nel caso di discriminazioni collettive, l'associazione non può agire autonomamente. L'idea di fondo è che l'ordinamento, a differenza di quanto accade in relazione alle discriminazioni ex. art.44 comma 10 del Dlgs 286/1998, non riconosce un interesse collettivo<sup>111</sup> in capo al gruppo discriminato per motivi razziali o etnici, a venire

<sup>108</sup> Cfr. [http://www.asgi.it/home\\_asgi.php?n=1125&l=it](http://www.asgi.it/home_asgi.php?n=1125&l=it).

<sup>109</sup> Articolo 5 comma 3, Dlgs. 215/2003.

<sup>110</sup> Articolo 44 comma 10, DLgs286/1998.

<sup>111</sup> Sono definibili come collettivi quegli interessi che hanno il proprio punto di coagulo presso un ente esponenziale di un gruppo non occasionale e quindi fornito di sufficiente forza e consistenza organizzativa, di modo che esso diviene concretamente il centro d'imputazione di siffatti interessi superindividuali. E' l'ente esponenziale che in veste di attore collettivo diviene il legittimo portatore della situazione di vantaggio di carattere meta individuale, la quale è per un verso astrattamente riferibile a ciascuno degli individui facenti parte del gruppo sociale che si riconosce nel soggetto collettivo, mentre per altro verso risulta sottratta alla sfera di disponibilità del singolo, in quanto si radica presso il soggetto collettivo che ne diviene l'esclusivo titolare e portatore. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986. Vedi anche A. CERRI, *Interessi diffusi, interessi comuni- azione e difesa*, Diritto e società, 1979, p. 83-98; R. FERRARA, *Voce «Interessi collettivi e diffusi»*, Digesto delle discipline pubblicistiche, Vol. VIII, Torino, 1993, p.481-500; N. TROCKER, *Voce «Interessi collettivi e diffusi»*, Enc. giur. Treccani, Vol. XVI, Roma, 1989; R. DONZELLI, *Voce «Interessi collettivi e diffusi»* in Enc. giur. Treccani, aggiorn., Roma, 2008; AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1986, p.6-14; AA.VV., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, 1976.

rappresentato in blocco, dalle associazioni legittimate a farlo in base alla selezione prevista dalla normativa.

I sindacati ricadono, infatti, nella sfera delle formazioni sociali in cui rientrano gli aggregati volontari e quelli caratterizzati dalla necessità e dalla naturalità: si tratta di associazioni tipiche a cui la Costituzione accorda le garanzie ex art. 2 Cost., quando in esse si svolga la personalità individuale. Diversamente, alle associazioni composte da persone straniere, in quanto realtà atipiche rispetto al dettato costituzionale, non viene riconosciuto la medesima protezione costituzionale, bensì la garanzia della mera libertà di associazione ex art. 18 Cost.<sup>112</sup>.

In sostanza non viene riconosciuta pari dignità alla formazione sociale composta da lavoratori discriminati rispetto alla formazione sociale composta da soggetti accomunati dalla stessa etnia. Stesso discorso potrebbe valere rispetto al gruppo/categoria dei consumatori che, in base alla normativa<sup>113</sup> in materia di azione collettiva risarcitoria,<sup>114</sup> può essere rappresentata autonomamente in giudizio dalle associazioni rappresentative dei consumatori a livello nazionale.

Il legislatore italiano ha dunque sottovalutato la funzione di deterrenza dal compimento di atti discriminatori che un'azione di classe, di cui si fossero fatte portatrici le associazioni di difesa dei diritti umani dei migranti, sarebbe stata in grado di svolgere.

A tal proposito significative sono le esperienze maturate in altri paesi in cui si è diffusa la pratica delle cosiddette *cause strategiche* avverso atti o comportamenti discriminatori sulla base della razza. In Irlanda, Canada e Regno Unito le Organizzazioni non governative a difesa dei diritti umani possono agire in giudizio in rappresentanza di gruppi etnici che hanno subito una violazione del proprio diritto alla parità di trattamento.

Le sentenze emanate a seguito di questi ricorsi hanno un valore strategico perché stimolano ad applicare e ad interpretare in materia corretta la normativa nazionale ed internazionale in tema di lotta alla discriminazione. Esse possono, inoltre, svolgere una funzione esortativa nei confronti delle autorità legislative spingendole a modificare delle normative o a mettere in discussione politiche costituzionalmente illegittime. Attraverso le cause strategiche si riesce poi a sensibilizzare l'opinione pubblica sulla normativa antidiscriminazione ed a portare all'attenzione dei media differenti tipi di discriminazione, in particolare quelle che si producono nell'esercizio di pubblici poteri.

Uno degli esempi più emblematici di cause strategiche nel contesto europeo è la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo 14 novembre 2007, che ha condannato la Repubblica Ceca per la pratica di segregare gli studenti rom in scuole "speciali". La sentenza, giunta dopo otto anni di battaglie legali sostenute dal Centro europeo per i diritti dei rom, è la prima in cui la Corte EDU ha riscontrato una violazione dell'art. 14 della Convenzione EDU in relazione ad una pratica discriminatoria in una particolare sfera della vita pubblica. La Corte ha sottolineato che la Convenzione non si applica solamente a specifici atti di discriminazione, ma anche a pratiche sistematiche che negano il godimento dei diritti a determinati gruppi etnici<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Cfr. nota 73.

<sup>113</sup> Legge 23 luglio 2009 n.99.

<sup>114</sup> A seguito della modifica dell'art.140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n.206, la legittimazione ad agire non risulta più essere una prerogativa esclusiva di associazioni e comitati, essendo stata estesa a ciascun componente della classe anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa. Da qui l'opportunità secondo alcuni di denominare tale azione, azione collettiva risarcitoria individuale, più che azione di classe. D. VANNI, *La class action e la funzione di deterrenza degli illeciti civili in prospettiva comparatistica*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it). Vedi anche L. CITRONI, M. STORNARELLO, *Class action statunitense e nuova class action italiana: due sistemi a confronto*, *Commercio internazionale*, n.15/16, 2009, M.BOATO, P.PISTONE, S.PUCCI, *Class action nel mondo e nuova legge italiana sull'azione collettiva italiana*.

[http://fondazioneicu.org/cms/files/libri/ICU\\_Class\\_Action.pdf](http://fondazioneicu.org/cms/files/libri/ICU_Class_Action.pdf)

Nel contesto nordamericano, è rimasta nella storia del Canada la *strategic litigation* *Cloud vs. Canada*<sup>116</sup>, una *class action* con cui la Corte di appello dell'Ontario ha condannato lo stato Canadese a risarcire centinaia di ex studenti indiani di una *residential school* dell'Ontario per le violenze fisiche, sessuali e per la violazioni dei diritti loro garantiti dai trattati<sup>117</sup> negli anni tra il 1922 ed il 1969<sup>118</sup>. In conformità alle politiche assimilazioniste portate avanti dal governo inglese prima, e dal governo canadese dopo il 1876, i bambini delle popolazioni aborigene venivano allontanati forzatamente dalle riserve e inseriti in degli istituti speciali, le *residential schools*<sup>119</sup>, in cui venivano privati della possibilità di parlare nella loro lingua e di professare la loro religione. Obbligati a convertirsi al cattolicesimo e ad imparare l'inglese, questi bambini vennero per anni tenuti lontano dalle loro famiglie nonché sottoposti ad inaudite violenze.

## 8. Le azioni positive e le previsioni del Dlgs 215/2003

Con l'avvento dello Stato Costituzionale, l'attenzione si sposta dall'uomo astratto, alla persona concreta<sup>120</sup> ed alle condizioni di svantaggio sociale in cui essa verte in ragione di alcune caratteristiche specifiche che la contraddistinguono.

Da qui la necessità di prevedere delle misure normative di favore che, facendo leva proprio su alcuni dei criteri sanciti nel primo comma dell'articolo 3 Cost., stabiliscono in capo a determinati soggetti, delle politiche differenziate, allo scopo di dare attuazione al principio di eguaglianza sostanziale. Oggetto dell'eguaglianza sostanziale non è più, dunque, l'ideale generalità degli individui, sono bensì uomini e donne in carne e ossa con le loro lotte, divisioni e differenze: l'eguaglianza sostanziale è *eguaglianza tra gruppi*<sup>121</sup>.

---

<sup>115</sup> La sentenza della CEDU, D.H. e altri v. Repubblica Ceca nasce dalla pratica, diffusa in alcuni paesi dell'Europa centrale e orientale, di inserire i bambini rom in scuole "speciali" per studenti con difficoltà di apprendimento, indipendentemente dalle loro capacità intellettuali. Per la prima volta, la Convenzione EDU è stata applicata per condannare una pratica discriminatoria sistematica nella sfera pubblica. Dopo avere chiarito che la segregazione razziale è una forma di discriminazione ai sensi dell'art. 14 della Convenzione, la Corte ha dichiarato che il problema della parità nell'accesso all'istruzione pubblica per i rom è diffuso in tutta Europa. M. PIRAZZI, *Cause strategiche contro la discriminazione*, Quaderni Cooperazione per lo sviluppo dei paesi emergenti, [http://www.cospe.it/cospe/uploads/documenti/allegati/cause\\_strategiche.pdf](http://www.cospe.it/cospe/uploads/documenti/allegati/cause_strategiche.pdf).

<sup>116</sup> *Cloud v. The Attorney General of Canada* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (Ont. C.A.)

<sup>117</sup> I reati contestati sono *breach of fiduciary duty, negligence, assault, sexual assault, battery, breach of aboriginal rights and breach of Treaty rights*. Punto 13, *Cloud v. The Attorney General of Canada* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (Ont. C.A.). Sul tema degli abusi commessi nelle *residential schools* vedi anche la sentenza della Corte Suprema canadese *Rumley v. British Columbia*, [2001] 3 S.C.R. 184, 2001 SCC 69.

<sup>118</sup> «Residential schools did more than teach native children English or French; they isolated those children from their families and communities for the express purpose of destroying their knowledge of their own language and cultures». D. LEITCH, *Canada Native's languages: Wrongs from the past, rights for the future*, Symposium on immersion education in first nations, St. Thomas University in Fredericton, New Brunswick, 3-6 ottobre, 2005.

<sup>119</sup> Le residential schools vennero istituite con l'Indian Advancement Act del 1884 che emendava l'Indian Act del 1876.

<sup>120</sup> C. SALAZAR, «Tutto scorre»: riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito, in *Politica del diritto*, 2001, p. 373 ss.

<sup>121</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono veramente incompatibili?*, *Lav. dir.*, 1992, p.197; M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, *Giur. Cost.*, 1993, p.895.

Esempi sono dati dalle *azioni positive* destinate a favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro delle donne<sup>122</sup> e quelle finalizzate all'integrazione delle persone con disabilità<sup>123</sup>. Tali normative possono essere inquadrare nella prospettiva delle *affirmative actions* americane<sup>124</sup>, misure normative inizialmente pensate per compensare le persone di etnia africana delle discriminazioni subite in passato a causa del regime di discriminazione razziale<sup>125</sup>. In realtà, come autorevolmente osservato dal Cerri, il secondo comma dell'articolo tre Cost. si ispira ad una filosofia diversa da quella espressa dalla Suprema Corte americana: la società in cui viviamo non è perfetta, e dunque non crea ingiustizie solo per effetto di colpevole deviazione dai suoi principi, in quanto proprio per effetto dei suoi meccanismi, di continuo contribuisce a formare circoli viziosi di rendita e sottosviluppo che è consentito al potere pubblico di rimuovere<sup>126</sup>.

Ai fini della nostra indagine le azioni positive rilevano in quanto strumenti diretti a valorizzare o a governare la convivenza delle molteplici formazioni sociali, etniche, culturali, linguistiche religiose in cui si articola il tessuto sociale delle democrazie contemporanee<sup>127</sup>.

Come osservato da Marta Cartabia e Michele Ainis<sup>128</sup>, alla base dell'adozione di un'azione positiva stanno sostanzialmente due fattori: 1) l'esistenza di una determinata gamma di finalità costituzionalmente rilevanti che se perseguite, legittimano l'offerta da parte dello stato di incentivi o addirittura di privilegi giuridici; 2) tali finalità devono essere conseguite da determinati gruppi considerati essere "deboli" sulla base di un giudizio di valore formulato dal legislatore in un certo momento storico.

Osservate nella prospettiva del secondo comma dell'articolo tre, le azioni positive possono dunque offrire una soluzione ai problemi d'integrazione attraverso la garanzia di pari opportunità di inserimento politico-economico e sociale dei diversi gruppi che compongono il tessuto sociale. L'impiego delle azioni positive in alcuni ambiti strategici, come la scuola, il lavoro e le abitazioni potrebbe favorire l'inclusione di gruppi sociali separati sulla base di fattori etnici, linguistici e religiosi con l'obiettivo di rendere nel tempo, spontanea e naturale la loro partecipazione a pieno titolo alla vita sociale.

---

<sup>122</sup> Legge, 10 aprile 1991 n.125 «Azioni positive per la realizzazione della parità uomo donna nel lavoro» e legge 25 febbraio1992, n.215 «Azioni positive per l'imprenditoria femminile». Vedere anche sentenza della Corte costituzionale n.109 del 1993.

<sup>123</sup> Legge 5 febbraio 1992, n. 104, *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*.

<sup>124</sup> La Corte Suprema federale degli Stati Uniti d'America ha ammesso in linea teorica, misure di riequilibrio concretanti «discriminazioni rovesciate», alle stesse condizioni ritenute necessarie per le distinzioni soggettive, per così dire «dirette». E dunque eventuali distinzioni correlate al fattore razziale o anche al fattore etnico (in caso di *insular and discrete minority*) possono essere giustificate in base ad un *compelling public interest* e ricorrendo un nesso di vera necessità fra mezzo impiegato e fine perseguito. A CERRI, *Libertà, eguaglianza e pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, Riv. trim. dir. pubbl., II, 1993, p.302. e *Graham v. Richardson*, 403, U. S. 365 del 1971. Per i requisiti di temporaneità, flessibilità e sussistenza di presupposti di fatto, obiettivamente constatabili, postulati dalla Corte Suprema in riferimento ai piani di azioni positive, vedere M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, Giur. Cost. I, 1992, p.587.

<sup>125</sup> Destinatari di azioni positive all'interno dell'ordinamento americano furono in seguito anche soggetti appartenenti ad etnie minoritarie ed a gruppi considerati deboli come le donne, i veterani della guerra in Vietnam ed i cittadini disabili. AINIS, *Op. ult. cit.*, p.586.

<sup>126</sup> CERRI, *op. ult. cit.* p.304.

<sup>127</sup> M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?* in I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale R. BIN. e C. PINELLI (a cura di), Torino, 1996, p.67. Sulle virtualità espansive delle azioni positive vedi M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, Giur. Cost., 1993, p.891. Cfr. anche sentenza della Corte costituzionale n.109 del 1993. «Le azioni positive sono il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate-fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel primo comma dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali)- al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico»

<sup>128</sup> CARTABIA, *Le azioni positive...*,p.71, AINIS, *L'eccezione...*, p.891

Sulle politiche di inclusione incombe l'onere di prevedere appositi strumenti giuridici in grado di conservare e valorizzare l'identità di tali gruppi, ovvero, un'*identità* da intendersi come bene culturale degno di essere preservato e garantito.

Se si individuasse nei componenti delle formazioni sociali che riuniscono persone appartenenti alla medesima etnia, dei "soggetti deboli" ex. art 3 comma 2 Cost., sulla base di un eventuale giudizio di valore, maturato dal legislatore in virtù del mutamento sociale a cui prima si faceva riferimento, potrebbero essere accordate delle misure di favore in ragione della posizione di svantaggio da cui essi partono, sia in riferimento al percorso volto allo sviluppo della loro personalità, sia in ragione dell'appartenenza ad una etnia minoritaria rispetto a quella autoctona. Attraverso tali normative si realizzerebbe in primis un riconoscimento dell'eguale dignità delle differenze culturali e al contempo la loro tutela in positivo sulla base del presupposto che esse costituiscono un bene prezioso per il nostro ordinamento.

A tal proposito, si deve evidenziare come la direttiva 2000/43 CE avesse previsto all'articolo 5<sup>129</sup> e nel considerando 17 la possibilità per gli stati di adottare azioni positive per motivi etnici o razziali. Nel dlgs 215/2003 il legislatore italiano, piuttosto che recepire in modo integrale tale previsione, si è limitato ad assegnare all'Ufficio per il contrasto delle discriminazioni la promozione dell'adozione da parte di soggetti pubblici e privati (comprese le associazioni iscritte nel registro ex. art.6 dlgs.215/2003) di misure specifiche, ivi compresi progetti di azioni positive per motivi etnici o razziali. Un inutile filtro, dunque, per le azioni positive, la cui adozione rischia di dipendere dall'impulso dell'UNAR.

Tali azioni positive, restano, inoltre, circoscritte agli svantaggi derivanti dalla razza o dall'origine etnica, mentre il d.lgs. 215 avrebbe potuto recepire la direttiva 2000/43 estendendo queste misure anche alle altre discriminazioni indicate dall'art. 43 del Testo unico sull'immigrazione, in conformità al disposto<sup>130</sup> che conferisce agli Stati membri la possibilità di introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio di parità, disposizioni più favorevoli di quelle fissate nella direttiva<sup>131</sup>.

## **9. L'opportunità di riconoscere in futuro dei diritti collettivi culturali**

Nell'attuale contesto sociale, i gruppi di immigrati appartenenti a singole etnie si configurano come ampie aggregazioni sociali, ben radicate sul territorio italiano e portatrici di interessi connessi alla loro appartenenza culturale. Si tratta di gruppi che avvertono in modo forte la necessità di preservare la loro identità etnica e culturale, ma che non paiono al momento essere dotati di una forza propulsiva e di capacità organizzative tali da riuscire a dare vita ad un movimento politico in grado di chiedere il riconoscimento di diritti di autogoverno o volti alla salvaguardia del loro patrimonio culturale.

La massiccia presenza di comunità straniere sul territorio italiano, il rilevante contributo da esse fornito all'economia italiana in termini di produttività e in quanto risorse demografiche, nonché il valore aggiunto in termini di arricchimento culturale che apportano alla società italiana, ci paiono delle motivazioni sufficienti a qualificare come meritevoli di tutela, gli interessi di cui tali associazioni si faranno portatrici. L'obiettivo di sviluppare e di salvaguardare la propria cultura perseguito da tali aggregazioni, risulta essere

---

<sup>129</sup> «Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica». Articolo 5, direttiva 2000/43 CE.

<sup>130</sup> Articolo 6 comma 1, direttiva 2000/43 CE.

<sup>131</sup> M. PIRAZZI, *Cause strategiche contro la discriminazione*, Quaderni Cooperazione per lo sviluppo dei paesi emergenti, [http://www.cospe.it/cospe/uploads/documenti/allegati/cause\\_strategiche.pdf](http://www.cospe.it/cospe/uploads/documenti/allegati/cause_strategiche.pdf).

riconducibile al primo comma dell'articolo 9 Cost., nonché all'articolo 22 della Carta di Nizza in base a cui *l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica*.

Tali istanze culturali trovano poi un'ulteriore garanzia nell'articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>132</sup> in base al quale «*in quegli stati nei quali esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, gli individui non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria*».

Motivi questi, che potrebbero in ipotesi condurre al riconoscimento di diritti collettivi giustificati dalla tutela dell'appartenenza ad etnie minoritarie. Tale tutela non sarebbe riconosciuta ad individui radicati storicamente su porzioni ben delimitate di territorio italiano sul modello dell'art. 6 Cost., ma si riferirebbe a formazioni sociali di recente costituzione, rappresentative a livello nazionale di persone immigrate sull'intero territorio italiano e accomunate dalla stessa etnia. L'adozione di politiche sociali orientate in tal senso non farebbe altro che valorizzare il principio di eguaglianza sostanziale. Così facendo, il diritto, come in precedenza argomentato, opererebbe quale efficace istanza di mediazione dei conflitti sociali.

L'idea di fondo è che la tensione esistente tra integrazione e identità<sup>133</sup> possa essere mitigata dal diritto, che, se per un verso non può di per se eliminare le ragioni alla base dei conflitti normo-culturali, può dall'altro riconoscerli come legittimi e disciplinarne le manifestazioni, riconducendoli a forme, procedure e contenuti ammissibili<sup>134</sup>. In altre parole il pluralismo non è in grado di annullare il conflitto, bensì riesce in qualche modo e fino ad un certo punto a mediarlo<sup>135</sup>. Si tratta di un'ipotesi futuribile, su cui pare opportuno ragionare nell'ottica dell'individuazione di adeguati strumenti per attenuare quel conflitto sociale di matrice etnica di cui sempre più si avvertono i sintomi e che nei prossimi anni assumerà delle forme allarmanti. Naturalmente non ha, senso configurare la possibilità di riconoscere diritti collettivi, se, alle comunità immigrate non vengono innanzitutto riconosciuti ed effettivamente garantiti i diritti fondamentali di cui essi sono titolari in quanto persone: diritto al lavoro, ad una retribuzione equa ed adeguata e all'alloggio<sup>136</sup>.

Un passo avanti in tale direzione sembrano compiere le disposizioni sancite nel decreto legislativo 16 luglio 2012<sup>137</sup> che ha recepito la direttiva europea 2009/52/CE in materia di norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi sprovvisti di regolare permesso di soggiorno.

Il nulla osta al lavoro viene rifiutato nel caso in cui il datore di lavoro sia stato oggetto di una sentenza di condanna anche non definitiva per i reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o

<sup>132</sup> Reso esecutivo in Italia con legge n. 881 del 25 ottobre 1977 è entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978.

<sup>133</sup> Vedi J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo*, Milano, 2003, p.19.

<sup>134</sup> R. TONIATTI, *Minoranze e minoranze protette*, in T. BONAZZI E M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, p.279.

<sup>135</sup> Cfr. E. GROSSO, *Multiculturalismo e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, Relazione presentata al XX Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, «Nuovi temi e tecniche della comparazione giuridica», Urbino, 18-20 giugno 2009, p.8-9. Vedi anche C. MORTATI, *La persona, lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, p.76.

<sup>136</sup> Con la sentenza 3614 del 21/03/2002 il Tribunale di Milano ha condannato il Comune di Milano affermando che integra gli estremi del comportamento discriminatorio sanzionato dall'art. 43 D.Lgs. 286/98, l'attribuzione, nell'ambito delle graduatorie per l'assegnazione residenziale pubblica, di un punteggio aggiuntivo in ragione esclusivamente della cittadinanza italiana del richiedente, da cui è conseguito un trattamento deteriore in riferimento all'accesso agli alloggi pubblici per gli stranieri, pur regolarmente soggiornanti in Italia, solo in ragione del loro status di cittadini stranieri. Il tribunale, oltre a condannare il comune al risarcimento dei danni subiti dai cittadini stranieri ricorrenti, ha ordinato al comune, la cessazione del comportamento discriminatorio e la rimozione dei relativi effetti con le modalità che l'ente locale ritesse più opportune. Il Tribunale di Milano ha sottolineato come una siffatta pronuncia non incorre nel divieto per il giudice ordinario di sostituirsi alla pubblica amministrazione nell'esercizio di potestà pubblicistiche.

<sup>137</sup> Tale decreto ha modificato alcuni articoli del Testo Unico sull'immigrazione, il Dlgs 286/1998.

allo sfruttamento della stessa o di minori da impiegare in attività illecite, di intermediazione illecita e di sfruttamento del lavoro o per il reato d'impiego di manodopera priva del permesso di soggiorno<sup>138</sup>. Le pene previste per i datori di lavoro possono aumentare nel caso in cui il numero dei lavoratori occupati sia superiore a tre, oppure quando si tratta di minori o di lavoratori sottoposti a condizioni di particolare sfruttamento<sup>139</sup>. In quest'ultima ipotesi, il questore può rilasciare allo straniero, che abbia presentato denuncia e che cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, uno speciale<sup>140</sup> permesso di soggiorno<sup>141</sup>.

Il decreto 109/12 concede inoltre, ai datori di lavoro la possibilità di presentare una dichiarazione di emersione per regolarizzare i rapporti di lavoro irregolari in corso da almeno 3 mesi con lavoratori stranieri.

Tali forme d'intervento normativo sono apprezzabili ma continuano a confinare il problema migratorio entro una dimensione emergenziale che non affronta le cause del lavoro straniero sommerso. Il problema del lavoro immigrato sommerso risulta, infatti, strettamente correlato alle condizioni che la normativa stabilisce in materia d'ingresso regolare del migrante extracomunitario. Ci riferiamo all'ipotetico incontro a distanza tra domanda ed offerta di lavoro che il TU sull'immigrazione presuppone, incontro che nella realtà dei fatti, non avviene quasi mai perché il datore di lavoro non è solitamente disposto ad assumere persone che prima non abbia conosciuto. Da qui le assunzioni irregolari di immigrati (spesso in posizione irregolare), che attendono di veder rientrare l'attività da loro svolta nel numero di quote disponibili nel decreto flussi. Qualora il datore sia poi disposto a regolarizzare il lavoratore immigrato, entrambi fingono che lo straniero non si trovi in Italia, sicché il lavoratore rientra nel suo Paese per ottenere il visto di ingresso per lavoro subordinato, rilasciato sulla base della richiesta nominativa di assunzione, intanto presentata in suo favore dal datore di lavoro.<sup>142</sup>

E' dunque auspicabile innanzitutto una modifica della normativa sull'ingresso regolare dei migranti extracomunitari, funzionale a soddisfare un mercato del lavoro ben diverso da quello che si configurava alla fine degli anni Novanta, in cui venne approvato il TU sull'immigrazione.

Specie sul fronte dei servizi di cura e di assistenza, i lavoratori immigrati costituiscono una risorsa occupazionale e umana straordinaria. Tanto più che l'allungamento della speranza di vita e l'indebolimento dei servizi di welfare pubblico, fanno ipotizzare un ulteriore incremento della domanda di colf, badanti, infermieri, baby sitter nel nostro paese. Per non parlare della richiesta di lavoro stagionale nel settore agricolo, soddisfatta oramai in prevalenza da persone extracomunitarie<sup>143</sup>. E' chiaro come a meccanismi più trasparenti e meno farraginosi per l'ingresso regolare e l'assunzione, dovrebbe affiancarsi un incremento delle quote previste dal decreto flussi, tale da rispecchiare fedelmente l'effettiva domanda di lavoro straniero che sussiste nel nostro paese.

<sup>138</sup> Articolo 22 comma 5 bis, Dlgs 286/1998 modificato dal dlgs 109/2012.

<sup>139</sup> Articolo 22 comma 12 bis, Dlgs 286/1998 modificato dal dlgs 109/2012.

<sup>140</sup> L'articolo 18 del TU sull'immigrazione prevede già il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

<sup>141</sup> Articolo 22 comma 12 quater, Dlgs 286/1998 modificato dal dlgs 109/2012.

<sup>142</sup> Ciò accade a condizione che nel frattempo lo straniero che si trovava sul territorio dello Stato sprovvisto di un permesso di soggiorno (che non poteva avere) non sia stato espulso. In tal caso non gli sarebbe consentito di rientrare in Italia per almeno 3 anni. Vedere Documento del Consiglio direttivo dell'ASGI del 1 agosto 2012, *La nuova emersione dei lavoratori immigrati: così gli stranieri "aiutano" lo Stato italiano a risanare la finanza pubblica, ma non hanno diritto ad una effettiva regolarizzazione*, [http://www.asgi.it/public/parser\\_download/save/1\\_asgi\\_regolarizzazione\\_2012.pdf](http://www.asgi.it/public/parser_download/save/1_asgi_regolarizzazione_2012.pdf).

<sup>143</sup> Ambito in cui purtroppo le condizioni di svantaggio e di irregolarità in cui spesso verte il lavoratore immigrato, sconfinano in forme conclamate di schiavismo perpetrate dai cosiddetti datori - caporali. Vedi F. Gatti, *Bilal. Il mio viaggio da infiltrato nel mercato dei nuovi schiavi*, Rizzoli, 2007, F. GATTI, *Io schiavo in Puglia*, L'Espresso, 01.09 2006, <http://espresso.repubblica.it/dettaglio/Io%20schiavo%20in%20Puglia/1370307>.

## **10. I diritti collettivi delle First Nations canadesi: reazione e riscatto dopo le politiche di discriminazione razziale**

L'esperienza canadese risulta interessante ai fini del nostro lavoro per un duplice motivo. Innanzitutto perché mostra, come tale paese, dopo avere adottato in passato delle politiche fortemente discriminatorie nei confronti delle First Nations, ha ripensato globalmente il problema delle differenze etnico-culturali elaborando dei nuovi modelli di governance fondati sul multiculturalismo<sup>144</sup>. Altro motivo che ci spinge a riflettere sui rapporti tra First Nations<sup>145</sup> e governo canadese, attiene il piano delle antinomie normative tra diritto consuetudinario tribale e normativa provinciale o statale, conflitti con cui le istituzioni nordamericane devono confrontarsi già da alcuni secoli e che, come vedremo più avanti, anche in Italia iniziano a porre dei difficili interrogativi agli operatori del diritto. I diritti dei popoli nativi sono stati riconosciuti a partire dal 1982 con il rimpatrio della Costituzione. Si trattò di una novità giuridicamente rilevante in quanto in passato i trattati stipulati dai popoli nativi con i colonizzatori erano ritenuti dotati di una mera valenza politica e non giustiziabili<sup>146</sup>.

Le popolazioni indigene furono vittime a partire dalla seconda metà dell'Ottocento delle politiche assimilazioniste attraverso cui i governi canadesi cercarono di convertire gli indigeni al cattolicesimo, reprimendo al contempo ogni manifestazione della loro appartenenza culturale,<sup>147</sup> in particolare attraverso il divieto dell'uso della loro lingua.

L'articolo 35 della Costituzione canadese riconosce ad indiani, inuit e meticci i diritti esistenti, ancestrali e quelli derivanti dai trattati, mentre l'articolo 25 della Carta dei diritti contiene una clausola di garanzia in base alla quale tali diritti non possono essere eliminati o limitati dal sopravvenire della Carta stessa. Nella sentenza *Sparrow* del 1990, la Corte Suprema afferma che l'onere di provare l'esistenza e la violazione di un diritto collettivo avente copertura costituzionale ex art.35, spetta agli indigeni. Sulla Corona grava la responsabilità di provare che la limitazione di un certo diritto collettivo si fonda su un motivo valido e giustificato.

In tal caso la Corte valuterà se in riferimento a quel dato caso il riconoscimento del diritto collettivo contrastante con la normativa vigente può prevalere su essa o meno, attraverso un test di ragionevolezza e proporzionalità<sup>148</sup>. La Corte afferma, inoltre, che non esiste un

<sup>144</sup> Vedi sentenza della Corte suprema canadese *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7.

<sup>145</sup> Nel concetto di First Nations ricadono le popolazioni aborigene degli inuit, meticci e indiani. In particolare lo status di indiano viene riconosciuto solo qualora il soggetto richiedente soddisfi i requisiti stabiliti nell'Indian Act, approvato nel 1876 e successivamente più volte emendato. Considerati essere bisognosi di tutela in quanto soggetti, non pienamente civilizzati, gli indiani vengono considerati come *wards or children of the Crown*.

<sup>146</sup> T. GROPPI, *Canada*, Bologna, 2006, p.115.

<sup>147</sup> Vedi sentenza della Corte di appello dell'Ontario *Cloud v. The Attorney General of Canada* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (Ont. C.A.).

<sup>148</sup> «Is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a prima facie infringement lies on the individual or group challenging the legislation». Sentenza della Corte suprema canadese *Sparrow* (1990) 1 S. C. R. 1075.

criterio generale per rilevare l'esistenza di un diritto, ma che si dovrà valutare caso per caso<sup>149</sup>.

In seguito, nella sentenza *Van Der Peet*<sup>150</sup>, il massimo organo giurisdizionale canadese individua con precisione i requisiti necessari per enucleare i diritti speciali degli Indiani: il diritto aborigeno deve costituire un uso, una tradizione o una consuetudine che sia centrale, necessaria e parte integrante di quella specifica cultura della società aborigena fin dal periodo pre-coloniale. Deve trattarsi di caratteri che connotano in modo specifico ed unico una determinata comunità.

In *Delgamuukw*<sup>151</sup> per la prima volta, la Corte suprema canadese riconosce agli indigeni un titolo aborigeno sulle loro terre. Fino ad allora l'uso della terra consentito alle tribù si sostanzialmente nella possibilità loro concessa di cacciare, pescare o estrarre delle risorse minerarie. A partire da questa pronuncia, si afferma una sorta di diritto di proprietà piena sulla terra che comporta la facoltà di escludere altri dal godimento, estrarre risorse ed utilizzarla per scopi privati o commerciali. Si tratta di un diritto comunitario, cosicché le decisioni su ciò che concerne la terra devono essere prese dalla comunità nel suo insieme. Il titolo aborigeno può essere venduto solo al governo federale canadese e trattandosi di un diritto costituzionale, esso non può essere oggetto di limitazioni a meno che non vengano soddisfatti i requisiti imposti da un rigoroso test di ragionevolezza.

Dopo aver in passato di fatto negato alle tribù aborigene persino il godimento dei diritti fondamentali minimi, le istituzioni canadesi sono riuscite a mettere fine ad una delle pagine più drammatiche della storia del mondo occidentale. Oggi, infatti, oltre a garantire la piena applicazione del principio di eguaglianza formale, grazie all'adozione di politiche multiculturali, si sforzano di raggiungere obiettivi di eguaglianza sostanziale. Ciò che rileva ai fini del nostro lavoro, è l'idea che il riconoscimento di diritti collettivi di matrice culturale, sia stato considerato in Canada uno strumento di coesione sociale, funzionale prima ad ammettere, e pian piano ad incrementare, il tasso di partecipazione di questi gruppi etnici alla vita politica economica e sociale del paese.

## **11. I conflitti normativi a sfondo penale generati nel contesto familiare. Ipotesi risolutive.**

Il fenomeno migratorio ha oggi nella famiglia una motivazione, uno scopo o un problema determinante<sup>152</sup>, cosicché l'ambito familiare sempre più di frequente costituisce il contesto che fa da sfondo a controversie normative, generate da norme di diritto consuetudinario di matrice etnica e religiosa da un lato, e norme interne dall'altro.

Negli ultimi venti anni i giudici italiani sono stati chiamati ad esprimersi su condotte poste in essere da persone immigrate in Italia, alla luce di convincimenti e valori strettamente correlati con la propria appartenenza e tradizione culturale.

---

<sup>149</sup> «We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case». Sparrow (1990) 1 S. C. R. 1075. Vedi anche J. M. ALLAIN, Law and Government division, *Aboriginal fishing rights: Supreme Court decision*, 1996, <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/bp428-e.htm#A>. Sparrow(txt).

<sup>150</sup> Sentenza della Corte suprema canadese R. v. Van der Peet (1996) 2 S. C. R. 507.

<sup>151</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

<sup>152</sup> DONATI, *op. cit.*, p.3. In tema vedi anche L. MIAZZI, *Infanzia, donne e famiglie immigrate: discriminazione e intervento giurisdizionale*, Diritto & Questioni pubbliche, n.8, 2008.

Spesso, tali antinomie assumono rilevanza nel contesto di procedimenti penali in cui la difesa della persona immigrata fa ricorso a quella che la dottrina statunitense ha definito *cultural defense*. Si tratta di una strategia normativa utilizzata nel processo penale, basata sull'appartenenza dell'imputato ad una minoranza culturale e rivolta ad ottenere l'assoluzione o un trattamento sanzionatorio più mite<sup>153</sup>.

L'obiettivo della *cultural defense* è quello di consentire a persone appartenenti ad una cultura minoritaria, qualora comportandosi in conformità a norme culturali pongano in essere un reato, di esporre in sede processuale i presupposti culturali del proprio comportamento, nell'aspettativa che la motivazione culturale del loro agire sia compresa dai giudici, i quali, se anche non la condivideranno, potranno riconoscerle una rilevanza *pro reo*<sup>154</sup>.

La dottrina penalistica italiana ha rinvenuto sulla base dell'analisi giurisprudenziale di reati compiuti da persone immigrate, una motivazione culturale, in molti casi di maltrattamenti in famiglia ex. art. 572 c.p., pratiche di mutilazioni genitali ex. art. 583 bis c.p. e di reati concernenti l'abbigliamento rituale.

Interessanti ai fini della nostra indagine risultano alcune pronunce della Corte di Cassazione in materia di maltrattamenti violenti in famiglia. Tali sentenze sono significative in quanto mostrano, attraverso il linguaggio e le argomentazioni utilizzate dai giudici, il tipo di approccio che i Tribunali e la Suprema Corte stanno sviluppando rispetto a delle condotte che il nostro ordinamento sanziona penalmente ritenendole lesive di beni della vita costituzionalmente garantiti, ma che il diritto consuetudinario degli ordinamenti di alcuni paesi di origine considera legittimi.

Questo tipo di controversie è esemplificativo di quel basilare principio, analizzato dal Crisafulli<sup>155</sup> sulla base anche del pensiero romaniano: il principio della relatività dei valori giuridici, per cui ogni ordinamento riconosce le proprie fonti quali strumenti idonei a produrre diritto oggettivo, cosicché ciò che costituisce norma giuridica per un ordinamento non lo costituisce per un altro. Corollario di tale principio era il principio di esclusività della produzione normativa, da tempo messo in crisi dal vigoroso affermarsi del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici. Alla luce, dunque, di tali premesse è lecito domandarsi, allo stato attuale, di quali canoni di valutazione dovrà fare uso il giudice chiamato ad esprimersi su controversie del genere.

Dovrà guardare al diritto interno in chiave relativistica e dunque accordare rilevanza alla prospettiva culturale che più si avvicina al suo *background* formativo, ponendo le norme interne e le norme tradizionali straniere sullo stesso piano di osservazione? Oppure dovrà, quasi in chiave monista, presupporre l'esistenza di un rapporto gerarchico tra diritto interno e diritti tradizionali stranieri con la conseguente prevalenza in caso di conflitto del diritto nazionale contrastante? I giudici italiani non hanno fatto ricorso a nessuno di questi ragionamenti, più semplicemente si sono limitati a dare applicazione al dettato costituzionale.

Nella sentenza *Bajrami*<sup>156</sup> che fa da *leading case* ad una serie di pronunce in materia di maltrattamenti familiari a sfondo culturale, la Corte di Cassazione ha dichiarato che *i*

---

<sup>153</sup> F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010, p.266, A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

<sup>154</sup> P. J. MAGNARELLA, *Justice in a culturally pluralistic society: the culture defense on trial*, in *The journal of ethnic studies* Vol. XIX, 1991. Vedi anche J. VAN BROECK, *Cultural defence and culturally motivated crimes (Cultural offences)*, *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Vol. IX/1, 2001. <http://jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf>.

<sup>155</sup> V. CRISAFULLI, *Voce "Fonti del diritto (dir. cost.)"*, Enc. dir. XVII, Milano, 1968, p.930, ss. e dello stesso autore *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970, p.43 e p.64.

<sup>156</sup> Cassazione, Sez. VI penale, 20 ottobre 1999, n. 3398.

*principi costituzionali* che riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo, la pari dignità sociale e l'eguaglianza senza distinzione di sesso, nonché i diritti della famiglia ed i doveri verso i figli, costituiscono *uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto e di fatto nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che suonano come barbari a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona*. La Corte ha poi concluso affermando che il reato di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) non può essere scriminato dal consenso dell'avente diritto, sia pure affermato sulla base di opzioni culturali relative ad ordinamenti diversi da quello italiano. Dette opzioni, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto con i principi che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art.2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli art.29-30 Cost. (fattispecie in cui la scriminante del consenso dell'avente diritto era stata fondata sull'origine albanese dell'imputato e delle persone offese per le quali varrebbe un concetto dei rapporti familiari diverso da quello vigente nel nostro ordinamento).

La Cassazione ha dunque preso nettamente le distanze dalle giustificazioni di natura culturale mosse a difesa dell'imputato, affermando che qualora il diritto consuetudinario di matrice etnica si ponga in contrasto con le disposizioni costituzionali in materia di diritti e principi, queste ultime costituiranno uno "sbarramento invalicabile", espressione che esclude qualsiasi forma di permeabilità di tali normative nell'ordinamento italiano.

Tale posizione si inquadra nella più ampia prospettiva della conservazione della posizione di preminenza che le disposizioni sui diritti ed i principi devono conservare nel contesto di una Costituzione rigida qual è la nostra, in quanto norme inderogabili.

Nella sfera penale valgono i limiti posti alla revisione costituzionale e all'ingresso di norme comunitarie e internazionali nell'ordinamento italiano, ovvero la dottrina dei controlimiti enunciata dalla Corte costituzionale. Inopportuno risulta, invece, l'impiego da parte della Cassazione della dicotomia civile-barbaro per descrivere la contrapposizione tra la tradizione giuridica italiana e quella albanese per quanto riguarda il concetto di convivenza familiare. Tale linguaggio richiama alla mente una dimensione di scontro tra civiltà e come giustamente è stato osservato<sup>157</sup>, marchia con un attributo denigratorio l'intera cultura di un gruppo, piuttosto che prendere in considerazione, come sarebbe stato più corretto fare, la condotta del singolo individuo.

La dottrina dello "sbarramento invalicabile" viene ribadita dalla Corte di Cassazione nella sentenza *Khouider*<sup>158</sup>, in cui i maltrattamenti violenti compiuti dall'imputato marocchino di religione musulmana a danno della propria moglie, vengono nuovamente qualificati dalla Corte come *barbari*. Nello stesso filone deve essere annoverata la sentenza *Fahmi*<sup>159</sup> in cui diversamente dalle due citate, l'aggettivo *barbaro* viene sostituito da *antistorico*. Se pur apparentemente politicamente corretta, la scelta di questo attributo denota ancora una volta la volontà del giudice di motivare la propria decisione sulla base di un giudizio di valore che connota il diritto consuetudinario marocchino, come contrastante con l'attuale stadio evolutivo della cultura giuridica occidentale in quanto approdata alla garanzia dei diritti inviolabili della persona.

Anche in questo caso, più corretto sarebbe stato l'impiego del semplice argomento formale della garanzia dei diritti fondamentali che deve prevalere sul diritto consuetudinario straniero contrastante. Ciò non significa rinnegare il peso che i giudizi di valore hanno, ed in sede Costituente hanno avuto, nella scelta della tavola di valori che informano il nostro ordinamento giuridico, più semplicemente tali giudizi sono impliciti nelle disposizioni sui principi ed i diritti contenuti in Costituzione e in quanto costituiscono il

<sup>157</sup> BASILE, *op. ult. cit.*, p.171.

<sup>158</sup> Cassazione, Sez. VI, penale, 8 gennaio 2003, n.55.

<sup>159</sup> Cassazione, Sez. VI, penale, 16 dicembre 2008, n. 46300.

cuore dell'identità costituzionale italiana, devono prevalere anche sulle norme culturali con esso contrastanti<sup>160</sup>.

Diversamente, quando la condotta dell'imputato non violava un diritto fondamentale e il fatto contestato si connotava per un'offensività minima, da alcuni giudici di merito è stata, riconosciuta come scriminante, la motivazione culturale del reato<sup>161</sup> con riferimento a indumenti tradizionali e simboli religiosi indossati da persone immigrate.

I casi menzionati in riferimento alla Cassazione mostrano come, l'approccio sviluppato dalla Corte prenda nettamente le distanze da quelle storiche sentenze pronunciate da alcune Corti Supreme statunitensi in tema di cultural defense. Dopo i noti casi Kimura<sup>162</sup>, Moua<sup>163</sup> e Chen<sup>164</sup>, negli Stati Uniti si è, infatti, sviluppato un acceso dibattito concernente la struttura multiculturale della società americana, l'esigenza di accogliere in essa la diversità culturale, nonché la necessità di assicurare il rispetto del principio di eguaglianza tra membri di culture diverse, ed anche tra uomini e donne. A seguito di tali procedimenti penali, in cui le difese degli imputati si erano basate sulla rilevanza della cultura d'origine, le Corti condannano a solo un anno di detenzione e cinque di *probation* una madre giapponese che annega nell'oceano i due figlioletti, a novanta giorni di detenzione un giovane laotiano che sequestra e violenta la sua fidanzata, a cinque anni di *probation* un marito cinese che uccide a martellate la propria consorte.

Diversamente, la Cassazione, non ha ritenuto opportuno dare rilievo alla motivazione culturale invocata in funzione scriminante nei casi menzionati.

Se dunque per un verso tali forme di conflitto tra norme appartenenti ad ordinamenti differenti, costituiscono la più recente modalità attraverso cui si declina il paradigma della pluralità degli ordinamenti giuridici, per un altro è a teorie già consolidate a cui pare opportuno fare riferimento per trovare delle soluzioni.

In tal senso il pluralismo normativo fornisce una risposta adeguata a tali controversie perché esalta il ruolo del giudice quale istanza di mediazione tra i differenti approcci culturali sviluppati dagli ordinamenti a cui le norme in contrasto risultano essere riconducibili. Ai fini della scelte che i giudici devono compiere risulta utile l'impiego del diritto comparato e dunque delle normative e delle argomentazioni applicate in riferimento a controversie analoghe sorte in ordinamenti che storicamente hanno dovuto confrontarsi con massicci flussi migratori<sup>165</sup>. In taluni casi, l'apporto di esperti specializzati nella conoscenza della cultura e delle tradizioni afferenti i singoli gruppi etnici potrebbero fornire degli strumenti utili al giudice per meglio comprendere il contesto sociale e familiare in cui i fatti su cui deve giudicare si sono svolti.

Il confronto e la circolazione delle prassi può essere una strada da percorrere, tenendo però presente la necessità di preservare l'identità culturale italiana non mettendo in discussione i principi fondamentali ed i diritti inviolabili sanciti dal nostro ordinamento.

Meno convincenti risultano le tesi di quanti hanno visto nel diritto internazionale e in alcuni casi nelle normative di diritto interno e internazionale a tutela dei diritti umani, una sorta di *ius commune* a cui fare riferimento quale istanza utile al superamento dei conflitti normativi

<sup>160</sup> Sul ruolo dei giudizi di valore nella formazione di un ordinamento giuridico vedi N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p.204. «Per trarre una regola da una cosa, dobbiamo considerare questa cosa come un mezzo per raggiungere un fine, cioè attribuirle la qualità di valore strumentale; ma questa qualità è attribuibile soltanto in quanto sia presupposto un valore finale, che io non ricavo dalla natura del comportamento, ma da giudizi di valore ulteriori, in una catena continua di valori finali che diventano strumentali rispetto a valori ulteriori, sino a che si giunge inevitabilmente ai valori ultimi, cioè a valori non ulteriormente riducibili, dai quali poi tutte le cose di cui si compone quel dato sistema normativo traggono il loro valore».

<sup>161</sup> Tribunale di Treviso, 3 marzo 2005, Tribunale di Vicenza 23 gennaio 2009, Tribunale di Cremona 19 febbraio 2009.

<sup>162</sup> *People v. Kimura*, N. A-0913, Los Angeles Superior Court, 21 novembre 1985.

<sup>163</sup> *People v. Tou Moua*, N.328106-0, Fresno County Superior Court, 28 novembre 1985.

<sup>164</sup> *People v. Chen*, N.87-774, New York Supreme Court, 2 dicembre 1988.

<sup>165</sup> Vedi, Human development report, Capitolo 3, 2011.

tra ordinamenti. Si pensi alla dottrina del *pluralism under international law* formulata da MacCormick<sup>166</sup> e di recente ripresa in America da Somek<sup>167</sup> per rilanciare il diritto internazionale in una prospettiva monista alla Kelsen.

Häberle ha addirittura auspicato<sup>168</sup> lo sviluppo di una cultura mondiale dei diritti fondamentali da ancorare all'individuo in quanto tale, in ragione della tutela del suo *status mundialis hominis*, uno status generico sganciato dal concetto di cittadinanza o di appartenenza ad entità istituzionali<sup>169</sup>.

Si tratta di visioni estremamente affascinanti per i postulati da cui partono e per i difficili obiettivi che si prefiggono di raggiungere, il problema è che la realtà dei fatti risulta di difficile assunzione nell'ambito di queste teorie. I conflitti normativi che il pluralismo normativo e culturale pone innanzi ai giudici, comportano, infatti, problemi interpretativi legati ai differenti significati che vengono attribuiti a medesimi enunciati linguistici, così come scelte concrete da compiere implicanti delle forti prese di posizione connesse ai background socio-economici dell'ordinamento di appartenenza.

Più efficace sarebbe probabilmente, come prima accennato, l'impiego del diritto comparato e dell'interpretazione teleologica ai fini dell'elaborazione di una teoria delle scelte istituzionali che porti, sul modello del pluralismo costituzionale di Maduro<sup>170</sup>, all'esplicitazione delle *giustificazioni di secondo livello* nelle sentenze dei giudici, secondo la visione proposta da MacCormick<sup>171</sup>.

L'idea consiste nel rendere pubbliche nelle motivazioni delle sentenze, quelle scelte basate su giudizi di valore che conducono l'operatore a decidere quale finalità, quale interesse o valore salvaguardare attraverso la propria decisione. Tale modo di procedere potrebbe introdurre un'istanza di trasparenza e dunque limitare il margine di apprezzamento del giudice, qualora sia chiamato a decidere in merito a controversie aventi ad oggetto il diritto consuetudinario di matrice etnica e il diritto nazionale. Questo tipo di conflitto normativo può, infatti, essere annoverato tra quegli *hard cases* su cui il giurista scozzese si concentra poichè casi complessi in cui l'elemento valutativo assume un rilievo determinante ed in quanto non risolvibili attraverso ragionamenti deduttivi.

L'azione del giudice sarebbe poi semplificata se a livello legislativo si maturasse la consapevolezza

circa l'opportunità di adottare delle normative che tengano in considerazione le istanze culturali dei gruppi etnici prevedendo quando necessario, delle deroghe alle normative vigenti giustificate dalla diversità religiosa o culturale,<sup>172</sup> oppure riconoscendo ai gruppi etnici dei diritti collettivi in ragione della loro appartenenza culturale.

<sup>166</sup> N. MACCORMICK, *Risking constitutional collision in Europe?*, Oxford journal of law studies, 1998, p.517-532. «According to pluralism under international law, the obligations of international law set conditions upon the validity of state and of Community constitutions and interpretations thereof, and hence impose a framework on the interactive but not hierarchical relations between systems».

<sup>167</sup> A. SOMEK, *Monism, a tale of the undead*, University of Iowa legal studies research paper, n.10-22, giugno 2010, p.9.

<sup>168</sup> P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, p.104-106.

<sup>169</sup> L'idea di fondo sviluppata da Häberle consiste nel pervenire all'elaborazione di una teoria universale dei diritti umani attraverso una comparazione da svilupparsi a livello mondiale nell'ambito delle teorie nazionali in materia di diritti fondamentali. Tale teoria sarebbe incentrata sul concetto di dignità umana da intendersi come base antropologico-culturale dello Stato Costituzionale. In esso la Costituzione viene intesa come espressione di una condizione culturale, strumento dell'autorappresentazione culturale di un popolo, specchio del patrimonio culturale di esso e fondamento delle sue aspettative.

<sup>170</sup> M. P. MADURO, *Europe and the Constitution: What if this is as good as it gets?* in J.H.H. WEILER, M. WIND, *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge, 2003, p.77. M. P. MADURO, *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, *European journal of legal studies*, II, 2007, p. 18.

<sup>171</sup> N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001.

<sup>172</sup> In tal senso vedere la sezione 16.2 del Road Traffic Act del 1988 che in Regno Unito esonera dall'obbligo di utilizzare il casco, gli indiani di religione Sikh che indossano il turbante.

Il problema sta nel fatto che negli ambiti eticamente più “sensibili”, il legislatore, quando non rinuncia del tutto a elaborare regole che traducano il valore, in stabili rapporti gerarchici fra interessi, tende per lo più a traslare il conflitto sulle istanze giurisdizionali, formulando regole “aperte” all’integrazione in via interpretativa, quindi adatte a dare alla legge la forma più adeguata per farla corrispondere costantemente al mutare della percezione sociale dei principi costituzionali<sup>173</sup>. Sul giudice si scarica quindi l’onere di prendere posizione in un confronto che non è più tra opzioni ermeneutiche, ragioni di opportunità, esigenze funzionali, ma, letteralmente, tra visioni del mondo. La generale impossibilità di porre l’unità sui valori a premessa dei sillogismi giudiziari, indirizza la ricerca dei fondamenti di giustificazione delle pronunce giurisdizionali prevalentemente verso il fatto. Tale problema non riguarda solo il giudice costituzionale e il giudice di legittimità, ma tocca anche, in misura crescente, il giudice comune. È dal giudice, in prima battuta, che gli individui pretendono l’immediata protezione dei diritti e dei valori costituzionali. Da qui la validità ai fini della soluzione delle antinomie poste dal pluralismo culturale delle riflessioni sviluppate da Chaim Perelman<sup>174</sup>. Secondo l’autore, il giudice, pur restando vincolato al rispetto della legge, non deve limitarsi alla mera applicazione del testo normativo, il suo compito è bensì quello di adattare la lettera della legge alla soluzione più equa e ragionevole del caso di specie. Posta però la vaghezza e l’indefinibilità insite nei concetti di ragionevolezza e di equità, il giudice dovrà assumere come criterio guida della sua decisione un giudizio di valore che gli permetterà di compiere una scelta tra finalità tra loro in conflitto. Tale scelta dovrà tenere conto delle istanze presenti e delle insoddisfazioni latenti tra l’opinione pubblica, nonché del contesto storico, politico e sociale su cui la sua decisione andrà ad incidere. L’idea di fondo è che le controversie che hanno ad oggetto i diritti fondamentali non possano essere risolte sulla base di criteri formali precostituiti, ma necessitino di una riflessione complessa basata sull’istaurazione di un dialogo diretto tra il legislatore e il giudice, nonché sulla comunicazione tra quest’ultimo ed il suo uditorio allo scopo di comprendere di volta in volta quale sia la soluzione più idonea a suscitare il consenso. Perelman parla segnatamente della necessità per i giudici di motivare le proprie decisioni attraverso efficaci tecniche argomentative volte a dimostrare che oltre al rispetto della legge, sono state tenute in considerazione tutte le altre variabili a cui si è fatto riferimento.

\*\* Dottore di ricerca in “Impresa, stato e mercato” presso l’Università della Calabria.

---

<sup>173</sup> G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant’anni dall’incontro di Ebrach, Roma, Luiss, 26 ottobre 2009.

<sup>174</sup> C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979.

Forum di Quaderni Costituzionali



stituzionali