

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 18 - dicembre 2018

TENDENZE E CONTROTENDENZE IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI

Giancarlo Rolla

TENDENZE E CONTROTENDENZE IN MATERIA DI DIRITTI FONDAMENTALI[°]

Giancarlo Rolla

*già Professore ordinario di Diritto costituzionale,
Università degli Studi di Genova*

L'articolo intende mettere in luce il mutato approccio, da parte di diversi ordinamenti di democrazia pluralista, al tema del riconoscimento e della garanzia dei diritti fondamentali, in dipendenza di fattori emersi in epoca relativamente recente (flussi migratori, terrorismo, esigenze di sicurezza ecc.), a fronte dell'approccio espansivo registrato invece fino a qualche decennio fa.

The article aims at highlighting the changing approach, on behalf of several democratic pluralistic States, towards the recognition and the guarantee of fundamental rights, in the face of an expansionist approach observable until a few decades ago. This depends on a number of factors emerged in relatively recent times (migratory flows, terrorism, security needs etc.).

Sommario:

1. Alcune considerazioni preliminari
2. L'affermarsi negli ultimi decenni del secolo scorso e agli inizi degli anni duemila di una spinta propulsiva in materia di diritti
3. L'emergere di tendenze contrastanti: dalla democrazia che si esporta alla democrazia che si difende
4. Un'ulteriore controtendenza: il "mosaico etnico" rischia di andare in frantumi

[°] Saggio sottoposto a double-blind peer review.

1. Alcune considerazioni preliminari

Le domande sottese al titolo della prima sessione del Convegno su “Le sfide al processo di integrazione europea e alla democrazia costituzionale nel XXI secolo”, dedicata alle prospettive dei diritti fondamentali, possono essere affrontate secondo prospettive diverse: come ben evidenziano i contributi preparati da numerosi Dottori di ricerca, i quali spaziano sui rapporti tra cittadino e straniero, sulle nuove frontiere connesse alla libertà di manifestazione del pensiero, sulla rivisitazione di alcuni principi propri dello Stato democratico sociale.

Personalmente, tento di offrire un contributo introduttivo al dibattito mettendo diacronicamente a confronto i temi individuati in occasione di questo Convegno con quelli affrontati nelle attività di formazione del Dottorato in diritto pubblico comparato. Alcuni di questi sono stati raccolti in specifici volumi monografici: ad iniziare dai primi volumi riservati alla dottrina e alla giurisprudenza canadese, dal titolo “Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale” del 2000 e “Eguali, ma diversi” del 2006.

L’efficacia di questo confronto può trovare un fondamento nella circostanza che l’esperienza, oramai più che ventennale, del Dottorato dell’Università di Siena fornisce sotto diversi punti di vista un test utile a comprendere la traiettoria degli studi in materia di diritti fondamentali. Dal punto di vista soggettivo, perché attraverso le molteplici attività del dottorato si sono formati numerosi giovani provenienti da vari parti del sistema universitario nazionale i quali – conseguito il titolo di Dottore di ricerca – hanno proseguito con successo gli studi giuridici ovvero hanno portato la loro cultura universitaria nelle professioni e nella pubblica amministrazione, mantenendo comunque un rapporto con la realtà universitaria. Dal punto di vista metodologico, dal momento che la loro formazione si è basata su un approccio comparato aperto allo studio concreto dei vari ordinamenti – conseguito attraverso la conoscenza della dottrina, della giurisprudenza e del contesto storico e politico delle differenti realtà – e arricchito da saldi collegamenti internazionali. Infine, dal punto di vista dei temi oggetto di studio la tematica dei diritti fondamentali è stata affrontata con continuità nel corso delle attività del Dottorato con riferimento a contesti culturali e istituzionali differenti: dal Nord America all’America latina, dall’Europa alla Turchia, dai sistemi dell’Europa orientale alle trasformazioni intervenute negli ordinamenti costituzionali dell’area mediterranea.

Se si raffrontano i temi individuati in occasione di questo incontro con quelli affrontati all’interno del Corso di Dottorato si possono individuare

alcuni importanti mutamenti che sembrano preludere a una nuova “fase”, densa di insidie, che rischia di mettere in discussione alcune acquisizioni del costituzionalismo, che sino a qualche anno fa sembravano consolidate: si pensi ai movimenti migratori, alle tensioni internazionali e al terrorismo interno, all’indebolimento del tessuto unitario degli Stati, all’impatto degli squilibri economici sui diritti sociali, agli effetti perversi della globalizzazione.

Sembra porsi, in altri termini, all’attenzione dei costituzionalisti e dei comparatisti un terreno di investigazione sicuramente originale, che necessita probabilmente di nuove tecniche di analisi e di ponderazione tra i valori in conflitto.

2. L’affermarsi negli ultimi decenni del secolo scorso e agli inizi degli anni duemila di una spinta propulsiva in materia di diritti.

Negli ultimi decenni del secolo scorso chi si accostava al tema dei diritti fondamentali secondo una prospettiva comparata non poteva non concordare sul fatto che tra le tendenze espresse dal costituzionalismo contemporaneo in materia di diritti fondamentali acquisiva una rilevanza particolare l’affermazione di processi di internazionalizzazione e il formarsi di “comuni tradizioni giuridiche”. Si è assistito, infatti, alla diffusione in diverse aree geografiche di documenti costituzionali accomunati dall’intenzione di ampliare i cataloghi dei diritti e di individuare nuovi, più efficaci meccanismi di tutela.

Nell’ultimo decennio del secolo scorso sono state approvate nuove carte costituzionali (nazionali e sovranazionali) le quali – al di là delle specificità storiche, della diversità delle forme di governo e di Stato – sembravano caratterizzarsi per una certa propensione a omologare l’elenco dei diritti della persona riconosciuti come fondamentali. Tale tendenza ha indotto a sostenere che il fenomeno della globalizzazione si stesse estendendo dall’economia alle strutture costituzionali, dai mercati finanziari al settore dei diritti fondamentali della persona, dando vita a una sorta di “moneta” avente valore legale in un numero sempre maggiore di ordinamenti. Per quanto concerne, poi, i meccanismi di tutela, si è rafforzata l’idea che gli istituti di garanzia sono una componente indispensabile per l’esistenza di un diritto, il quale è tale solo se le posizioni soggettive della persona sono protette efficacemente. Di conseguenza, all’idea di garanzia si è associata la considerazione dell’importanza della giurisdizione, dell’attività dei giudici: i diritti dell’individuo sono considerati tali solo se risultano giustiziabili.

Sul piano normativo, si è assistito alla positivizzazione di nuovi e più efficaci istituti processuali (si pensi alla molteplicità di ricorsi di *amparo* ordinari, costituzionali e sovranazionali); mentre, con riferimento al piano all'interpretazione giudiziale, si sono elaborate nuove tecniche in grado di specificare e di implementare l'oggetto delle disposizioni costituzionali. Inoltre, un apporto importante alla diffusione degli strumenti di garanzia è stato fornito dalla progressiva osmosi tra ordinamenti nazionali e sovranazionali: un fenomeno che idealmente ha potenziato la tensione universalistica che anima la protezione della persona umana, certificando in un mondo sempre più integrato la crisi di autosufficienza degli ordinamenti nazionali.

Siffatti fenomeni hanno posto le premesse per la formazione di un diritto "comune" in grado di rappresentare, in un determinato ambito geografico, la base unitaria per la tutela dei diritti fondamentali: una sorta di "diritto vivente" transnazionale cui i giudici nazionali possono attingere per risolvere fattispecie non adeguatamente regolate dal diritto nazionale "vigente". L'utilizzazione di comuni criteri interpretativi ha consentito, inoltre, di superare eventuali lacune dell'ordinamento, di temperare gli effetti distorsivi che possono provenire da una rigida applicazione di norme generali e astratte, di favorire – attraverso l'ammissione di deroghe alla regola generale – soluzioni concrete più eque.

Tra le tecniche più importanti, hanno assunto una rilevanza crescente l'applicazione del criterio di proporzionalità e di accomodamento ragionevole, nonché il ragionamento per *test*. Il primo viene utilizzato nelle fattispecie in cui si deve contemperare l'esercizio di un diritto con altri diritti ovvero con un principio costituzionale al fine di trovare un ragionevole equilibrio tra gli interessi in conflitto. Il criterio dell'accomodamento ragionevole, a sua volta, abilita il giudice a trovare un equilibrio tra una regola generale e l'esigenza di ammettere una deroga alla stessa, con l'obiettivo di correggere una possibile discriminazione indiretta insita nella regola generale, consentendo agli individui appartenenti a determinati gruppi forniti di una spiccata identità culturale di derogare all'applicazione di una norma *erga omnes*. Infine, attraverso i *test* di valutazione, i giudici predeterminano i procedimenti logici che intendono seguire per valutare se, in una determinata fattispecie, si sia prodotta la lesione di un diritto o di un principio costituzionale.

L'utilità di quest'ultima tecnica consiste, per un verso, nell'assicurare una certa uniformità di giudizio, dal momento che questioni simili dovrebbero essere decise utilizzando criteri interpretativi omogenei e, per un altro verso, nel conferire trasparenza al procedimento logico attraverso il quale il giudice

elabora la propria *ratio decidendi*, dal momento che vengono esplicitati i passaggi argomentativi che compongono il ragionamento giuridico.

La spinta innovativa in materia di diritti è stata successivamente incrementata nei primi anni duemila dagli effetti prodotti dalla composizione multiculturale di alcune società sugli studi di diritto costituzionale, i quali hanno iniziato a considerare non solo il profilo individuale dei diritti, ma anche la loro componente collettiva, instaurando cioè un legame biunivoco tra la personalità degli individui e il loro essere parte di una determinata comunità etnica, linguistica, religiosa.

A questo proposito, l'esperienza costituzionale del Canada ha esercitato un'indubbia *vis* attrattiva a causa della capacità dimostrata da quel paese di instaurare un dialogo proficuo con le molte istanze che frastagliavano la sua società, nonché di tentare una convivenza tra l'accettazione di un *corpus* di diritti e doveri valido per tutti i canadesi e il riconoscimento delle specificità del pluralismo dei gruppi identitari. Si è trattato di politiche pubbliche (sintetizzate nella nota espressione "mosaico etnico") orientate alla valorizzazione delle differenze culturali, che si contrapponevano alle tradizionali strategie di *melting pot* o di integrazione attiva presenti negli Stati Uniti d'America e in Europa.

L'interesse per il dibattito costituzionale sviluppatosi in Canada derivava essenzialmente da due ragioni: in primo luogo, dal fatto che quel Paese aveva preso atto con anticipo che il carattere strutturalmente pluralistico delle società impone di cercare nuovi strumenti di regolazione, necessariamente diversi da quelli propri delle società omogenee (o che aspirano all'omogeneità); in secondo luogo, dalla consapevolezza che gli ordinamenti "plurali" non possono essere regolati soltanto dal principio di maggioranza, né interpretare l'eguaglianza in termini di uniformità. In contesti multiculturali, infatti, regole necessariamente generali rischiano di produrre effetti di discriminazione indiretta, imponendo a minoranze (ritenute dall'ordinamento meritevoli di tutela) di allinearsi allo *style of life* della maggioranza.

Proprio per evitare siffatta evenienza l'ordinamento del Canada ha "costituzionalizzato" diverse formule giuridiche e principi di interpretazione finalizzati ad adattare la rigidità di una formula giuridica alla varietà delle situazioni concrete da regolare. È il caso, ad esempio, con riferimento al *Constitution Act* della *notwithstanding clause* (introdotta per mitigare l'impatto di una Carta dei diritti valida per l'intero territorio del Canada sulla specificità storica e linguistica del Québec), della *limitation clause* (utilizzata dal legislatore o dal giudice per trovare un ragionevole equilibrio tra l'interesse della collettività e il diritto individuale); della clausola

multiculturale di cui all'art. 27, la quale, per un verso, impone al legislatore e all'interprete di considerare attentamente l'impatto che ogni normativa produce nei confronti dei gruppi che compongono il mosaico etnico del paese e, per un altro verso, giustifica discipline derogatorie del principio di eguaglianza finalizzate alla tutela dell'identità culturale e religiosa di gruppi minoritari.

La presenza di siffatte clausole ha consentito di risolvere con equilibrio casi complessi, nel presupposto che applicare impersonalmente una regola a situazioni differenti potrebbe determinare una situazione di discriminazione indiretta.

Tuttavia, l'iniziale enfasi nei confronti di una prospettiva multiculturale dei diritti deve essere equilibrata con l'avvertenza che neppure in Canada il *multicultural heritage* è stato promosso in modo indiscriminato: esso, infatti, ha dovuto cedere nelle fattispecie in cui l'affermazione astratta del principio multiculturale rischiava di incrinare le basi portanti della società canadese, il suo carattere democratico e liberale. In più occasioni, infatti, la giurisprudenza ha messo in guardia dagli eccessi di un multiculturalismo senza limiti, ritenendo che l'affermazione di un diritto di natura identitaria debba cedere il passo all'esigenza di tutelare un interesse pubblico più pressante (come la sicurezza, la dignità di tutti gli individui, la natura *free and democratic* della società).

A poco a poco, la clausola di cui all'art. 1 del *Constitution Act* – comprendente in un'interpretazione ampia non solo i principi qualificanti lo Stato democratico di diritto, ma anche il carattere aperto e tollerante della società – ha finito non solo per limitare la clausola multiculturale dell'art. 27, ma anche per costituire un argine a uno sviluppo senza limiti di determinati diritti individuali (come nel caso della giurisprudenza favorevole a sanzionare i “discorsi d'odio”, non riconducendoli all'interno della libertà di manifestazione del pensiero).

3. L'emergere di tendenze contrastanti: dalla democrazia che si esporta alla democrazia che si difende

Il dibattito costituzionale è stato alimentato nei decenni richiamati nel precedente paragrafo da una certa dose di ottimismo; è sembrato che l'espansione geografica dei principi del costituzionalismo e la codificazione di nuove Carte dei diritti (nazionali e internazionali) alimentassero un processo capace di evolversi nel tempo e nello spazio in modo lineare, senza contraccolpi. Tale prospettiva appare oggi eccessivamente ottimistica:

infatti, il processo di universalizzazione dei diritti, pur non essendosi arrestato, appare rallentato da tendenze contrarie, che in alcuni casi sembrano addirittura prevalere.

In primo luogo, l'espansione di una concezione dei diritti ispirata al costituzionalismo occidentale appare contrastata sia dal rafforzarsi di posizioni di natura relativistica, sia dal fallimento dell'idea che la democrazia potesse essere imposta *ratione imperii*. In secondo luogo, l'apertura a un approccio multiculturale nella regolazione delle dinamiche interne alle società plurali sembra frenata dal timore che fenomeni come il terrorismo, la violenza politica, l'estremismo religioso, le migrazioni di massa possano mettere in discussione la natura *free and democratic* dei nostri sistemi sociali. Infine, va considerato il crescente impatto dei processi di internazionalizzazione finanziaria ed economica sulla sovranità nazionale e sui livelli di tutela dei diritti costituzionali (con particolare riferimento ai diritti sociali).

Con riferimento al primo elemento è indubbio che la spinta all'universalizzazione dei diritti e l'apertura verso la tutela di nuove posizioni soggettive – prodotte dalle modificazioni sociali e dallo sviluppo delle acquisizioni scientifiche – hanno rappresentato un esempio di globalizzazione “virtuosa”. Tuttavia, il sentiero tracciato a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso ha subito in questi ultimi anni degli smottamenti e, in alcuni punti, risulta addirittura interrotto.

L'estensione della visione liberale e democratica dei diritti oltre il perimetro proprio del costituzionalismo ha incontrato un forte ostacolo non solo nell'opposizione ideologica di molti regimi politici, ma anche in alcune controtendenze di natura costituzionale come la reazione a politiche “missionarie” che consideravano le esperienze dello Stato democratico di diritto un “modello” da esportare.

Non va trascurato che non ovunque una visione liberale dell'individuo è percepita nella sua dimensione – per noi “naturale” – di fattore di valorizzazione della persona: contesti culturali tutt'altro che circoscritti e marginali appaiono refrattari (o decisamente ostili) all'accettazione – senza mediazioni con le specificità locali – del costituzionalismo liberale, che non è accettato come unico standard per la tutela dei diritti fondamentali.

Indubbiamente, in molti casi, il richiamo alle specificità culturali costituisce uno schermo per conservare tradizioni inconciliabili con i fondamenti stessi della dignità della persona, come la schiavitù, le torture, la discriminazione razziale, la subordinazione per ragioni di sesso. Tuttavia, l'illuministico auspicio secondo il quale le libertà liberali devono prevalere *everywhere in the world*, è stato spesso applicato sotto forma di imposizione

di un modello o come affermazione della supremazia di una tradizione costituzionale nei confronti delle altre.

Piuttosto che fare affidamento sugli effetti di disseminazione prodotti dalla circolazione delle esperienze si è spesso optato per pratiche di colonizzazione culturale (conseguenti a un evento bellico) o per forme di esercizio di un potere costituente interamente affidato all'ordinamento internazionale o eterodiretto (conseguenti a una compressione della sovranità). La volontà di sostituire alla pazienza del dialogo l'apparente efficacia della forza o delle "pressioni" internazionali ha prodotto, nella gran parte dei casi, esiti negativi.

Il valore universale dei diritti e il riconoscimento delle tradizioni locali non necessariamente sono elementi antagonistici. Le esperienze più interessanti e durature, anzi, preferiscono ricercare un "accomodamento ragionevole" tra le diverse "culture", piuttosto che perseguire un'aprioristica prevalenza dell'una sull'altra. La stessa esperienza delle c.d. "primavere arabe" – che pure ha suscitato interesse e valutazioni positive tra gli studiosi – ha evidenziato come le codificazioni dei diritti hanno prodotto esiti apprezzabili in quelle realtà in cui, rifiutando una visione egemonica del costituzionalismo occidentale, si è inteso legare alcune istanze di "modernizzazione" della società alla tradizione islamica: in altri termini, l'introduzione di nuovi diritti e istituti di garanzia si è radicata meglio laddove è stata il frutto di una crescita "interna" (piuttosto che di una imposizione esterna), accompagnata da un consenso sociale.

Un ulteriore motivo di freno all'espansione dei diritti è riconducibile all'impatto provocato sull'opinione pubblica e sul legislatore dall'intensificazione di fenomeni di terrorismo – sia internazionale che geograficamente localizzato – o di forme endemiche di violenza politica interna.

Esigenze di sicurezza – e di difesa del carattere democratico e liberale dell'ordinamento – hanno favorito la codificazione di norme derogatorie o limitative delle garanzie tradizionali. Tali interventi, secondo le scelte compiute dai singoli ordinamenti, hanno configurato nuovi tipi di reati, ridotto alcune importanti garanzie sostanziali e processuali al fine di facilitare le attività di indagine e di prevenzione, sottratto determinati atti dell'esecutivo al controllo giurisdizionale, istituito giudici speciali o introdotto regimi giuridici differenziati tra i cittadini e gli stranieri.

Si tratta, come emerge dalla semplice enunciazione delle deroghe previste, di limitazioni significative dei diritti costituzionali – spesso anche più incisive di quelle previste dalla normativa sugli stati di emergenza o di eccezione – che settori della dottrina (pur ritenendole inevitabili) hanno valutato criticamente sia per la loro pervasività, sia in quanto, non essendo

necessariamente soggette a limiti temporali, hanno finito per perdere il carattere della straordinarietà e temporaneità.

Tali dubbi sono stati confermati anche da una ricca giurisprudenza, che ha sottoposto molte delle deroghe agli ordinari livelli di protezione dei diritti fondamentali a un vaglio attento di legittimità costituzionale. In particolare, i giudici, pur ritenendo le finalità perseguite coerenti con l'obiettivo di salvaguardare valori supremi dell'ordinamento, sono apparsi concordi nel ritenere che l'applicazione di tali disposizioni dovesse avvenire nel rispetto dei criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, salvaguardando – in ogni caso – il controllo giurisdizionale sugli atti del potere esecutivo restrittivi dei diritti individuali.

Un altro ostacolo alla piena fioritura del “giardino dei diritti” (avvenuta in Europa nei decenni precedenti) proviene dal crescente ricorso – motivato dall'acuirsi di forme di violenza politica o d'integralismo religioso – a una normativa penale volta a escludere determinate categorie di individui dall'esercizio di alcuni diritti fondamentali, come la libera manifestazione del pensiero, la libertà religiosa o di associazione.

A tal proposito, diversi ordinamenti hanno attivato alcune specifiche formule di limitazione o di sospensione dei diritti costituzionali, riconducibili alla nozione di “democrazia che si difende”: particolarmente incisive risultano sia le clausole che puniscono l'abuso nell'esercizio dei diritti, sia quelle che prevedono lo scioglimento di associazioni o di partiti considerati “antisistema” (nel senso che la loro azione politica è ritenuta incompatibile con i principi democratici o i valori dell'ordinamento costituzionale). Siffatti limiti – anche se non mancano normative restrittive influenzate da pregiudizi ideologici e religiosi – sono in genere considerate “misure necessarie in una società democratica”, in quanto mirano a escludere dalla vita pubblica chi attacca le basi fondamentali della convivenza democratica, costituite dalla tolleranza, dal pluralismo, dalla libertà di espressione e di discussione politica. Questi istituti di autodifesa dell'ordinamento costituzionale – pur inscrivendosi nel loro complesso all'interno dei confini tracciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, con la sua giurisprudenza, riconosce il diritto di un ordinamento democratico di difendersi, pur senza snaturarsi – vanno utilizzati con cautela ed accortezza: per un verso, essi devono tendere a escludere dal “dibattito pubblico” determinate manifestazioni del pensiero (i c.d. “discorsi d'odio”) per un altro verso, al momento di applicare la normativa penale occorre vigilare che non si superi il delicato confine che separa una manifestazione del pensiero sgradevole – di per sé non idonea a provocare una discriminazione sociale – da espressioni idonee per il loro contenuto

diffamatorio a generare disprezzo, discriminazione, intolleranza, pregiudizio.

Considerazioni simili potrebbero farsi a proposito dei tentativi (sempre più presenti) di penalizzare la propaganda di ideologie politiche non democratiche o di escludere determinate formazioni politiche dalla vita pubblica e dalla rappresentanza politica. Significative limitazioni al diritto costituzionale di organizzare e di iscriversi a partiti politici si rinvencono in disposizioni che prevedono lo scioglimento di organizzazioni considerate “antisistema”, in quanto il loro programma o attività politica sono considerati incompatibili con i principi della convivenza democratica

Al fine di evitare una compressione sostanziale del diritto di associazione, la giurisprudenza – internazionale e costituzionale – si è in genere premurata di individuare alcuni criteri per valutare la conformità alla Costituzione delle misure restrittive dei diritti politici. Innanzitutto, ha precisato che l’oggetto delle limitazioni deve riguardare non le finalità o i programmi politici, ma l’attività concreta posta in essere: in altri termini, la perturbazione del carattere democratico dell’ordinamento non deve essere ricostruita in astratto (alla luce delle intenzioni o dei possibili effetti futuri), ma sulla base di comportamenti concreti, tali da costituire un pericolo grave e imminente. Si deve trattare, in definitiva, di misure repressive e non preventive. Inoltre, i limiti alla libertà di organizzazione politica individuabili dal legislatore debbono risultare *secundum constitutionem*, cioè specificativi delle disposizioni costituzionali. Infine, il procedimento sanzionatorio deve garantire i diritti processuali riconosciuti dalla Costituzione e avvenire innanzi a un organo di natura giurisdizionale, che può essere tanto un giudice costituzionale (Germania, Portogallo, Turchia, Israele), quanto ordinario (Francia, Spagna, Italia).

Un ulteriore fattore che impatta negativamente sullo sviluppo di determinati diritti – in particolare quelli sociali e inerenti allo *status* di lavoratore – è rinvenibile nei vincoli crescenti provocati dalla globalizzazione e dall’istituzionalizzazione di ordinamenti sovranazionali, i quali stanno provocando non solo una significativa accentuazione dei limiti alla sovranità dei singoli ordinamenti, ma anche una compressione delle prestazioni sociali riconosciute in ambito costituzionale. Tali fenomeni risultano particolarmente incisivi in conseguenza di crisi economiche globali, le quali enfatizzano una centralizzazione dei processi decisionali: in siffatte situazioni, gli istituti previsti per affermare la natura unitaria degli ordinamenti decentrati vengono utilizzati al massimo delle loro potenzialità (come nel caso della clausola della “prevalenza del diritto federale” o di altre disposizioni che riservano allo Stato l’esercizio di poteri impliciti finalizzati a salvaguardare l’unità politica ed economica del sistema); mentre le

normative finalizzate a contenere la spesa pubblica incidono in misura significativa sulla qualità delle politiche pubbliche di *welfare*.

Gli effetti delle crisi economiche sul sistema costituzionale dei diritti sono differenti a seconda che le prestazioni sociali riguardino contesti che le qualificano come principi guida delle politiche pubbliche (ad esempio, gli ordinamenti di cultura anglosassone e la Spagna) ovvero siano considerate diritti costituzionali veri e propri. Nel primo caso, il loro contenuto è sostanzialmente configurato dalle scelte del legislatore, sia pure nel rispetto dei caratteri generali dell'ordinamento (democratico e sociale); nel secondo, invece, le scelte di indirizzo economico trovano un limite sostanziale nella disciplina costituzionale dei singoli diritti di natura sociale.

In questi casi, i vincoli "esterni" posti dagli organismi sovranazionali devono essere armonizzati con la disciplina costituzionale dei diritti vigente in ogni ordinamento. Ad esempio, in alcuni ordinamenti come la Repubblica Federale di Germania, la necessità di trovare un ragionevole equilibrio tra le garanzie sociali e gli equilibri della finanza pubblica impone di valutare se le scelte del legislatore configurano un "difetto di protezione": il che, secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, si determina qualora non si superi un *test* articolato essenzialmente su verifiche inerenti al rispetto del principio di effettività (del diritto) e di indispensabilità (accertare l'esistenza di altre misure che possono rendere sufficiente la protezione).

In ogni caso, le soluzioni normative devono rispettare il principio di eguaglianza (ragionevolezza) e di proporzionalità: in altri termini, il peso dei sacrifici deve essere ripartito tra le diverse categorie di cittadini in modo equilibrato e adeguatamente motivato (ad esempio, dimostrando di aver esplorato la fattibilità di misure alternative rispetto a quelle prescelte). Così come va salvaguardato il contenuto essenziale delle prestazioni, pena violare la dignità insita in ogni individuo: è indubbio che il legislatore sia libero di modulare la configurazione legale di un diritto sociale secondo le circostanze economiche e sociali, ciò tuttavia deve avvenire nel rispetto del nucleo indisponibile di ciascun diritto.

4. Un'ulteriore controtendenza: il "mosaico etnico" rischia di andare in frantumi

La strategia istituzionale individuata dall'ordinamento canadese in seguito all'approvazione del *Constitution Act* per affrontare il *government* di una società multiculturale ha avuto una grande eco e suscitato interesse in dottrina: tra l'altro, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in

Diritto pubblico comparato dell'Università di Siena siffatta esperienza è stata oggetto sia di ricerche confluite in alcuni volumi monografici, sia di appositi approfondimenti nell'ambito dei Congressi annuali dell'Associazione italiana di studi canadesi.

Tale documento costituzionale determinò, in effetti, un salto di qualità nella percezione del problema affermando l'idea che il Canada fosse *a home of diverse communities* e che la società canadese dovesse crescere assorbendo la linfa proveniente dalle molte parti che la compongono: a tal fine si ammetteva la possibilità di introdurre – in nome del carattere multiculturale del paese – deroghe al principio di eguaglianza e al carattere universale di determinati diritti, pur nel rispetto di alcune condizioni (le deroghe devono essere finalizzate all'obiettivo di favorire la specificità di un gruppo riconosciuto dall'ordinamento, inoltre, esse devono rispettare i principi di ragionevolezza e di proporzionalità).

Sotto questo profilo, la prospettiva – o forse la “scommessa” – multiculturale ha voluto rappresentare una strategia istituzionale alternativa a quella (consolidata) che tende a includere le diversità in un'ottica di integrazione. Laddove molte esperienze, partendo dal riconoscimento delle differenze, si pongono l'obiettivo di sfumarle nella prospettiva di realizzare una società *colorblind*, le politiche “multiculturali” mirano, invece, a valorizzare gli elementi distintivi dei gruppi (considerano la presenza di “culture minoritarie” un bene prezioso da tutelare). Siffatta prospettiva, per radicarsi, necessitava della “costruzione” di un contesto sociale aperto a un naturale dovere di reciproco rispetto, retto da comuni regole di convivenza.

In passato il multiculturalismo in tema di diritti fondamentali ha ricevuto molteplici critiche da parte dei teorici dei diritti fondamentali come diritti individuali, i quali negavano (in aderenza alla tradizione liberale) l'idea stessa di diritti di natura collettiva, comunitaria o identitaria. In tempi più recenti, invece, l'attuazione di politiche pubbliche ispirate al multiculturalismo ha trovato un ostacolo nell'affermarsi di esigenze di sicurezza (alimentate dal terrorismo su base identitaria, dall'integralismo religioso) e nell'acuirsi di fenomeni di natura sociale (la difficile integrazione dei movimenti migratori), i quali hanno condizionato gli orientamenti all'interno della società e indotto sia il legislatore che la giurisprudenza ad assumere un atteggiamento di maggior cautela, se non di chiusura vera e propria.

Per rendere evidente il *revirement* appena richiamato possono essere messe a raffronto (sempre con riferimento al Canada) due sentenze della Corte suprema: la sentenza *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* del 2006 e la sentenza *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson*

Colony del 2009.

Nella prima – che ha rappresentato forse il punto di maggior apertura alla prospettiva multiculturale – la Corte si è trovata a risolvere un contrasto che coinvolgeva, da un lato, un Consiglio scolastico il quale contestava la violazione del regolamento che vietava di portare armi negli ambienti scolastici e, dall'altro lato, la famiglia di un ragazzo che – essendo un *Sikh* ortodosso – portava sempre con sé, in base alle sue convinzioni religiose, il *kirpan*, un pugnale rituale. Nel risolvere la questione, il giudice ha messo a confronto il diritto alla sicurezza nella scuola con quello individuale alla salvaguardia della propria identità religiosa e proposto un accomodamento tra le due esigenze, entrambe ritenute meritevoli di attenzione: ha riconosciuto la validità della normativa generale, ma, nel medesimo tempo, ha consentito allo studente di portare a scuola il *kirpan* a certe condizioni, in modo da «dimostrare l'importanza che la società canadese accorda alla protezione della libertà di religione e al rispetto delle minoranze che la compongono».

Tre anni dopo, la Corte suprema, dovendo mettere di nuovo a confronto il valore della sicurezza con la libertà religiosa ha avvertito in modo più pressante l'urgenza di garantire l'interesse generale alla sicurezza. Nel caso di specie, ha dovuto valutare se la decisione delle autorità provinciali di revocare agli *hutteriti* (che ricavano dalla Bibbia il divieto di essere ritratti con foto) la deroga consistente nel rilascio di patenti di guida senza foto per motivi religiosi fosse lesiva della identità religiosa di tali comunità.

In questo caso il giudice canadese – prendendo in considerazione il particolare contesto sociale e politico che il Canada stava vivendo e le crescenti preoccupazioni per possibili attacchi terroristici – ha ritenuto prevalenti le finalità di pubblica sicurezza che avevano ispirato il legislatore (contrastare il fenomeno crescente dei furti di identità, nonché aumentare la sicurezza nelle procedure per il rilascio dei documenti di identità). La decisione adottata ha sostanzialmente modificato i termini della ponderazione: pur consapevole che l'applicazione della normativa della Provincia dell'Alberta avrebbe comportato disagi e prodotto effetti negativi sulla vita tradizionale del gruppo religioso, la Corte suprema ha ritenuto prevalenti le esigenze di sicurezza, anche con la considerazione che tali misure non incidessero in modo determinante sulla sua libertà religiosa.

Anche in Europa si sono registrati orientamenti restrittivi. Su di un piano diverso e con argomentazioni differenti la Corte europea dei diritti dell'uomo – respingendo il ricorso di tre donne musulmane che contestava la normativa restrittiva del Belgio (*Belcacemi and Oussar v. Belgium* 11 luglio 2017) – ha confermato la legittimità del divieto di velo integrale nei luoghi

pubblici. Secondo il giudice europeo tale divieto troverebbe giustificazione in esigenze non solo di parità di genere, ma anche di sicurezza pubblica e di protezione di una “modalità di interazione tra individui essenziale per il funzionamento una società democratica”. La normativa belga, inoltre, appare coerente con il principio di proporzionalità (la sanzione consiste in una multa e solo in seguito a una ripetuta violazione del divieto è prevista la detenzione in carcere) e trova un fondamento nel “margine di apprezzamento” di cui all’art. 8 della CEDU che consente al Belgio di affrontare il problema nella misura ritenuta più idonea per garantire le relazioni sociali e la sopravvivenza della democrazia.

Un vero e proprio ritorno al passato sotto il profilo dell’argomentazione giuridica rappresenta – a nostro avviso – una recente decisione della Corte di Cassazione italiana la quale, affrontando una questione simile a quella che ha generato la sentenza *Multani*, ha adottato una decisione diametralmente opposta supportata da argomentazioni preoccupanti, come «la valorizzazione del pluralismo sociale trova un limite invalicabile nella civiltà giuridica del paese ospitante», «non si possono tollerare arcipelaghi culturali confliggenti con l’unicità del tessuto culturale e giuridico del paese» (Corte Cass., sez. I pen., sent. n. 24084/2017)..

I tre esempi che abbiamo richiamato, pur riguardando contesti giuridici e giurisprudenziali diversi, testimoniano l’emergere non solo di interpretazioni restrittive del pluralismo identitario, ma anche del condizionamento derivato dalle esigenze di maggior sicurezza che maturano all’interno della società.

Le stesse esigenze esercitano un forte impatto nel dibattito sui rapporti tra movimenti migratori e *status civitatis*, soprattutto con riferimento ai criteri di acquisizione della cittadinanza dopo la nascita: un’immigrazione di massa da paesi differenti per identità culturale produce inevitabili tensioni all’interno del corpo sociale, in quanto immette regole sociali e stili di vita non immediatamente amalgamabili, sottoponendo di conseguenza i meccanismi di riconoscimento dello *status civitatis* a una forte tensione.

In questo contesto il dispiegamento di una strategia multiculturale volta a fare della cittadinanza la base per comporre una convivenza tra diverse culture presenti nella società appare assai problematico e la normativa sulla acquisizione della cittadinanza tende a trasformarsi in un meccanismo selettivo di integrazione: differenziando, ad esempio, tra chi ha titolo a divenire “nuovo” cittadino da chi deve continuare a essere considerato uno “straniero”. Ciò avviene sia limitando l’acquisto della cittadinanza a individui ritenuti affini (culturalmente o etnicamente), sia introducendo criteri volti a escludere dallo *status* di “cittadino” individui che sembrano difficilmente integrabili dal punto di vista sociale, economico, politico e culturale.

Si rinviene, a questo proposito, una propensione a condizionare l'acquisizione dello *status civitatis* al superamento di *test* sia culturali (che possono riguardare la conoscenza della storia, della geografia, dei principi costituzionali, dei diritti e doveri dei cittadini), sia volti a verificare l'intenzione effettiva dell'individuo di integrarsi nella società di accoglienza (come il riconoscimento del principio di laicità o di pluralismo religioso, la rinuncia a frequentare attivamente gruppi fondamentalisti o la volontà di adattarsi allo stile di vita del paese ospitante).