

**La cura del corpo:
i diritti costituzionali e il 'campo' tra uomo e cittadino***

(8 ottobre 2016)

di *Laura Buffoni***

Sommario: 1. L'uomo e il cittadino: la 'salutare' ambiguità del testo costituzionale. – 1.1 La critica della 'nudità' dei diritti umani. – 2. L'impossibilità di separare l'umanitario dal politico nel diritto alla salute. – 3. I dispositivi biopolitici nelle leggi ordinarie: la 'sicurezza pubblica'. – 4. Per i diritti dell'uomo-cittadino: contro il cosmopolitismo di un *nomos* sradicato.

1. *L'uomo e il cittadino: la 'salutare' ambiguità del testo costituzionale*

Il diritto alla salute quale diritto fondamentale dell'individuo, definito in negativo come il non-cittadino, è storia di rovesciamenti e paradossi nel testo costituzionale, nella giurisprudenza costituzionale e nella legislazione ordinaria. Non si spiega con la logica della *contraddizione* tra uomo e cittadino e della successiva sintesi, ma assume i tratti del paradosso, dell'«unione» degli inconciliabili¹. Proviamo a praticare – e non a risolvere – il paradosso, a pensare partendo dal paradosso.

La Costituzione è apparentemente attraversata da una polarità: la distinzione, che presuppone una certa separazione, tra diritti dell'uomo² (tradotti in diritti/libertà dell'«individuo»³, della «persona»⁴, dell'inclusivo «tutti»⁵ o dell'impersonale, de-soggettivato, «nessuno»⁶) e diritti del cittadino⁷.

Nella dottrina costituzionalistica si è costruita la relazione tra uomo e cittadino come un'opposizione, appunto tra due 'relati' e la si è risolta in due differenti direzioni. O nella direzione della trasfigurazione dei diritti 'fondamentali', non esplicitamente intestati ai cittadini⁸, in diritto dell'uomo, facendo appello al canone dell'interpretazione sistematica della Costituzione innanzi alla sua lettera incerta, divisa tra il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo all'art. 2, l'eguaglianza dell'art. 3 riferita all'essere cittadino, ma preordinata al pieno sviluppo della 'persona umana' e la soggettivazione, nella rubrica della parte prima, dei diritti e doveri in capo ai cittadini, di cui – attingendo all'argomento originalista – non è, però, rinvenibile un significato univoco nei lavori dell'Assemblea costituente e della cui menzione non vi è traccia nel corpo delle singole disposizioni che

* Scritto sottoposto a referee.

¹ S. KIERKEGAARD, *Papirer* (1909), *Diario (1849-1850)*, trad. it. a cura di C. Fabro, Brescia 1981, vol. 7, n. 2829, p. 107.

² Art. 2, Cost.

³ Art. 32, c. 1, Cost.

⁴ Artt. 3, c. 2, 13, 32, c. 2 e 119, c. 5, Cost.

⁵ Artt. 19, c. 1, 21, c. 1, 24, c. 1, 34, 42, c. 2 e 53, c. 1, Cost.

⁶ Artt. 22, 25 e 32, c. 2, Cost.

⁷ Artt. 3, 4, 14, 17, 18, 38, 48, 49, 50, 51 e 75 c. 3, Cost.

⁸ A sua volta, però, è un prò-blema l'identificazione dei diritti fondamentali che la Costituzione garantisce ai soli cittadini ovvero, a rovescio, dei diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona, cosicchè questa tesi finisce potenzialmente per trasfigurare tutti i diritti dei cittadini in diritti dell'uomo.

riferiscono i diritti fondamentali o inviolabili⁹ all'individuo o a tutti¹⁰. O, privilegiando l'interpretazione testuale, nella direzione della esclusione degli uomini (non-cittadini) dai diritti della parte I della Costituzione e dal principio di eguaglianza e della, conseguente, attribuzione allo *status* di cittadinanza di un ruolo diversificante (escludente) nella disciplina costituzionale delle situazioni giuridiche soggettive¹¹: la Costituzione, come fatto politico, non potrebbe che inerire l'esistenza politica, il popolo, quindi lo *status* politico di cittadino e non la sfera privata dell'uomo-individuo. Ciò, però, non preclude al legislatore di estendere, con legge ordinaria, i diritti costituzionali civili, economici e politici dei cittadini agli stranieri¹². Le conseguenze in punto di statuto costituzionale dei non cittadini sono evidenti. Nella prima interpretazione del testo costituzionale, i diritti dello straniero sono riconosciuti come diritti dell'uomo, nella stessa misura e qualità in cui sono garantiti al cittadino, direttamente dalla Costituzione e non già dalla legge ordinaria rinforzata che disciplina la condizione giuridica dello straniero ex art. 10, c. 2, Cost. Il controllo di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie ha quali parametri la norma costituzionale che attribuisce il diritto a tutti, a chiunque o persino al cittadino e/o la norma che qualifica il diritto come inviolabile o fondamentale, l'art. 2, interpretato in forza della capacità poietica, normogenetica, della dignità umana, e il principio di eguaglianza, declinato quale identità di trattamento per lo meno quando sono in gioco diritti fondamentali. Nella seconda, che attribuisce i diritti 'costituzionali' (e non 'fondamentali', perché la fundamentalità o inviolabilità non può fondare diritti positivi, quando è essa stessa a dover essere fondata nel diritto posto¹³) ai soli cittadini e che esclude che i diritti dell'uomo debbano essere riconosciuti a tutti, lo statuto giuridico dello straniero è *costituito* dall'art. 10, c. 2 e nel rispetto principio di razionalità-ragionevolezza della discriminazione. Il sindacato di legittimità delle leggi ordinarie che attuano la riserva relativa di legge è quello, più lasco, del giudizio di ragionevolezza (e, quindi, di non irragionevole discriminazione) di un eventuale – ma per ciò stesso ammissibile – trattamento dispari dello straniero rispetto al cittadino.

Si tratta di un riadattamento del dibattito che ha interessato la Costituzione di Weimar sulle libertà ascrivibili a tutti, anche contro la lettera

⁹ Per la sinonimia tra fundamentalità e inviolabilità v. P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. XIX.

¹⁰ Questi i noti argomenti pionieristicamente e variamente sviluppati nella dottrina costituzionalista da Barbera, Mortati, Barile, Martines, Cassese e D'Orazio e, più di recente, ripresi nel dibattito costituzionalistico da Luciani, Caretti, Onida, Niccolai, Cerrone, Pugiotto, Grosso, Bascherini, Bonetti e Pezzini). Per una ricostruzione di quel dibattito cfr. R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene, 2012, p. 2 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, p. 115 ss.

¹¹ Sulla scia di G. BASCHIERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA e C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, Nocchioli, 1949, p. 41 ss. e C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, p. 17 ss., cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, pp. 10-1, 84-5, 93-4 e 315-320; ID., *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, 2001, n. 2, p. 156, nt. 4 e 5; ID., *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista Aic*, 2010, p. 7; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, p. 105 ss.

¹² G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Zanichelli, 2000, p. 624 ss.

¹³ Critica la rilevanza giuridica nella nostra Costituzione della categoria dei «diritti fondamentali» A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 685 ss.; ID., *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, n. 1, p. 3.

della Costituzione o ai soli cittadini. Il discrimine è il 'punto politico'¹⁴. Schmitt riconosce in capo ai soli cittadini l'ambito soggettivo del principio di eguaglianza e ammette equiparazioni tra cittadini e stranieri sono nella sfera delle individualistiche libertà civili, i soli diritti *fondamentali* in senso autentico in quanto esistono prima e al di sopra dello Stato, ma non già in quelle politiche, che presuppongono il cittadino e con esso il popolo che esiste nello Stato e neppure in quelle sociali, che sono condizionate e relativizzate dalle prestazioni dello Stato¹⁵. Diritti fondamentali sarebbero, infatti, solo «i diritti liberali dell'uomo in quanto persona singola», dell'«uomo singolo isolato»¹⁶, che soli corrispondono al principio di divisione dello Stato liberale ove la libertà illimitata è un dato: proprio perché diritti umani pre-statali valgono, con pretese di illimitatezza e assolutezza, per ogni uomo senza riguardo alla cittadinanza. Diritti fondamentali sono, perciò, soltanto i diritti «nelle condizioni non politiche del mero sociale» e non già le richieste sociali¹⁷. Nella sua dottrina, Schmitt concludeva che i diritti democratici del cittadino (ma anche quelli sociali) non valgono naturalmente per gli stranieri, poiché altrimenti «cesserebbe l'unità e la comunità politica e cadrebbe il presupposto essenziale dell'esistenza politica, la possibilità di distinzione fra amico e nemico».

Confrontarsi con il pensiero di Schmitt, con le sue posizioni polemiche, comunque esterne, se non ostili, rispetto alle Costituzioni della democrazie pluraliste contemporanee, non significa necessariamente adesione. Significa, però, cogliere la ricorsività degli argomenti nel dibattito di allora e in quello contemporaneo e, quindi, l'attualità delle sue categorie, la loro forza euristica, e questo anche solo per spiegare perché sono, al pari di quelle che le ricalcano oggi, sbagliate. Significa, al contempo, allontanarsene allorché la sua riflessione si riveli inadeguata rispetto alle domande alle quali il diritto costituzionale è chiamato a rispondere: inadeguata sembra, così, la concezione esclusiva dell'unità politica e la riconduzione della relazione cittadino/straniero alla dialettica (sempre che dialettica effettivamente sia nel pensiero schmittiano) tra amico e nemico.

Ciò che, invece, *ricorre* nel dibattito weimeriano e nelle polarità del dibattito costituzionalistico contemporaneo è – anche al di fuori della coppia amico-nemico – la relazione reciprocamente escludente tra cittadino e uomo: il cittadino è la dimensione pubblica dell'uomo, la sua esistenza nella sfera pubblica, politica; l'uomo è il non-cittadino, ridotto alla sua esistenza privata.

Quel discorso – e con esso tutte le ancipiti conseguenze normative che ne derivano – potrebbe però essere messo in questione ove si ripensi, si metta in una nuova forma, la relazione tra uomo e cittadino nello spazio biopolitico della contemporaneità¹⁸. In questo spazio la domanda cui dare

¹⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 227.

¹⁵ Sulla storicizzazione della tesi di Schmitt v. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, n. 4, 771-3; ID., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 211.

¹⁶ *Ibidem*, p. 219.

¹⁷ *Ibidem*, p. 221.

¹⁸ La critica di L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, n. 2, p. 393 ss., alla lettura biopolitica della condizione del 'migrante', dell'uomo-non cittadino, in quanto riduzionistica, pare qui fuori gioco. Lì il punto è la critica alla riduzione di quella condizione ad uno stato di eccezione, perché quella condizione è ormai normalizzata. Qui le categorie della biopolitica mostrano i limiti concettuali

risposta è se interpretare, ri-scrivere per alcuni versi, estensivamente i diritti del cittadino come diritti dell'uomo sia davvero una battaglia di avanguardia o, che è lo stesso, se la esclusiva politicità dei diritti costituzionalmente garantiti sia davvero di retroguardia.

Partiamo dalla relazione tra uomo e cittadino implicata dal testo costituzionale.

Ne è da sempre rilevata l'anfibolia. L'art. 2, con il riconoscimento (e la garanzia) dei diritti inviolabili dell'uomo che, proprio perché *ricognosciuti*, non possono che preesistere alla sfera politica e, per lo meno, a quella statale, rinvia alla dimensione universalistica (se non giusnaturalistica) dei diritti, la cui fonte è l'uomo, sia ove la si interpreti come clausola a fattispecie aperta o chiusa. L'art. 3, però, individua come soggetti della dignità sociale, dell'eguaglianza e della libertà i cittadini, salvo poi riferire al pieno sviluppo della persona umana il compito promozionale della Repubblica. La rubrica della Parte prima ascrive i diritti e i doveri ai cittadini, ma le singole disposizioni alludono in più luoghi all'universalismo dei diritti fondamentali¹⁹ dell'uomo-individuo-persona. Lasceremo da parte le ulteriori complicazioni derivanti dall'interpretazione del testo costituzionale in forza di costrutti teorico-politologici: ovvero la metamorfosi dei diritti dei cittadini in diritti dell'uomo argomentata ricorrendo ai concetti politologici, di indubbia pregnanza assiologica ma di cui non pare solida la tenuta giuridica sul piano del diritto costituzionale posto, di cittadinanza sociale²⁰ o cosmopolita²¹ o universale²², di repubblica²³ e così via²⁴.

L'ambiguità o meglio l'ambivalenza del testo potrebbe non essere un problema.

Si può, infatti, cercare di risolvere questa ambiguità, questa *indecisione*, accordando prevalenza o alla dimensione umanitaria, alla vita naturale che viene così iscritta nell'ordine giuridico-politico dello Stato o alla dimensione politica, al cittadino che solo in essa può esistere. Oppure si può scegliere un'altra via: quella di non risolvere quella ambiguità, ma di coltivarla – perché forse non è un'ambiguità, ma una co-esistenza – come unica possibilità affinché, da un lato, la vita naturale non sia separata ed eccepita

e positivi della categoria dei diritti umani e le insidie proprie dello scivolamento del cittadino in uomo, della normalizzazione, appunto, della sola condizione di uomo, di nuda vita.

¹⁹ La fundamentalità di un diritto ne implicherebbe la portata universale per L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 6 ss.

²⁰ G. ROMEO, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2011, p. 45 ss.

²¹ J. HABERMAS, *Cittadinanza, politica e identità nazionale. Riflessioni sul futuro dell'Europa*, in ID., *Morale, Diritto, Politica*, Torino, Einaudi, 1992, p. 136. Sulle lacune della teoria cosmopolitica S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 11 ss.

²² L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Bari, Laterza, 1994, p. 287 ss.

²³ G. VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2016, n. 2, p. 722 ss.

²⁴ Pare riferirsi ad una cittadinanza/non-cittadinanza la Corte costituzionale nella sent. n. 172 del 1999, ove afferma che esiste «una comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, che accoglie e accomuna tutti coloro che quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri». Qui la cittadinanza non è il presupposto, la condizione giuridica, della titolarità di diritti e doveri, ma, rovesciando, la comunità di diritti e doveri pare 'creare' una cittadinanza che non le preesiste ma è da questa costituita.

nell'ordinamento statale, dall'altro, tutti i cittadini non siano ridotti a «nuda vita naturale»²⁵.

Nella storia dei cataloghi dei diritti la continuità uomo-cittadino appartiene alla tradizione statualistica francese, che celebra le ragioni del costituzionalismo politico imperniato sull'occultamento o, più propriamente, sul dileguamento dei *droits de l'homme* nei *droits du citoyen* per il tramite del nesso di continuità tra nascita-nazione-sovranià. Qui è presupposto il concetto di cittadino dello Stato nell'ambito di una unità politica esistente²⁶. Quindi, i diritti fondamentali non hanno una valenza universalistica, come nel costituzionalismo americano dei diritti del *man and person*, ma fondano e conservano l'unità politica di un popolo, la decisione politica fondamentale di quel popolo circa la specie e la forma della sua esistenza²⁷. I diritti dell'uomo sono il presupposto dei diritti del cittadino e la sovranità del popolo, che «era l'immagine dell'uomo»²⁸, è capace di garantirli.

Ma è, soprattutto, al di fuori della dottrina schmittiana che la dichiarazione del 1789 mostra tutta l'indecisione del *soggetto* dei diritti. Non è chiaro se i due termini nominino realtà autonome o se il primo sia già contenuto nel secondo. Non si comprende se la loro sia una relazione o una assimilazione in cui il primo termine dilegua nel secondo²⁹.

Quella *in-decisione*, che non deve essere decisa, è la cifra che consente di ri-leggere la Costituzione. Ove questa giustappone o sovrappone l'uomo al cittadino, non contiene necessariamente incoerenze o antinomie: piuttosto implica la continuità, l'indecidibilità, tra uomo e cittadino, tra nascita e nazione. Il riferimento dell'art. 2 della Costituzione all'uomo non è risolutivo del problema dell'identità dei titolari dei diritti³⁰.

Questa continuità potrebbe evitare il «campo»³¹, lo scarto tra l'uomo-specie e il cittadino, la cui proficuità la si coglie solo, però, se si ripensa criticamente la categoria dei diritti umani e se ne intende il chiaro significato biopolitico.

1.1 La critica della 'nudità' dei diritti umani

I diritti umani si sono separati dai diritti del cittadino al fine supposto di proteggere e rappresentare la nuda vita che sta fuori dallo Stato o che vive sulla sua 'soglia'³². Con le dichiarazioni dei diritti dell'uomo si è iscritta

²⁵ La figura della nuda vita è decisiva in W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus novus. Saggi e frammenti*, Torino, Einaudi, 2014, p. 26. Sull'inclusione della vita naturale nello spazio politico e, con essa, sulla sua eccezione non può che rinviarsi al noto dibattito biopolitico, su cui per tutti G. AGAMBEN *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 2005, *passim*.

²⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 214.

²⁷ *Ibidem*, p. 217.

²⁸ H. ARENDT, *Il tramonto dello Stato nazionale e la fine dei diritti umani*, in ID., *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2009, p. 404.

²⁹ G. AGAMBEN, *op. cit.*, pp. 139-41; ID., *Al di là dei diritti dell'uomo*, in ID., *Mezzi senza fini. Note sulla politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1996, p. 14.

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963 n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 350 ss. *Contra* però Corte cost., sent. n. 536 del 1989, che ha individuato nell'art. 2 la norma di garanzia dei diritti umani operante anche nei confronti dello straniero.

³¹ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 129 ss.

³² Confida nella forza dei diritti dell'uomo, perché «dire che qualcuno non è un cittadino è sempre più facile di dire che non è una persona» C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 167.

l'*impolitica* vita naturale nell'ordine politico-giuridico. Ma quella iscrizione, la politicizzazione della singola vita naturale, non significa che l'uomo diventi l'«uomo dei diritti».

Le critiche all'universalismo dei diritti umani sono note e pluriverse: la perdita dei diritti di cittadino, dello *status* politico, ha portato con sé sempre la perdita dei diritti umani³³. Il punto di frizione è, da qualsiasi parte si guardi ai diritti umani, il concetto del politico.

In Schmitt il bersaglio polemico è l'ipocrisia e ingannevolezza dell'impoliticità del concetto di umanità, dell'universalismo dell'ideologia umanitaria, quale portato della spoliticizzazione completa e definitiva. L'umanità, con la sua aspirazione all'universalità, contro la natura pluriversa del politico, «è uno strumento particolarmente idoneo alle espansioni imperialistiche ed è, nella sua forma etico-umanitaria, un veicolo specifico dell'imperialismo economico. [...] Proclamare il concetto di umanità, richiamarsi all'umanità, monopolizzare questa parola: tutto ciò potrebbe manifestare soltanto – visto che non si possono impiegare termini del genere senza conseguenze di un certo tipo – la terribile pretesa che al nemico va tolta la qualità di uomo, che esso deve essere dichiarato *hors-la-loi* e *hors-l'humanité* e quindi che la guerra deve essere portata fino all'estrema inumanità [...]. L'umanità non è un concetto politico e ad essa non corrisponde nessuna unità o comunità politica e nessun *status* [...]. In questa società universale non vi saranno quindi più popoli come unità politiche»³⁴. Ma ciò significa che proprio la categoria dei diritti umani rinvia al suo contrario e, quindi, presuppone anche il non umano, *hors l'humanité*: «l'idea di umanità ha infatti due facce», l'uomo e il non-uomo, *Unmensch*. L'ideologia umanitaria svela, sotto l'ipocrita universalismo, la propria «forza discriminatrice e di spaccatura»³⁵. Sebbene questa critica, fondata sulla tenuta di una unità politica che deve sempre identificare amici/nemici, possa generare repulsione nella coscienza democratica contemporanea, resta difficile negarne l'intatta forza disvelatrice. La proclamazione dei diritti dell'uomo presuppone l'esistenza del non-uomo, la pensabilità di uno spazio *hors-l'humanité*: se così non fosse, non avrebbe alcun senso la categoria dei diritti umani, a meno di non ritenere necessario distinguerli dai diritti dei cani, degli uccelli e così via.

Ma quella critica non si ferma a Schmitt. Prosegue con la critica della «astratta nudità dell'essere-uomo», dell'«essere-nient'altro-che-uomo», che non ha nulla di «sacro»³⁶. «La concezione dei diritti umani è naufragata nel momento in cui sono comparsi individui che avevano perso tutte le altre

³³ Nella dottrina costituzionalistica italiana considerazioni critiche all'universalismo dei diritti sono mosse da G. VOLPE, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. AMATO, G. PONZANELLI (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, p. 339 ss.; F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, Giappichelli, 2003, p. 321 ss. Nel discorso filosofico, sulla critica alla categoria dei diritti umani, che separano l'«uomo specie» dal cittadino, v., sulla scia della Arendt, G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 149. Più a fondo, per la critica alle categorie su cui poggia il discorso cosmopolitico v. l'analisi sugli universali di E. BALIBAR, *Gli universali*, in ID., *La paura delle masse. Politica e filosofia prima e dopo Marx*, Milano, 2001, p. 234 ss.

³⁴ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 139-40.

³⁵ C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, Milano, Adelphi, 2006, pp. 107-8.

³⁶ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 415.

qualità e relazioni specifiche, tranne la loro qualità umana»³⁷. La dottrina dei diritti umani è dottrina della condizione naturale, della diversità e dell'individualità, «di cui lo «straniero» è un simbolo allarmante», dell'essere umano così com'è, «unico, inimitabile, immutabile». Ma «questo settore del meramente dato, relegato dalla società civile nella vita privata, rappresenta una costante minaccia per la sfera pubblica, che si basa sulla legge dell'eguaglianza come quella privata si basa sulla legge della diversità e dell'infinita differenziazione. L'eguaglianza non ci è data, ma è il risultato dell'organizzazione umana nella misura in cui si fa guidare dal principio di giustizia»³⁸. La diversità delle vite naturali confligge con l'eguaglianza della sfera politica: gli 'uomini' «sono sottratti a quella tremenda livellatrice di tutte le differenze che è la cittadinanza»³⁹. Difficile trovare una spiegazione migliore del perché l'art. 3 della Costituzione riferisce la soggettività giuridica dell'eguaglianza ai cittadini e non agli uomini. Quando esiste solo l'uomo generico, l'individuo che rappresenta «nient'altro che la propria diversità assolutamente unica, spogliata di ogni significato perché privata dell'espressione e dell'azione in un mondo comune», ne deriva paradossalmente la perdita dei diritti umani, la riduzione dei non-cittadini a «schiuma della terra»⁴⁰, a uomini uccidibili perché 'messi al bando'.

È «la dissoluzione nel generale-universale» preconizzata da Schmitt che spezza il nesso tra localizzazione e ordinamento⁴¹. I diritti umani sono l'altra faccia dello spazio globale: ad una localizzazione senza ordinamento corrisponde un ordinamento senza localizzazione.

Ma la critica ai diritti umani vive anche fuori dal (e contro il) paradigma teologico-politico: il pensiero de-costruzionista riconosce che l'ideologia umanista, invero, presuppone il mercimonio dell'uomo. Nancy, muovendo dal plus-valore del capitale che pone la questione di un «fuor-valore» o di un «valore assoluto», scrive che «c'è concomitanza tra la mondializzazione del mercato e quella dei «diritti dell'uomo»: questi rappresentano infatti il preteso valore assoluto che il capitale pretende di scambiare contro ... se stesso». Ma in questo modo, e qui torna la nudità di Benjamin che già alludeva alla fine del teologico-politico, «l'essere-sociale viene, al tempo stesso, completamente messo a nudo: poiché l'«uomo» dei «diritti» non è nulla che «valga» di per sé. Non è altro che l'idea di un «valore in sé» o di una «dignità». Ma non esistono valori assoluti, che valgano singolarmente e non rispetto al plurale che la singolarità – e con essa il valore – implica: «che cosa potrebbe valere per sé solo? «Valore» può valere unicamente nella sfera *dell'essere-con*, cioè nella sfera di un *commercio*, in tutti i sensi della parola. Ma è appunto la spartizione di questi sensi — commercio della merce / commercio dell'essere-insieme — che il capitale espone: la spartizione dei sensi dello *scambio*, la spartizione della spartizione stessa. Il capitale la espone come una violenza, in cui l'essere-insieme diventa un essere-merce e un essere-mercificato. E l'essere-con viene così eluso nel momento stesso in cui viene esibito nella sua nudità»⁴².

³⁷ *Ibidem*, p. 415

³⁸ *Ibidem*, p. 417.

³⁹ *Ibidem*, p. 418.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 372.

⁴¹ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, p. 287.

⁴² J.L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Torino, Einaudi, 2001, p. 102.

Questa potrebbe essere anche l'obiezione logico-teoretica alla pensabilità del 'valore assoluto' della dignità umana e, conseguentemente, alla sua capacità fondativa e normogenetica di diritti individuali⁴³.

L'esito del dileguamento dei diritti del cittadino nei diritti umani non è necessariamente la 'soluzione finale', che spezza irreversibilmente il nesso tra nascita e nazione, tra uomo e cittadino. Resta, però, che l'uomo, al di fuori della *maschera* del cittadino, non può opporsi alla decisione politica, perché è altro rispetto a quella materia. Vive eccepito e separato nell'ordinamento, vive nel 'campo', che è il paradigma biopolitico in cui il potere ha di fronte a sé la nuda vita, la politica diventa bio-politica e l'uomo sacro si confonde con il cittadino⁴⁴: è lo spazio puro dell'eccezione, dell'esclusione inclusiva, cioè di qualcosa che viene incluso solo attraverso un'esclusione. E la questione non muta se il 'campo' diventa la città, se l'eccezione diventa la norma. Anzi la questione si aggrava, perché estende alla città il paradigma biopolitico: l'epilogo è la riduzione anche del cittadino a nuda vita.

In una, l'umanitario separato dal politico non può che riprodurre l'isolamento della vita sacra, ovvero, secondo l'antica figura del diritto romano dell'*homo sacer*, della vita uccidibile e insacrificabile, della vita dell'uomo *sacro*, uccidibile senza commettere omicidio. Il dogma (e luogo comune) della sacertà della vita, della sacralizzazione della vita di per sé, della vita naturale, del semplice fatto di vivere, un poco come quello della dignità o natura umana, su cui si basa l'universalismo della persona⁴⁵, non protegge l'uomo⁴⁶, perché rinvia al suo contrario, all'uomo sacro che, perché colpevole, non può essere sacrificato, ma è tuttavia uccidibile senza commettere omicidio. «La sacertà della vita, che si vorrebbe oggi far valere contro il potere sovrano, come un diritto umano in ogni senso fondamentale, esprime, invece, in origine proprio la soggezione della vita a un potere di morte, la sua irreparabile esposizione nella relazione di abbandono»⁴⁷. E la sacertà è la forma originaria dell'implicazione della nuda vita nell'ordine giuridico-politico. Non la semplice vita naturale, ma la vita esposta alla morte (la nuda vita o vita sacra) è l'elemento politico originario.

La lettura della Costituzione che iscrive nella legge superiore il fondamento dei diritti dell'uomo-non-cittadino o che riscrive i diritti costituzionali del cittadino quali diritti dell'uomo potrebbe allora scontare

⁴³ Qui non può che sfiorarsi il tema della dignità umana come schema interpretativo della Costituzione dei diritti. L'appello alla dignità umana, quale meta-valore ultimo, è divenuto un *topos* argomentativo. È divenuto un super-argomento, un argomento mitico, capace di chiudere una discussione, con una strategia non molta diversa dallo "sbattere i pugni sul tavolo". Sarebbe metro della bilancia e non valore bilanciabile. Invero, la sua indeterminatezza concettuale, che oscilla tra una concezione olistico-eteronoma ed una soggettivo-liberale, pare renderla una misura incerta. E ciò senza considerare che la dignità umana, sebbene evocata durante i lavori preparatori della Costituzione (A. Moro, Ass. Cost., seduta del 13 marzo 1947; P. Togliatti, Prima sottoc., seduta del 9 settembre 1946), se ci si attiene alla *scrittura* costituzionale, compare solo nell'art. 41 Cost., nonché che l'art. 3 discorre di dignità sociale, valorizzandone la dimensione sociale piuttosto che il valore assoluto di origini giusnaturalistiche che riguarda la persona in sé e per sé e, genericamente, l'art. 36 di esistenza libera e dignitosa.

⁴⁴ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁵ La 'natura umana', ciò che è in comune, non ha rilievo giuridico-politico, ma perpetua il popolo dei paria: «L'umanità degli umiliati e offesi non è mai sopravvissuta all'ora della liberazione neppure per un minuto», H. ARENDT, *L'umanità in tempi bui*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2006, p. 68.

⁴⁶ Sull'ambivalenza della sacertà della vita dell'uomo, «portatore destinato della colpa», del puro fatto di vivere o meglio del *Dasein* umano, W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., pp. 26-9. Sulla trasposizione della sacertà dalla vita alla giustizia della vita J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010, pp. 128-9.

⁴⁷ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 93.

alcuni paradossi. Per un verso, la precettività giuridica o anche solo la giuridicità della categoria dei diritti dell'uomo presuppone l'esistenza per il diritto di non-uomini e, in ogni caso, l'implicazione della impolitica vita naturale, del solo fatto di essere uomo, nell'ordine giuridico-politico (anche se costituzionale): significa soggezione della medesima al potere politico che non può che divenire bio-politico. Per l'altro, se si trasfigurano i diritti del cittadino in diritti dell'uomo, anche il primo è ridotto a «nuda vita naturale», a vita biologica che è immediatamente politica e viceversa. Si dirà che è la vocazione bio-politica dello Stato moderno⁴⁸. Ma per valutare la desiderabilità di tale trasfigurazione occorre tenerne a mente le conseguenze. Se si passa dal cittadino all'uomo, tutti i cittadini sono esposti al pericolo di divenire *homines sacri*⁴⁹. Il 'campo' diviene stabile e si identifica con la città: il campo è l'eccezione normalizzata. Nel momento in cui il corpo del singolo (e della popolazione) diviene il centro della decisione politica, sino a divenirne l'unica fonte di legittimazione, la democrazia si disorienta. La democrazia si incentra, infatti, sull'eguaglianza di soggetti disincarnati nell'astrazione giuridica della "persona" e nella figura del cittadino. Ma quando la dimensione corporea diventa l'interlocutore del potere politico, il principio di eguaglianza tramonta, sostituito dalla ineliminabile singolarità di ciascuna vita biologica, in cui «pubblico e privato, naturale ed artificiale, [...] s'intrecciano in un vincolo che nessuna decisione a maggioranza sarà in grado di sciogliere»⁵⁰.

Se così è, l'indecisione del testo costituzionale, che piuttosto occulta i diritti dell'uomo in diritti del cittadino, non deve essere decisa, non deve essere sciolta. La Costituzione, con il suo ancoraggio alla categoria del cittadino, pone un ostacolo alla sacertà della vita: significa che per la Costituzione non ci sono uomini sacri, non ci sono uomini che non debbano essere cittadini e i cittadini non devono divenire nuda vita. La Costituzione ridefinisce quella relazione indeterminandola e non spezzandola.

Potrebbe obiettarsi che fondare i diritti dell'uomo in Costituzione e ascriverli ai suoi principi supremi che resistono alla revisione costituzionale sia il rimedio per includere l'uomo nell'ordine giuridico evitando, però, la 'sacertà' della vita: non sono più diritti naturali, ma diritti 'costituzionali', posti e protetti dalla validità/superiorità costituzionale. Ciò, però, sconta due questioni affatto superabili. Nessuno 'sa' quali siano i diritti umani generali⁵¹ e quali siano i principi supremi⁵². Laddove si 'deducono' gli uni (e, quindi, gli altri) dal

⁴⁸ Sulla normativizzazione assoluta della vita e sulla sua sovrapposizione alla biologizzazione della politica cfr., sulla scia (e, finanche, superamento) delle tesi *foucaultiane*, le riflessioni di R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, *passim* e, soprattutto, p. 200 ss. Sulla totale giuridicizzazione della vita come principio che connota le democrazie costituzionali della seconda metà del Novecento, assillate dal vuoto normativo e come simbiosi, nell'era tecnologica, tra la nuova sovranità che si prende in carico la vita biologica e l'esercizio della libertà-volontà dell'uomo di governo del corpo vedi G. VOLPE, *op. loc. cit.*

⁴⁹ Se lo Stato non è in grado di trattare gli uomini, gli apolidi, come soggetti giuridici, «difficilmente resiste alla tentazione di privare tutti i cittadini del loro status e di governarli con una polizia onnipotente»: H. ARENDT, *op. cit.*, p. 402.

⁵⁰ R. ESPOSITO, *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Milano, Mimesis, pp. 179-80.

⁵¹ Come rilevava H. ARENDT, *op. cit.*, p. 406.

⁵² Non è questa la sede per un discorso sul controverso legame tra la validità/superiorità costituzionale e la dottrina 'materiale' dei diritti fondamentali/principi supremi, che poggia sulla connessione tra dover essere giuridico e dover essere morale. I diritti fondamentali possono anche essere principio di legittimazione della superiore normatività della Costituzione che si affianca a quello politico del principio democratico. Resta, però, indecisa la questione della titolarità dei diritti 'fondamentali' (o meglio 'costituzionali'), sebbene appaia chiaro che la superiorità costituzionale (moralmente) fondata

testo costituzionale scritto, quasi mai si tratta di un'operazione meramente deduttiva: in fondo, si producono norme costituzionali. Cosicché resta sempre vero che non si 'sa' quali siano i diritti fondamentali dell'uomo (e, quindi, i principi supremi), ma che lo si stabilisce, lo si decide, con la cortocircuitazione del discorso. In ogni caso, implicare i diritti dell'uomo nell'ordine costituzionale e anzi individuare in essi una fonte di legittimazione della Costituzione significa restare all'interno del paradigma bio-politico. Significa, infatti, sempre includere il puro fatto di essere uomini nell'ordinamento, giuridicizzandolo nella legge superiore. Ma ciò non pone al riparo dai rischi dello scarto tra uomo e cittadino, dello scolorire, alla fine, del secondo nella 'nudità' del primo, dell'indistinzione tra sfera pubblica e privata e dell'impensabilità del principio di eguaglianza.

Paradigmatico è il caso del diritto costituzionale alla salute, il solo che la Costituzione definisca 'fondamentale'.

2. *L'impossibilità di separare l'umanitario dal politico nel diritto alla salute*

L'art. 32 della Costituzione reca marcati i segni dell'indecisione del testo nel separare l'umanitario dal politico. Inserito nella Parte prima dei diritti del cittadino, il *corpo* della disposizione fonda, *radica*, nella Repubblica, nel suo *territorio*, il diritto alla salute, qualificato come fondamentale, al titolo soggettivo di *individuo*. Invero, potrebbe sostenersi che la norma ricavabile dalla disposizione è coerente con la sua collocazione sistematica: l'individuo potrebbe rinviare alla dimensione solipsistica del cittadino, non organicamente incluso nella collettività, cui si riferisce l'altro polo del diritto alla salute. Ma anche a voler stabilire un rapporto di sinonimia tra individuo e uomo e di alterità tra individuo e cittadino, l'ambiguità della norma rispetto al *contesto* è forse un argine allo scivolamento della Costituzione dalla sfera pubblica alla vita naturale.

Il diritto alla salute è, infatti, il diritto che più degli altri soffre le tensioni dell'inclusione del corpo, della singolarità, del «distinto»⁵³, della nudità, nell'ordine politico-giuridico⁵⁴. La Costituzione non ricorre, però, mai alla concreta nudità del corpo, come invece l'art. 5 del codice civile: si riferisce al più alla 'persona'. La Costituzione resiste e frappone, nel suo linguaggio, ostacoli alla riduzione dell'uomo alla sua naturalità. Ciò non toglie che, oltre il linguaggio, la cura del corpo del singolo e la salute della nazione siano l'oggetto del diritto costituzionale alla salute e che la biopolitica moderna nasca proprio con la «presa in carico» del corpo, anche del corpo sociale della popolazione⁵⁵. Anzi, l'uomo-specie qui diviene – come il cittadino –

sui diritti (in questo senso autenticamente *fondamentali*) ha senso e valore solo nel costituzionalismo americano, che più di ogni altro ha sostituito la figura del cittadino con quella dell'uomo.

⁵³ Il corpo è 'il distinto' per J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, cit., p. XXVIII.

⁵⁴ Sull'evoluzione del rapporto tra il diritto e la fisicità e corporeità, v. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 8 ss. Tale rapporto non è che una particolare declinazione del nesso tra corpo e potere, tra corpo fisico e corpo civico della città, indagato dagli studi antropologici di N. LORAUX, *Nati dalla terra. Mito e politica ad Atene*, Roma, Meltemi, 1998, p. 15 ss.

⁵⁵ Sulla biopolitica come «presa in carico della vita da parte del potere» M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, a cura di M. Bertani e A. Fontana, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 206; ID., *Biopotere, guerra e razzismo* (1976), in ID., *Antologia. L'impazienza della libertà*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 97 ss.

uomo sociale che chiede prestazioni per la cura del proprio corpo al potere (bio)politico.

La Corte costituzionale ha cercato di superare la 'soglia', di colmare lo scarto, tra uomo e cittadino nella soggettività e nel godimento del diritto alla salute: la sua fundamentalità ha attratto il canone ermeneutico del *magis ut valeat*. Ma proprio quando si è data alla norma costituzionale la maggiore espansione possibile, accordando prevalenza alla dimensione umanitaria, il paradigma bio-politico ha mostrato i limiti del mero-fatto-di-essere-uomo, i limiti dei suoi diritti⁵⁶. Ciò dovrebbe aiutare a *de-cidere* tra la «conservazione del «cittadino» e l'esaltazione dell'«uomo»»⁵⁷.

Nelle decisioni più datate il giudice costituzionale riconosce la salute, almeno per le cure 'essenziali', come diritto fondamentale della persona⁵⁸ mediante l'interpretazione sistematica dell'art. 32 e dell'art. 3, Cost.: il diritto alla salute è diritto dell'uomo e quindi vi è (deve essere) eguaglianza tra cittadino e straniero in quanto è diritto fondamentale; l'eguaglianza diviene non irragionevole discriminazione ove non si tratti di diritto fondamentale⁵⁹. Talora fonda il diritto dell'uomo alla salute sull'inviolabilità dei diritti riconosciuti e garantiti dall'art. 2, Cost.

Il punto, però, è la misura e quantità della fundamentalità o inviolabilità o 'irriducibilità' del diritto alla salute quando soggetto ne è l'uomo. La autentica fundamentalità di un diritto non tollera limiti, condizioni, relativizzazioni: un diritto fondamentale siffatto sarebbe un non senso.

E, così, talora la Corte ha esteso il perimetro dell'eguaglianza: il criterio di cittadinanza è causa normativa irrazionale (/irragionevole), arbitraria, per discriminare il diritto delle persone invalide alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico locale di linea, anche se tale prestazione eccede il contenuto minimo, essenziale, fondamentale, del diritto alla salute costituzionalmente riconosciuto⁶⁰. La stabile relazione con il territorio prevale sul criterio discrezionale della cittadinanza. Ancora, ha ritenuto non illegittime norme regionali che prevedevano misure socio-assistenziali estese anche agli stranieri irregolarmente soggiornanti, oltre alle prestazioni garantite dal d.lgs. n. 286 del 1998, escludendone l'interferenza con la materia dell'immigrazione e, quindi, recidendo il nesso, tipico della governamentalità liberale e proposto

⁵⁶ La debolezza dei diritti umani emerge, assai significativamente, nella giurisprudenza costituzionale in materia di immigrazione: «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi ai flussi migratori incontrollati (...) il carattere universale [dei] diritti che la Costituzione proclama inviolabili» spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». L'universalità dei diritti inviolabili non ha, però, impedito – in una materia che coinvolge «la sfera dei diritti soggettivi» «per le implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libera circolazione dello straniero (...) per l'esigenza di misure coercitive per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera» – di considerare il trattenimento nel centro di permanenza temporanea, sì una «mortificazione della dignità dell'uomo», ma pur sempre quella «modalità organizzativa prescelta dal legislatore per rendere possibile (...) che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera e allontanato dal territorio nazionale» (Corte cost., sent. n.105 del 2001).

⁵⁷ Questa l'alternativa prospettata da M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, cit., p. 236.

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 149 del 1969; *conf.* sentt. nn. 103 del 1977; 88 del 1979, 399 del 1996 fino a Corte cost., sentt. nn. 148 e 438 del 2008.

⁵⁹ Sul punto C. CORSI, *op. cit.*, pp. 79-80. Revoca in dubbio l'esistenza di una netta cesura tra le due specie di controllo di costituzionalità (di uguaglianza e di ragionevolezza) M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, n. 2-3, p. 510 ss.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 432 del 2005.

dall'avvocatura dello stato, tra salute e *dispositivi* di sicurezza e ordine pubblico⁶¹.

Talaltra, però, ha ritenuto ragionevole subordinare la piena equiparazione tra cittadini e stranieri al requisito cartolare di un valido titolo di soggiorno: il *titolo* del diritto non è il mero fatto di essere uomo, né la relazione con il territorio, ma un documento che a propria volta presuppone requisiti economici⁶². Con la sent. n. 252 del 2001, la Corte ha subordinato il godimento del diritto alla salute dello straniero irregolare ad una valutazione del caso concreto da parte del medico in ordine alla essenzialità, indifferibilità ed urgenza delle cure, che sola potrebbe impedire l'esecuzione dell'espulsione, bilanciando così il diritto alla salute con la sicurezza pubblica. Ma, quando entrano in gioco – come sono entrate in gioco negli artt. 19 e 34-6, d.lgs. n. 286 del 1998, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale – clausole generali, come sicurezza e ordine pubblico, tutti i concetti giuridici si indeterminano: si indetermina il diritto. Il giudizio di costituzionalità è, quindi, deferente quando ha ad oggetto norme relative a stranieri irregolarmente soggiornanti e connesse al controllo dei flussi migratori: il diritto alla salute subisce la pressione dell'interesse alla programmazione dei flussi migratori e la cittadinanza torna criterio discriminatorio. Il dispositivo biopolitico del controllo della popolazione è limite alla eguale fundamentalità del diritto: il diritto dell'uomo, della nuda vita, porta con sé il controllo del corpo della collettività, che a sua volta limita il diritto individuale alle cure.

Potrebbe concludersi che per i diritti degli uomini, che – come paradigmaticamente il diritto alla salute – esistono nella loro singolarità e individualità, non vi può essere piena eguaglianza. Da questo punto di vista, diviene significativo che la giurisprudenza costituzionale che ancora alla combinazione tra l'art. 2 e l'art. 3 la titolarità in capo agli stranieri dei diritti inviolabili fonda le ragionevoli distinzioni tra cittadino e uomo (non-cittadino) sulle «differenze di fatto» e sulle connesse «valutazioni giuridiche»⁶³. Per un verso, quando si discorre di diritti umani, tornano i dati di fatto, quel già 'meramente dato' criticato dalla Arendt, che giustifica le diseguaglianze: ciò accade solo quando l'uomo si separa dalla sfera del politico, nel quale non possono esistere condizioni di fatto, perché il politico è il luogo della costruzione delle condizioni e si riduce alla sfera privata, che è luogo di differenziazione. Per l'altro, si può davvero separare davvero fatto e diritto? Nell'ordine giuridico costituito i fatti sono già attraversati dal diritto, dalle sue qualificazioni, dai suoi titoli. E, in questo caso, fondare la legittimità di trattamenti *giuridici* diversi su (supposte) differenze *di fatto* tra cittadini e stranieri cortocircuita il discorso, perché la cittadinanza non è un dato di fatto, ma è già una condizione *giuridica*: le differenze di fatto sono, quindi, il risultato di una stato già giuridico.

Il diritto alla salute, quale diritto della singolarità dei corpi che più degli altri è catturato dal paradigma biopolitico, è bene che non recida il legame con

⁶¹ Corte cost., sent. n. 269 del 2010; conf. sentt. nn. 299 del 2010 e 61 del 2011.

⁶² Sul diritto alla salute come diritto condizionato, salvo il suo 'nucleo irriducibile', Corte cost., sentt. nn. 267 del 1998; 309 del 1999; 509 del 2000.

⁶³ Corte cost., sent. n. 104 del 1969 (che non a caso argomenta che i diritti inviolabili della persona «rappresentano un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino»); ma a conclusioni analoghe pervengono sentt. 120 del 1967; 11 del 1968; 144 del 1970; 244 del 1974 e 62 del 1994.

il cittadino, con lo spazio politico, e che non si identifichi con la nuda vita. Ciò non significa che gli uomini che vivono nel territorio ne debbano essere esclusi. Significa che devono goderne, ma quali cittadini. Ciò evita che i cittadini diventino uomini.

3. I dispositivi biopolitici nelle leggi ordinarie: la 'sicurezza pubblica'

L'ipoteca bio-politica sul diritto alla salute dell'uomo-non-cittadino grava anche sulla legislazione ordinaria, che coniuga, con una certa schizofrenia, l'universalismo dei diritti umani e il paradigma della sicurezza, che, però, appartiene al linguaggio della statualità, della sovranità, del cittadino⁶⁴.

L'articolo 2 del d.lgs. n. 286 del 1998, rubricato «Diritti e doveri dello straniero», dispone che «allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»⁶⁵. L'art. 34 equipara i diritti e doveri in materia di assistenza sanitaria degli stranieri regolarmente soggiornanti a quelli dei cittadini. L'art. 35, comma 3, assicura ai «cittadini stranieri» (quindi non agli apolidi), presenti sul territorio nazionale, ma irregolarmente soggiornanti, «le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio» e «i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva». Sono, in particolare, garantiti «la tutela sociale della gravidanza e della maternità; b) la tutela della salute del minore; c) le vaccinazioni secondo la normativa e nell'ambito di interventi di campagne di prevenzione collettiva autorizzati dalle regioni; d) gli interventi di profilassi internazionale; e) la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventualmente bonifica dei relativi focolai». A presidio dell'effettività del diritto, l'art. 35, comma 5, ha posto alle strutture sanitarie il divieto di segnalare all'autorità di polizia la presenza di immigrati clandestini che richiedono aiuto medico, salvi i casi in cui sia obbligatorio il referto ai sensi dell'art. 365 c.p., a parità di condizioni con il cittadino italiano e l'art. 36 contempla il visto di ingresso per cure mediche, fatte salve le disposizioni in materia di profilassi internazionale.

I diritti fondamentali della persona umana battono il passo innanzi alle esigenze di sicurezza e ordine pubblico, che sole rendono ragione della distinzione tra regolarità e irregolarità del soggiorno, incomprensibile se misurata con la universalità dei diritti umani. Così come la separazione dall'altro, dallo straniero, e non la ecumenica categoria dell'uomo, giustifica la limitazione del diritto di libertà dello straniero per la profilassi 'securitaria' della popolazione a garanzia della «salute individuale e collettiva»⁶⁶.

Ma è la legge n. 94/2009, che si intitola «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica», la misura, il prezzo, dello scarto tra l'uomo ed il cittadino. Richiama, nella sua rubrica, il paradigma biopolitico della *sicurezza pubblica*.

⁶⁴ Sul binomio sicurezza-sovranoità O. CHessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 15 ss.

⁶⁵ Invero, il punto è quali siano i non meglio identificati «diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno».

⁶⁶ La profilassi sanitaria, dinnanzi ai flussi migratori, torna all'art. 9-novies, d.l. n. 78 del 2015, conv. con l. n. 125 del 2015.

Sussume la 'sanità'⁶⁷, la salute del corpo, la salute della nazione nel dispositivo di potere, nella tecnologia di *governo*, che ha per oggetto la popolazione, come fenomeno di natura, specie umana, e non già il popolo, come soggetto collettivo costituito dal contratto sociale⁶⁸. Anzi, la salute è oggetto di 'polizia', di *securità*, cioè di quel disciplinamento della vita che si impone come correlato indispensabile della governamentalità liberale proprio perchè è la salute della popolazione, dell'uomo-specie e non del popolo-cittadino: «fino a quando il problema del potere si formulava nella teoria della sovranità, di fronte a questa non poteva esistere l'uomo, ma solo la nozione giuridica di soggetto o suddito del diritto»⁶⁹. In uno, alla sanità dello straniero si guarda per assicurare il governo degli uomini, il governo della popolazione come tecnologia politica. Pare lontano l'orizzonte teorico del cosmopolitismo e dell'irenismo dei diritti umani.

Così come solo lontano da questo orizzonte è pensabile il reato di ingresso e soggiorno *illegale* dello straniero, introdotto dall'art. 1, comma 16, lett. a), l. n. 94 cit. all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286, cit., con obbligo di denuncia del fatto costituente reato all'autorità giudiziaria per pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio. Sul piano teorico potrebbe notarsene il non senso: per uno che – come l'apolide, l'uomo – è fuori della legge, vive nel 'campo', non si può parlare di violazione di legge. Sul piano di diritto positivo, può anche risolversi l'antinomia tra l'art. 35, comma 5 e l'art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286, in quanto, da un lato, l'obbligo di referto di cui all'art. 35 sussiste solo nel caso di delitti per i quali si debba procedere d'ufficio, di talchè non ricorre per il reato di immigrazione clandestina, trattandosi di un reato contravvenzionale e non di un delitto, dall'altro, la norma speciale di cui all'art. 35 limita l'estensione della norma penale, in quanto l'omessa denuncia da parte dell'operatore sanitario deve essere qualificata come esercizio di diritto o adempimento di dovere.

Resta, però, che la fundamentalità dei diritti degli uomini e il principio personalista non reggono di fronte ai dispositivi di assoggettamento della nuda vita al potere.

Ove emerge, riemerge, nel diritto lo scarto (il 'campo') tra l'uomo (l'individuo e, quindi, lo straniero) ed il cittadino, tra la *nascita*, l'impolitica vita naturale e la *nazione*, si manifesta la 'nudità', la debolezza, del primo termine innanzi al potere.

Ci si deve chiedere se quello scarto sia il portato inevitabile della dicotomia tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino, della esclusione del primo dalla società politica, se sia il prezzo dell'umanitario *impolitico*, della nuda vita separata ed eccepita dalla comunità politica, dall'ordinamento statale, che, nato per proteggere le vite poste ai margini dello Stato-nazione, anche contro lo Stato, si è trasformato nel segno della uccidibilità di quella vita.

⁶⁷ V., ad esempio, l'art. 1, comma 2, l. 24 dicembre 1954, n. 1228, introdotto dall'art. 1, comma 18, l. n. 94 cit., che dispone che «L'iscrizione e la richiesta di variazione anagrafica possono dar luogo alla verifica, da parte dei competenti uffici comunali, delle condizioni igienico-sanitarie dell'immobile in cui il richiedente intende fissare la propria residenza, ai sensi delle vigenti norme sanitarie».

⁶⁸ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2010, *passim* e spec. pp. 44-6 e p. 58 ss.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 69.

4. Per i diritti dell'uomo-cittadino: contro il cosmopolitismo di un nomos sradicato

La 'soluzione' è la trasfigurazione dell'uomo in cittadino e non già l'estensione al primo dei diritti del secondo, con la conseguente cessazione della categoria giuridica di cittadino⁷⁰. La soluzione sta lì, nel far sì che l'altro diventi l'io e l'io l'altro, almeno se si vuole evitare che nella storia si riproponga il rischio della 'soluzione finale', il rischio di divenire tutti (anche i cittadini) 'nuda vita', 'uomini' uccidibili senza commettere omicidio. Solo il cittadino può opporsi al paradigma biopolitico. L'obiettivo è una politica in cui la nuda vita non sia più separata ed eccepita nell'ordinamento, nemmeno attraverso la figura dei diritti umani. I diritti e soprattutto gli eguali diritti afferiscono alla sfera pubblica e non alla differenziata sfera privata.

Il discorso porta dritto all'accesso alla cittadinanza da parte di chi si 'localizza', alla scelta, quale criterio politico, del suolo in luogo del sangue. Conduce all'elettività della cittadinanza, separata dal fatto naturale della nascita: è il consenso, che si manifesta con la presenza permanente nel territorio, che crea il legame sociale e politico. Potrebbe notarsi che così si crea un paradosso: quello che trasforma il territorio, da elemento identitario e polemico di differenza/separazione/opposizione⁷¹, in elemento irenico di assimilazione, integrazione, affiliazione ed eguaglianza⁷². Ma, scegliendo il suolo e mettendo in discussione l'idea 'tribale' dell'appartenenza al 'popolo' in ragione del sangue, se ne supera un altro: la cittadinanza, divenuta fattore di diseguaglianza nella titolarità dei diritti, quando ha escluso chi sta sul territorio e incluso chi sta fuori, se ancorata al suolo torna, come alle origini, fattore di eguaglianza tra gli individui⁷³. Del resto, sarebbe ancora più paradossale che esista nuda vita naturale esclusa dalla cittadinanza, quando la cittadinanza ha in origine parificato gli uomini proprio appellandosi alla nuda vita, al puro fatto della nascita.

Solo, poi, il dileguamento dell'uomo nel cittadino in forza del legame con il territorio giustifica a pieno la valenza democratica della sovranità del

⁷⁰ Prediligono la 'soluzione' ancorata al concetto politico di cittadinanza, seppure inclusiva, piuttosto che quella fondata sull'universalismo dei diritti umani fuori dalla sfera del 'politico', G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, pp. 11-2; G. U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, ivi, p. 42; ID., *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 765; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997; più di recente, A. BARBERA, *La rappresentanza politica. Un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 4, p. 869 e A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, ivi, 2015, n. 2, p. 303 ss.

⁷¹ Quella concezione è alla base di quella giurisprudenza costituzionale che ha fondato sul rapporto con il territorio la ragione del trattamento differenziato tra cittadino e straniero (sent. 104 del 1969).

⁷² Così S. SICARDI, *Essere di quel luogo. Brevi considerazioni sul significato di territorio e di appartenenza territoriale*, in *Pol. dir.*, 2003, n. 1, p. 115 ss.; L. RONCHETTI, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 99 ss., sulla scia di B. BADIE, *La fine dei territori, saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, Trieste, Asterios, 1996, p. 187 ss. Questo mutamento è sotteso a tutta la giurisprudenza che ha ritenuto illegittimi, perché irragionevoli, trattamenti sanitari e socio-assistenziali diversi per stranieri e cittadini dopo che il rapporto dello straniero con il territorio è «non episodico e di non breve durata» e che, sulla base dell'art. 10, comma 1, e 117, comma 1, ne ha deciso l'illegittimità per violazione del principio internazionale di non discriminazione in base alla nazionalità (Corte cost., sentt. 306 del 2008; 11 del 2009 e 187 del 2010). Sulla affiliazione al territorio dello straniero quale fondamento della titolarità dei diritti, R. CHERCHI, *op. cit.*, p. 133.

⁷³ Sulla cittadinanza quale fattore storico di uguaglianza V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in *Aic, Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 6-9; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, cit., p. 206. Già C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., p. 307.

popolo (talvolta ambigualmente trasfigurato in 'popolazione'⁷⁴), in quanto quel dileguamento implica una concezione inclusiva del popolo, che con doppio movimento include il popolo dei cittadini, «il soggetto politico costitutivo» e il popolo degli esclusi⁷⁵, non ridotto a «nuda vita». Solo così regge il principio democratico, qui volgarmente inteso come *auto-nomia* che presuppone la coincidenza tra chi obbedisce alle leggi e chi le fa: ovvero la circolarità tra popolo, territorio e sovranità.

Si riscrive la relazione tra localizzazione (territorio) e ordinamento⁷⁶: cambia il popolo, l'elemento della nascita, ma i due elementi tornano in rapporto. L'ordine tellurico acquista, però, un nuovo significato. Il migrante, il nomade, l'uomo, vanta diritti perché si radica in un territorio e per questo appartiene alla comunità politica territorializzata. Il suo fondamento è il principio medievale «*quiquid est in territorio est de territorio*», che ha storicamente fondato il diritto d'asilo. Ciò è possibile solo superando, mediante la rottura del sintagma 'suolo e sangue', la concezione identitaria, *escludente*, del territorio.

Questa prospettiva apre alla possibilità teorica di riappacificare in seno al *nomos*, alla sua etimologia, l'ordine tellurico (la fissità) e lo sradicamento (il movimento), l'esclusione e l'inclusione. Non è solo una questione filologica, ma un tema di centrale importanza per la teoria costituzionale.

Secondo il significato etimologico che Schmitt attribuisce a *nomos* (prendere/conquistare, spartire/dividere e coltivare/produrre), l'ordinamento giuridico implica occupazione e *chiusura* dello spazio, della terra, *recinzione*, fissazione dei confini, nella separazione interno/esterno, dentro/fuori. La filologia di *nomos* mostra la «connessione originaria» di ordinamento e localizzazione nello spazio (*Ordnung – Ortung*), di diritto e ordine tellurico⁷⁷.

Deleuze e Guattari⁷⁸, sulla scia degli studi etimologici di Laroche⁷⁹, hanno, però, rovesciato l'etimologia, mostrando che *nem* è la radice etimologica comune di *nomos* e *nomade*: il secondo allude ad un territorio comune e universale. Implica, anziché la distribuzione agli uomini di uno spazio chiuso, la distribuzione degli uomini in uno spazio aperto, non limitato dai confini, senza frontiere e senza chiusure, spazio liscio e non striato, spazio *nomadico*, deterritorializzato, perché il nomade «è vettore di deterritorializzazione». In questo senso «Il *nomos* è la consistenza di un insieme vago: si oppone alla legge o alla polis, come un retroterra, un fianco

⁷⁴ V. gli artt. 132 e 133 della Costituzione: sul punto G. DEMURO, *Popolazioni e variazioni territoriali dalla giurisprudenza costituzionale in tema di enti locali al problema del territorio regionale*, in R. BIN, C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 137.

⁷⁵ Sulla separazione tra Popolo e popolo v. G. AGAMBEN, *Che cos'è un popolo?*, in ID., *Mezzi senza fini*, cit., pp. 33-4. Già C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., pp. 318 e 330, coglieva nell'elemento della 'negazione' ciò che è proprio del popolo, perché ne fanno parte quelli che non governano, quelli che non sono 'distinti', quelli che non sono 'privilegiati'.

⁷⁶ Sul nesso localizzazione/ordinamento C. SCHMITT, *Appropriazione / divisione / produzione*, in ID., *Le categorie del politico*, cit., p. 295 ss.; ID., *Il nomos della terra*, cit., p. 19 ss., p. 54 ss. e p. 70; ID., *Terra e mare*, cit., p. 73. Il nesso diritto-territorio mantiene un senso anche fuori dall'orizzonte schmittiano: per la rivalutazione della 'democrazia territoriale' contro la deterritorializzazione v. I. CIOLLI, *Il territorio dello Stato e la rappresentanza territoriale*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 66 ss. e spec. pp. 97-8.

⁷⁷ C. SCHMITT, *Appropriazione / divisione / produzione*, loc. cit.

⁷⁸ G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Mille Piani. Capitalismo e schizofrenia*, Roma, Castelvecchi, 2014.

⁷⁹ E. LAROCHE, *Histoire de la racine Nem- en Grec Ancien*, Klincksieck, Parigi, 1949.

di montagna o la distesa vaga attorno alla città»⁸⁰. Quindi, nulla di strano se il territorio ricongiunge nomade e nomos.

Il *nomos* dell'uomo, di chi in origine è non-cittadino, del migrante, che è stato, per una volta almeno, *nomade*, in movimento, ricongiunge il diritto, come sistema di norme astratto da ogni riferimento comunitaristico alla nascita, con il territorio, perché forse proprio il nomade ha inventato l'identità tra luogo e diritto⁸¹. Il riempire un territorio, in quel momento, diventa il titolo che fonda lo straniero, l'uomo, come soggetto del diritto. E ciononostante il suo porsi dentro ed al contempo fuori, il suo spezzare il nesso tra la nascita e lo Stato-nazione. Non gli viene attribuito il diritto dello spazio, non è proprietario, destinatario dello spazio oggetto di appropriazione, divisione e distribuzione (ripartito), ma gli vengono attribuiti diritti nello spazio, nel territorio ove si trova, si territorializza, si radica. Non si arriva ancora ad un *nomos* nomade, senza confini, in uno spazio aperto illimitato. Ma ad un *nomos*, chiuso in uno spazio limitato, ma valido anche per il *nomade*. Il territorio diviene *partage*, spartizione, non nel senso esclusivo di divisione ma in quello comunitario di condivisione: così libertà e uguaglianza convivono, o meglio la libertà è uguale all'uguaglianza⁸².

Così lo straniero, l'*étranger*, non è più «strano»⁸³, non si apre più, per lo meno in senso politico se non esistenziale, «alla dolce indifferenza del mondo»⁸⁴. Non è più *der Fremde*, lo straniero, che è *der Feind*, l'altro, il «nemico» pubblico⁸⁵.

** Ricercatrice di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Sassari.

⁸⁰ G. DELEUZE, F. GUATTARI, *op. cit.*, p. 557.

⁸¹ Anche in questa prospettiva, e non solo in quella schmittiana, non ha senso dire che il *nomos* di cui sono portatori i migranti è quello «di nessun dove» e che per il migrante occorrerebbe pensare un *nomos* senza localizzazione: L. R. PERFETTI, *op. cit.*, pp. 396 e 405.

⁸² J.-L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, Torino, Einaudi, 2000, p. XXXV, p. 73 ss.

⁸³ Sulla contiguità simbolica straniero-strano R. BARTHES, *L'impero dei segni*, Torino, Einaudi, 1984, p. 113.

⁸⁴ Secondo l'esistenzialismo di A. CAMUS, *Lo straniero*, Milano, Bompiani, 2001.

⁸⁵ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 109.